

OPINIÓN N° 065-2021/DTN

Entidad: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional –
Provias Nacional

Asunto: Resolución del contrato de servicio de ejecución periódica

Referencia: Formulario S/N de fecha 18.MAY.2021 – Consultas de Entidades
Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional, formula consulta sobre la aplicación la causal establecida en el literal b) del numeral 164.1. del artículo 164 del Reglamento, a los contratos de servicios de ejecución periódica.

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.

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

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

La consulta formulada es las siguiente:

- 2.1** *“¿Es aplicable la causal establecida en el literal b) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento, a los contratos de servicios de ejecución periódica, que contienen dos fases en su ejecución las cuales contienen plazos y montos diferenciados y definidos, cuando el Contratista haya llegado acumular el monto máximo de la penalidad por mora correspondiente a la primera fase, lo que habilitaría a la Entidad a resolver el contrato de forma total, a efecto de seguir el procedimiento establecido en el numeral 165.4 del artículo 165 del citado Reglamento, toda vez que, no sería posible resolver parcialmente el Contrato debido a que el Contratista no podría ejecutar la segunda fase si previamente no*

ha ejecutado la primera fase, toda vez que la segunda prestación depende de la ejecución de la primera, y cada una de las fases contienen servicios diferentes entre sí?”

- 2.1. De manera previa, corresponde reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos y sin hacer alusión a casos concretos o situaciones particulares, puesto que excedería las competencias conferidas a esta Dirección Técnico Normativa a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

En esa medida, al margen de las particularidades del objeto de la contratación aludida en la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances generales sobre lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado respecto del límite máximo para la aplicación de la penalidad por mora y la posibilidad de resolver el contrato al alcanzar dicho límite o ante el incumplimiento del contratista en sus obligaciones contractuales.

- 2.2. En primer lugar, es preciso señalar que la doctrina clasifica a los contratos, **de acuerdo con su ejecución**, en: (i) Contratos de “*ejecución única*”, que son aquellos que se ejecutan en un solo acto que agota su finalidad y (ii) Contratos “*de duración*”, siendo aquellos cuya ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes¹.

Ahora bien, respecto de los contratos “*de duración*”, estos se subdividen, a su vez, en contratos de “*ejecución continuada*” y **contratos de “*ejecución periódica*”**.

Así, en los **contratos de ejecución periódica** “(...) *existen varias prestaciones (por regla general de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano (por ejemplo, renta y contrato vitalicio; venta en uno de sus particulares aspectos: arg. Art. 1518, parágrafo), o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono) (...)*”².

Por otra parte, De La Puente y Lavalle³ precisa que “(...) *el contrato es de ejecución periódica, llamado también de tracto sucesivo, cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer, pero que puede ser también de dar) que deben ejecutarse periódicamente - de un modo fraccionado con una cierta distancia temporis una de la otra- durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica. (...)*”.

Por lo expuesto, se advierte que un contrato es de ejecución periódica cuando

¹ Messineo, D. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones: Jurídicas Europa-América, pág. 429-430.

² Ídem, pág. 431.

³ De La Puente y Lavalle, M. (2003) *El Contrato en general*, Tomo I, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., Segunda Edición, pág. 184.

involucra varias “*prestaciones parciales*”⁴ que deben ser ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas⁵.

- 2.3. Aclarado lo anterior, debe indicarse que el artículo 161 del Reglamento dispone que el contrato debe establecer las penalidades que le serán aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones, precisando en su numeral 161.2 que éstas (las penalidades) pueden ser la “**penalidad por mora**” y las “**otras penalidades**”. Respecto de ambas penalidades, el referido artículo precisa que éstas pueden alcanzar, cada una, un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Al respecto, cabe anotar que el artículo 164 del Reglamento⁶ establece que la Entidad puede resolver el contrato, entre otras causales, cuando el contratista haya llegado a acumular el monto máximo para la penalidad por mora o el monto máximo para las otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo, **es decir, cuando haya acumulado un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse, según corresponda.**

