

OPINIÓN N° 052-2022/DTN

Entidad: Construction & Maintenance Engineering S.A.C.

Asunto: Aplicación de penalidades

Referencia: Formulario S/N de fecha 14.JUN.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la Empresa Construction & Maintenance Engineering S.A.C., señor Niorge Ramón Hernández Espinosa, formula consultas sobre la aplicación de penalidades en el marco de 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. CONSULTAS¹ 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 y modificatorias.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE “Consultas del Sector Privado y la Sociedad Civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la sexta consulta no se encuentra vinculada directamente con las consultas previas, las cuales están referidas específicamente a la aplicación de penalidades, sino que esta última está relacionada con las deducciones y cobros que se pueden realizar en distintos momentos de la gestión contractual (pagos a cuenta, pago final, valorizaciones, liquidación, etc.) En este contexto, dicha consulta no podrá ser absuelta por este Organismo Técnico Especializado.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “A través de la Opinión N° 003-2022/DTN se ha precisado que en los documentos del procedimiento de selección deben contemplarse como uno de los requisitos indispensables para la aplicación de otras penalidades, el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. (...) Se consulta: Si este mandato está referido a que la Entidad tiene la obligación de establecer de forma clara, precisa y objetiva en los documentos del procedimiento de selección, el conjunto o sucesión de actuaciones que deberá ésta realizar de forma ordenada y orientada, con la finalidad de verificar el incumplimiento del contratista, respecto del supuesto a penalizar” (Sic).

2.1.1 En primer lugar, corresponde señalar que en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado², el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar la aplicación de penalidades al contratista o la resolución del contrato.

Al respecto, es importante indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento, el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser **objetivas, razonables y congruentes** con el objeto de la convocatoria.

Asimismo, el citado artículo dispone en su numeral 161.2 que “*La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la **penalidad por mora**; asimismo, puede prever **otras penalidades** (...)”.* (El énfasis es agregado).

En esa medida, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la “*penalidad por mora*” en la ejecución de la prestación; y, ii) “*otras penalidades*”; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 162 y 163 del Reglamento, respectivamente.

Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o el retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo.

2.1.2 Ahora bien, debe señalarse que el numeral 163.1 del artículo 163 del Reglamento precisa que se pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora – regulada en el artículo 162 del Reglamento–; es decir, contempla la posibilidad de establecer en los documentos del procedimiento de selección “*otras penalidades*”, siempre y cuando sean “*objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar”.*

² Cabe precisar que la normativa de contrataciones del Estado está conformada por la Ley, el Reglamento y las Disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

En esa medida, se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de “*otras penalidades*”, distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se configura el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

Respecto de este último punto, cabe señalar que la Entidad deberá establecer en los documentos del procedimiento de selección (Bases), atendiendo a las particularidades de cada contratación, el procedimiento que se deberá seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades”.

Adicionalmente, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 72 del Reglamento, en caso los participantes del procedimiento de selección consideren que no se ha establecido de manera clara el procedimiento para verificar el supuesto que da lugar a la aplicación de “otras penalidades”, o que lo contemplado en dicho extremo de los documentos del procedimiento de selección contraviene alguna disposición de la normativa de contrataciones del Estado, pueden formular consultas y observaciones en la etapa correspondiente; asimismo, de ser el caso y presentarse cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones o a las Bases integradas por el Comité de Selección, los participantes pueden elevar estas al OSCE para su evaluación y posterior emisión de un pronunciamiento.

Por último, de conformidad con el artículo 45 de la Ley, cualquier controversia respecto de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, incluyendo aquellas referidas a la aplicación de penalidades pueden ser sometidas a los mecanismos de solución previstos en la normativa de contrataciones del Estado, dentro de los plazos correspondientes.

2.2 “En la misma línea de razonamiento de la pregunta anterior, se consulta: ¿En el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, cuales son (en sentido general), el conjunto o sucesión de actuaciones que deberá realizar de forma ordenada y orientada una Entidad, con la finalidad de verificar el incumplimiento del contratista respecto del supuesto a penalizar?” (Sic).

2.2.1 Al respecto, cabe recalcar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o escenarios concretos. En esa medida, se advierte que este Organismo Técnico Especializado no puede definir de qué forma deberá establecerse el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades”, pues dicho procedimiento dependerá de las particularidades de cada prestación y de cada contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, tal como se ha indicado previamente, en caso los participantes del procedimiento de selección consideren que no se ha establecido de manera clara el procedimiento para verificar el supuesto que da lugar a la aplicación de “otras penalidades”, o que lo contemplado en dicho extremo de los documentos del procedimiento de selección contraviene alguna disposición de la normativa de contrataciones del Estado, pueden formular consultas y observaciones en la etapa correspondiente; asimismo, de ser el caso y presentarse cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones o a las Bases integradas por el Comité de Selección, los participantes pueden elevar estas al OSCE para su evaluación y posterior emisión de un pronunciamiento.

Asimismo, de conformidad con el artículo 45 de la Ley, cualquier controversia respecto de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, incluyendo aquellas referidas a la aplicación de penalidades pueden ser sometidas a los mecanismos de solución previstos en la normativa de contrataciones del Estado, dentro de los plazos correspondientes.

