

OPINIÓN N° 050-2021/DTN

Solicitante: Hugo Leonardo Sarria Arana

Asunto: Conformidad de la prestación y aplicación de penalidades.

Referencia: Formulario de solicitud de consultas del sector privado o la sociedad civil sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el señor Hugo Leonardo Sarria Arana formula varias consultas sobre la conformidad de la prestación y la aplicación de penalidades en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF y por el D.S. N°168- 2020-EF.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1** *“El plazo de siete (7) días señalado en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento con el que cuenta la Entidad para emitir la conformidad o formular observaciones, ¿también es aplicable para que la Entidad se pronuncie una vez*

presentada el levantamiento o subsanación de observaciones por parte del Contratista. (...) De ser negativa la respuesta anterior, ¿cuál es el plazo máximo con el que cuenta la Entidad para emitir un pronunciamiento sobre el levantamiento o subsanación de observaciones presentada por el Contratista?"

- 2.1.1 Al respecto cabe precisar que, una vez ejecutada la prestación a cargo del contratista, la Entidad debe verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales aplicables, debiendo realizar las pruebas que resulten necesarias, a efectos de que el órgano o unidad orgánica competente emita la conformidad, de ser el caso.

Así, el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento establece que *“La conformidad se emite en un plazo máximo de siete (7) días de producida la recepción, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario que debe emitir la conformidad.”*

Como se aprecia, la propia normativa de contrataciones del Estado establece un plazo máximo para que la Entidad emita un pronunciamiento oportuno sobre el cumplimiento de la prestación o prestaciones a cargo del contratista, en las condiciones pactadas, con la finalidad de proceder con el trámite de pago en su debido momento, siendo responsabilidad de los funcionarios competentes ajustarse al plazo legal previsto.

Ahora bien, en caso la Entidad hubiera advertido deficiencias en la prestación recibida, podía formular observaciones conforme a lo previsto en el numeral 168.4 y 168.5 del referido artículo, conforme a los siguiente:

“168.4 De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (08) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de quince (15) días. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.”

168.5 Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar lo previsto en el numeral anterior” (El énfasis es agregado).

Como se observa, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que, cuando corresponda, la Entidad debe comunicarle al contratista la existencia y el sentido de las observaciones que pueda advertir, a efectos de que este último las subsane dentro del plazo otorgado conforme al artículo 168 del Reglamento y de esa manera la Entidad, luego de su revisión, emita la conformidad respectiva.

Es decir, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un plazo para que la Entidad se pronuncie sobre la subsanación efectuada por el contratista, sin embargo, considerando que dicho levantamiento de observaciones requiere de una nueva revisión por parte de la Entidad a efectos de que se emita la conformidad respectiva, resultaría razonable tomar como referencia los plazos previstos en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento.

2.2 “El plazo que la Entidad se toma para emitir la conformidad o formular observaciones en el marco del numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento, ¿está sujeto a la aplicación de la penalidad por mora en contra del Contratista?”

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, cuando la Entidad advierta deficiencias en la prestación recibida, debe comunicarle al contratista la existencia y el sentido de ellas, a efectos de que este último pueda subsanarlas dentro del plazo otorgado y de esa manera la Entidad, luego de la revisión respectiva, emita la conformidad de la prestación.

Ahora bien, los numerales 168.4 y 168.5 del artículo 168 del Reglamento, diferencian dos supuestos distintos. Así, cuando el contratista subsane las observaciones a que se refiere el inciso 168.4 dentro del plazo otorgado, **no corresponde la aplicación de penalidades.**

En ese sentido, cuando el levantamiento de las observaciones se realice dentro del plazo otorgado por la Entidad –*en aplicación del numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento*–, no cabe la aplicación de penalidades al contratista, independientemente del tiempo que se hubiese demorado la Entidad en pronunciarse y en emitir la conformidad.

Respecto de este último punto, es preciso reiterar que el plazo que tiene la Entidad para pronunciarse sobre la conformidad de la prestación, debe ser cumplido **obligatoriamente**, bajo responsabilidad de los funcionarios competentes.

Paralelamente a ello, tal como también se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un plazo para que la Entidad se pronuncie sobre la subsanación efectuada por el contratista, sin embargo, considerando que dicho levantamiento de observaciones requiere de una nueva revisión por parte de la Entidad a efectos de que se emita la conformidad respectiva, resultaría razonable tomar como referencia los plazos previstos en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento.