- 2.4. Ahora bien, en relación con la aplicación de la **penalidad por mora**, el artículo 162 del Reglamento establece que, en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato a su cargo, la Entidad le aplica dicha penalidad, de manera automática, por cada día de atraso, realizando el **cálculo** de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{“Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F 0.40.*
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:*
 - b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25*
 - b.2) Para obras: F = 0.15”*

Al respecto, el numeral 162.2 del artículo 162 del Reglamento precisa que “*Tanto*

⁴ Según De La Puente y Lavalle, las “*prestaciones parciales*” están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deben realizar en el tiempo durante la ejecución de un contrato de ejecución periódica, precisando que en este tipo de contratos el contratista debe efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.

De La Puente y Lavalle, M. (2003) *El Contrato en general*, Tomo I, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., Segunda Edición, pág. 184.

⁵ De acuerdo con el criterio desarrollado en la Opinión N° 028-2021, entre otras, tanto el plazo como el monto de la prestación parcial deben encontrarse definidos en el contrato, el cual está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como por los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

⁶ En concordancia con lo establecido en el artículo 36 de la Ley.

*el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran **obligaciones de ejecución periódica** o entregas parciales, a la **prestación individual que fuera materia de retraso**". (El resaltado es agregado).*

En esa medida, es oportuno precisar que, mientras el artículo 161 del Reglamento establece el límite máximo **para la aplicación de penalidades** (el cual se computa **respecto del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse, según corresponda, y que de alcanzarse configuraría una causal de resolución del contrato, según lo establecido en el literal b) del artículo 164 del Reglamento**), el artículo 162 del Reglamento establece la fórmula que la Entidad debe emplear para hacer el cálculo de la penalidad por mora por cada día de atraso.

- 2.5. Por tanto, para realizar el cálculo de la penalidad por mora por cada día de atraso, ante el retraso injustificado del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, en caso se trate de un contrato que involucra obligaciones de ejecución periódica, se deberá aplicar la fórmula prevista en el artículo 162 del Reglamento, empleando el monto y plazo de la prestación individual que fuera materia de retraso. Por su parte, la acumulación de la penalidad por mora hasta el límite previsto en el artículo 161 del Reglamento –esto es, un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del **contrato vigente** o del ítem que debió ejecutarse, según corresponda– constituye una causal que puede ser invocada por la Entidad para resolver el contrato, en aplicación de lo establecido en el literal b) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse que una Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley y 164 del Reglamento, **en caso que el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales**, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; para tal efecto, deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 165 del Reglamento, según corresponda a la causal de resolución invocada⁷.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Para realizar el cálculo de la penalidad por mora por cada día de atraso, ante el retraso injustificado del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, en caso se trate de un contrato que involucra obligaciones de ejecución periódica, se deberá aplicar la fórmula prevista en el artículo 162 del Reglamento, empleando el monto

⁷ De conformidad con lo establecido en los numerales 165.1, 165.2, 165.3 y 165.4 del artículo 165 del Reglamento, respectivamente, “Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato”; asimismo, para tal efecto “(...) la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días (...)”; en ese contexto, si venciera el plazo otorgado y el incumplimiento persistiera, “(...) la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”. A diferencia de dicho procedimiento, el numeral 165.4 contempla uno, en virtud del cual, “La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”. (El subrayado es agregado).

y plazo de la prestación individual que fuera materia de retraso. Por su parte, la acumulación de la penalidad por mora hasta el límite previsto en el artículo 161 del Reglamento -esto es, un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse, según corresponda- constituye una causal que puede ser invocada por la Entidad para resolver el contrato, en aplicación de lo establecido en el literal b) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento.

- 3.2. Sin perjuicio de lo expuesto, una Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley y 164 del Reglamento, en caso que el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; para tal efecto, deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 165 del Reglamento, según corresponda a la causal de resolución invocada.

Jesús María, 18 de junio de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/cajs