2.3 “Si una Entidad pública, establece en los documentos del proceso de selección, un procedimiento denominado: Procedimiento para la aplicación de penalidades, el cual está destinado única y exclusivamente a establecer la forma o modo en que se realizará el cobro de las otras penalidades al contratista, mas no está orientado a verificar los incumplimientos materia de penalización. Al respecto, se consulta: ¿Si estos tipos de procedimientos (en atención a los principios de legalidad y el sub principio de predictibilidad), cumplen con el supuesto establecido en el numeral 163.1 del Decreto Supremo 344-2018-EF, o este tipo de procedimientos, simplemente es uno distinto a aquel establecido en la norma citada.?” (Sic).

2.3.1 Al respecto, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en ese sentido, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar si se ha contemplado y/o aplicado correctamente una penalidad en el marco de un contrato en particular; aspecto que debe ser analizado y definido a partir de los elementos propios del caso.

Sin perjuicio de ello, es importante recalcar que para la correcta aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora (“otras penalidades”) la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

En ese sentido, si en los documentos del procedimiento de selección no se ha contemplado el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades”, dicha penalidad no podrá ser aplicada al contratista.

Asimismo, cualquier controversia respecto de la aplicación de penalidades, así como respecto de la ejecución o interpretación del contrato, incluyendo aquellas referidas a determinar si se ha previsto adecuadamente un procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades, pueden ser sometidas a los mecanismos de solución previstos en la normativa de contrataciones del Estado, dentro de los plazos correspondientes.

2.4 *¿Puede la Entidad contratante, aplicar una penalidad al contratista si es que en los documentos del procedimiento de selección solo ha establecido un procedimiento para realizar la aplicación de las penalidades, mas no ha establecido, el procedimiento a través del cual se debe verificar los incumplimientos materia de penalización.? (Sic).*

- 2.4.1 Tal como se ha indicado previamente, si en los documentos del procedimiento de selección no se ha contemplado el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades”, dicha penalidad no podrá ser aplicada al contratista.

Asimismo, cualquier controversia respecto de la aplicación de penalidades, así como respecto de la ejecución o interpretación del contrato, incluyendo aquellas referidas a determinar si se ha previsto adecuadamente el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades, pueden ser sometidas a los mecanismos de solución previstos en la normativa de contrataciones del Estado, dentro de los plazos correspondientes.

2.5 *“Se consulta, si para que las entidades puedan aplicar la penalidad por atraso en la ejecución del servicio cuando se involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, los plazos de ejecución deben estar debidamente previstos y establecidos en el contrato en merito a los principios de legalidad y predictibilidad. O los plazos de ejecución de las prestaciones pueden ser establecidos a discreción de la Entidad, en fecha posterior a la firma del contrato” (Sic).*

- 2.5.1 Al respecto, debe reiterarse que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la “penalidad por mora” en la ejecución de la prestación; y, ii) “otras penalidades”; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 162 y 163 del Reglamento, respectivamente.

Así, el artículo 162 del Reglamento precisa que la penalidad por mora se aplica de manera automática ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación materia del contrato; para calcularse dicha penalidad se aplica una fórmula que determina la penalidad por cada día de atraso, fórmula que tiene en consideración el monto y plazo vigentes del contrato (o ítem) que debió ejecutarse o, en el caso de contratos de ejecución periódica o con entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso.

De esta manera, la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones debe incorporarse en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, y debe ser aplicada –de forma automática– cuando el

contratista no cumpla injustificadamente con las prestaciones a su cargo en el plazo previsto en el contrato.

Asimismo, el cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “*monto*” y “*plazo*” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única, deberá aplicarse respecto del monto y plazo del contrato vigente o ítem a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, **siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso**³.

Por consiguiente, a fin de que sea posible aplicar la penalidad por mora a las “prestaciones individuales” materia de retraso, el “monto” y el “plazo” de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica, o de ser el caso, de las entregas parciales del contrato de ejecución única, deberán estar contemplados en el contrato o deberán poder definirse indubitadamente a partir de este⁴.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de “otras penalidades”, distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.
- 3.2. Si en los documentos del procedimiento de selección no se ha contemplado el procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades”, dicha penalidad no podrá ser aplicada al contratista.
- 3.3. Cualquier controversia respecto de la aplicación de penalidades, así como respecto de la ejecución o interpretación del contrato, incluyendo aquellas referidas a determinar si se ha previsto adecuadamente un procedimiento a seguir para verificar la configuración del supuesto que dará lugar a la aplicación de “otras penalidades, pueden ser sometidas a los mecanismos de solución previstos en la normativa de contrataciones del Estado, dentro de los plazos correspondientes

³ Para mayores alcances puede revisarse la Opinión N° 047-2020/DTN, la Opinión N° 113-2021/DTN, entre otras.

⁴ En este extremo de la presente Opinión es pertinente anotar que el numeral 162.3. del artículo 162 del Reglamento señala que “*En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse*”.

- 3.4. El cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “*monto*” y “*plazo*” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única, deberá aplicarse respecto del monto y plazo del contrato vigente o ítem a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso. Por tanto, los elementos “*monto*” y el “*plazo*” de dichas prestaciones deberán encontrarse contemplados en el contrato o deberán poder definirse indubitablemente a partir de este.

Jesús María, 14 de julio de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.