

## OPINIÓN N° 067-2021/DTN

Entidad: Gerencia Regional de Control de Ancash - Contraloría General de la República del Perú

Asunto: Aplicación de penalidad por mora

Referencia: Formulario S/N de fecha 01.JUN.2021 – Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Regional de Control de Ancash de la Contraloría General de la República del Perú formula consulta sobre la aplicación de la penalidad por mora, en el marco de lo establecido por la anterior 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.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

### 2. CONSULTA<sup>1</sup> Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, vigente desde el 09 de enero de 2016 hasta el 29 de enero de 2019.

---

<sup>1</sup> 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° 3 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que, de las dos consultas planteadas, una de estas (las consulta N° 2) no cumple con dichos requisitos, pues no es una consulta planteada en términos genéricos respecto de algún dispositivo de la normativa de Contrataciones del Estado, sino que versa sobre un contrato de ejecución de obras en particular, respecto del cual se consulta si con posterioridad a la recepción de obra se advirtiera una situación de incumplimiento contractual por parte del contratista correspondería a la Entidad aplicar penalidades por mora o reclamar bajo una supuesta figura de “vicios ocultos”; análisis que excede las competencias conferidas a este despacho a través del literal n) del artículo 52 de la Ley, y que debe ser efectuado por la propia Entidad contratante, atendiendo a las particularidades del caso concreto. Por tanto, dicha consulta no podrá ser absuelta en el marco de la presente opinión.

- “**Anterior Reglamento**” al aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, vigente desde el 09 de enero de 2016 hasta el 29 de enero de 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

**2.1 “¿La penalidad por mora puede ser aplicable en casos de no ejecución de prestaciones dentro del plazo contractual o solo es aplicable en casos donde se ejecuta la prestación, pero tardíamente?”**

2.1.1. En primer lugar, corresponde señalar que en el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado<sup>2</sup>, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista podían acarrear la aplicación de penalidades al contratista o la resolución del contrato, según correspondiera.

Al respecto, es importante indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del anterior Reglamento, el contrato establecía las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales debían ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

Asimismo, el citado artículo disponía en su segundo párrafo lo siguiente: “*La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades.* (...)”. (El subrayado es agregado).

En esa medida, se advierte que las penalidades que había previsto la anterior normativa de contrataciones del Estado eran las siguientes: i) la “**penalidad por mora**” en la ejecución de la prestación, y las ii) “*otras penalidades*”, las cuales se encontraban reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del anterior Reglamento, respectivamente.

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

2.1.2 Ahora bien, en relación con la “penalidad por mora” es preciso mencionar que esta tenía por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; en concordancia con ello, la penalidad por mora sancionaba el retraso en la ejecución de la prestación o prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

Adicionalmente a lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora cumplía una función resarcitoria ante los eventuales daños y perjuicios que el contratista ocasionaba a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concebía como un

---

<sup>2</sup> Cabe precisar que la anterior normativa de Contrataciones del Estado estaba compuesta por la anterior Ley, su Reglamento y las disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento hubiese sido imputable al deudor<sup>3</sup>.

En ese contexto, bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de Contrataciones del Estado, la penalidad por mora era aplicada al contratista cuando este incurría en un retraso injustificado<sup>4</sup> en la ejecución de la prestación o prestaciones a su cargo, debiendo la Entidad aplicar dicha penalidad automáticamente por cada día de atraso, conforme a lo establecido en el artículo 133 del anterior Reglamento<sup>5</sup>; ello con independencia del nivel de avance en la ejecución del contrato.

2.1.3. Finalmente, debe indicarse que en el marco de la anterior normativa de Contrataciones del Estado, ante una situación de incumplimiento contractual imputable al contratista, consistente en la falta de ejecución de las obligaciones a su cargo, la Entidad podía emplear no sólo la aplicación de penalidades –*según correspondiera, de acuerdo a la naturaleza del objeto del contrato*–, sino que también podría evaluar la pertinencia de invocar otros mecanismos previstos en dicha normativa, tales como la resolución del contrato<sup>6</sup> o, tratándose de contratos de ejecución de obras, la intervención económica de la obra<sup>7</sup>, entre otros.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. Bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de Contrataciones del Estado, la penalidad por mora era aplicada al contratista cuando este incurría en una situación de retraso injustificado en la ejecución de la prestación o prestaciones a su cargo, debiendo la Entidad aplicar dicha penalidad automáticamente por cada día de atraso, conforme a lo establecido en el artículo 133 del anterior Reglamento; ello con independencia del nivel de avance en la ejecución del contrato.
- 3.2. En el marco de la anterior normativa de Contrataciones del Estado, ante una situación de incumplimiento contractual imputable al contratista, consistente en la

---

<sup>3</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Vol. VI. 5ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. Pág. 224.

<sup>4</sup> Al respecto, cabe anotar que según lo establecido en el último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, “*Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo*”.

<sup>5</sup> Dicho artículo regulaba la fórmula que debía emplearse para determinar el monto a aplicar como penalidad por mora, siendo que para efectos del cálculo de dicha penalidad –tratándose de un contrato de ejecución de obra– se consideraba el monto y plazo del contrato vigente.

<sup>6</sup> De acuerdo a lo establecido en los artículos 36 de la anterior Ley y 135 del anterior Reglamento, una Entidad puede resolver el contrato en los casos que, entre otros supuestos, el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

<sup>7</sup> Dicho mecanismo podía operar en caso de demoras injustificadas en la ejecución de una obra, entre otros supuestos de incumplimiento previstos en los artículos 173 y 174 del anterior Reglamento, respectivamente.

falta de ejecución de las obligaciones a su cargo, la Entidad podía emplear no sólo la aplicación de penalidades –*según correspondiera, de acuerdo a la naturaleza del objeto del contrato*-, sino que también podría evaluar la pertinencia de invocar otros mecanismos previstos en dicha normativa, tales como la resolución del contrato o, tratándose de contratos de ejecución de obras, la intervención económica de la obra, entre otros que pudieran corresponder.

Jesús María, 23 de junio de 2021

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

LAA/cajs