Sin perjuicio de lo anterior, en aplicación de lo que **explícitamente** establece el numeral 168.5 del artículo 168 del Reglamento, si el contratista no cumple con subsanar las observaciones a cabalidad dentro del plazo otorgado de conformidad con el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento, se aplica la penalidad por mora desde el vencimiento de dicho plazo. Dicha penalidad se aplicará considerando el tiempo que demore el contratista en subsanar a cabalidad las observaciones efectuadas por la Entidad.

2.3 “El plazo que la Entidad se toma para emitir un pronunciamiento sobre el levantamiento o subsanación de observaciones presentada por el Contratista, ¿está sujeto a la aplicación de la penalidad por mora en contra del Contratista?”

2.3.1 Como se mencionó al absolver la primera consulta, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un plazo para que la Entidad se pronuncie sobre la subsanación efectuada por el contratista; sin embargo, considerando que dicho levantamiento de observaciones requiere de una nueva revisión por parte de la Entidad a efectos de que se emita la conformidad respectiva, resultaría razonable tomar como **referencia** los plazos previstos en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento.

En adición ello, debe tenerse en consideración que el principio de Eficacia y Eficiencia¹, en concordancia con el artículo 1 de la Ley, establece que una de las finalidades de la normativa de contrataciones del Estado es lograr la contratación oportuna de los bienes, servicios u obras que permitan el cumplimiento de los fines públicos para lograr una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Asimismo, en aplicación del segundo párrafo del artículo 2 de la Ley, el principio de Eficacia y Eficiencia –*es decir, la realización de contrataciones oportunas para cumplir los fines públicos y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos*- es un parámetro de conducta para quienes intervengan en las contrataciones del Estado, lo que incluye evidentemente a los funcionarios encargados de emitir el pronunciamiento respecto del levantamiento de observaciones materia de análisis.

Ahora bien, tal como se indicó previamente, cuando el contratista subsane las observaciones dentro del plazo otorgado *-de conformidad con el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento-*, **no corresponde la aplicación de penalidades**, independientemente del tiempo que se hubiese demorado la Entidad en pronunciarse y en emitir la conformidad.

Un supuesto distinto al anterior puede presentarse en aquellos casos en los cuales el contratista comunique el levantamiento de observaciones dentro del plazo previsto en el Reglamento y la Entidad, luego de la revisión correspondiente, determina que este no cumplió a cabalidad con la subsanación. En este caso, la aplicación de las penalidades *-en cumplimiento de lo explícitamente establecido en el numeral 168.5 del artículo 168 del Reglamento-* empezará a computarse desde el vencimiento del plazo que se le otorgó al contratista para efectuar la subsanación, sin perjuicio de que la Entidad, de manera facultativa, puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este caso, la aplicación de las penalidades se efectuará considerando el tiempo que demore el contratista en subsanar a cabalidad las observaciones efectuadas por la Entidad.

3. CONCLUSIONES

¹ De conformidad con el literal f) del artículo 2 de la Ley.

- 3.1 La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un plazo para que la Entidad se pronuncie sobre la subsanación efectuada por el contratista, sin embargo, considerando que dicho levantamiento de observaciones requiere de una nueva revisión por parte de la Entidad a efectos de que se emita la conformidad respectiva, resultaría razonable tomar como referencia los plazos previstos en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento.
- 3.2 Cuando el levantamiento de las observaciones se realice dentro del plazo otorgado por la Entidad –*en aplicación del numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento*– no cabe la aplicación de penalidades al contratista, independientemente del tiempo que se hubiese demorado la Entidad en pronunciarse y emitir la conformidad.
- 3.3 En aplicación de lo que explícitamente establece el numeral 168.5 del artículo 168 del Reglamento, si el contratista no cumple con subsanar las observaciones a cabalidad dentro del plazo otorgado de conformidad con el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento, se aplica la penalidad por mora desde el vencimiento de este plazo. Dicha penalidad se aplicará considerando el tiempo que demore el contratista en subsanar a cabalidad las observaciones efectuadas por la Entidad.

Jesús María, 28 de abril de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.