

Dirección Técnico Normativa

Opinión

Expediente N° 91579

T.D. 22221978

OPINIÓN N° 071-2022/DTN

Entidad: Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS

Asunto: Aplicación de penalidades por mora

Referencia: Formulario S/N de fecha 01.AGO.2022 – Consultas de Entidades sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, la señora Bárbara Lem Conde, Gerenta General de la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS, formula consultas relacionadas con la aplicación de penalidades por mora.

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 sus modificatorias.

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 probada mediante Ley N°30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento”, al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“1. En un contrato que incluye otras obligaciones, como la entrega y/o instalación de bienes entregados a título gratuito por el contratista, y que no estén sujetos a un pago ¿sería válido, razonable y/o proporcional aplicar la fórmula de penalidad por mora en caso se advierta un retraso injustificado en la entrega y/o instalación de dichos bienes?”***

Dirección Técnico Normativa

Opinión

- 2.1.1 En primer lugar, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE 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**. En ese contexto, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación, se brindarán alcances de carácter general relacionados con lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado sobre la aplicación de penalidades.
- 2.1.2 Sobre el particular, es necesario señalar que en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado¹, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar la aplicación de penalidades y/o la resolución del contrato.

Al respecto, sobre las penalidades que puede aplicar la Entidad al contratista, cabe señalar que éstas cumplen con una doble función: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado a ésta última.

Así, el artículo 161 del Reglamento, establece 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. Estos dos (2) tipos de penalidades 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”***.

En esa medida, se advertía que las penalidades que considera 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.

- 2.1.3 Ahora bien, en relación con las penalidades por mora, el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento dispone que aquellas sancionan **el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones a su cargo**; en ese contexto, la Entidad aplica la penalidad por mora, de manera automática², por cada día de atraso, **observando la fórmula prevista en el Reglamento**³.

¹ La normativa de contrataciones del Estado está conformada por la Ley, el Reglamento y las Disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

² Al respecto, cabe precisar que de acuerdo con el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, el contratista sólo puede evitar la aplicación de la penalidad por mora si justifica que el retraso incurrido no le resulta aplicable, ya sea con la aprobación de una solicitud de ampliación de plazo o presentando una solicitud de justificación de retraso en la cual acredite que éste no le resulta imputable.

³ *Penalidad diaria =*
0.10 x monto vigente
F x plazo vigente en días

Donde F tiene los siguientes valores:

Dirección Técnico Normativa

Opinión

Sobre el particular, el numeral 162.2 del artículo 162 del Reglamento precisa que “(...) **tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso de que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso**”. (El énfasis es agregado).

Por su parte, el numeral 162.3 del Reglamento establece 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.*”

Como se aprecia, el cálculo del monto diario de la penalidad por mora se determina considerando los elementos “monto” y “plazo” del contrato o ítem que debía ejecutar el contratista, o en el caso que el contrato involucrara obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, dichos “monto” y “plazo” que se consideran para la aplicación de la penalidad por mora corresponden a la prestación individual que fuera materia de retraso. Sin embargo, en los casos excepcionales que, por la naturaleza del contrato, no fuera posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad podría establecer en los documentos del procedimiento de selección (bases) la penalidad a aplicarse⁴.

En ese sentido, se advierte que la aplicación de penalidad por mora supone la debida verificación, por parte de la Entidad, de que se haya configurado un retraso injustificado atribuible al contratista, respecto de la ejecución de las obligaciones a su cargo, en cuyo caso, para la determinación del monto diario de dicha penalidad, deben considerarse los elementos “monto” y “plazo” correspondientes a la prestación que fuera materia de retraso, conforme a lo establecido en el numeral 162.2 del artículo 162 del Reglamento; debiendo precisar que la ausencia de dichos elementos (particularmente, el monto y plazo contractual de dicha prestación) no permitiría la aplicación de la fórmula respectiva bajo los términos previstos en el Reglamento.

- 2.2. ***“2. Asimismo, de ser afirmativa la interrogante anterior ¿sería correcto aplicar en la fórmula para calcular la penalidad por mora, el monto total o parcial referido a la prestación valorizada, considerando que esta no incluye en su precio a los bienes cedidos a título gratuito?”***

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: $F = 0.15$

⁴ De conformidad con lo dispuesto en el numeral 162.3 del artículo 162 del Reglamento.

Dirección Técnico Normativa

Opinión

- 2.2.1. Conforme a lo señalado anteriormente, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones específicas o casos concretos.
- 2.2.2. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reiterar que el cálculo del monto diario de la penalidad por mora se determina considerando los elementos “monto” y “plazo” del contrato o ítem que debía ejecutar el contratista, o en el caso que el contrato involucrara obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, el “monto” y “plazo” que se consideran para la aplicación de la penalidad por mora corresponden a la prestación individual que fuera materia de retraso.

En ese sentido, se advierte que la aplicación de la penalidad por mora supone la debida verificación, por parte de la Entidad, de que se haya configurado un retraso injustificado atribuible al contratista, respecto de la ejecución de las obligaciones a su cargo, en cuyo caso, para la determinación del monto diario de dicha penalidad, deben considerarse los elementos “monto” y “plazo” correspondientes a la prestación que fuera materia de retraso, conforme a lo establecido en el numeral 162.2 del artículo 162 del Reglamento; debiendo precisar que la ausencia de dichos elementos (particularmente, el monto y plazo contractual de dicha prestación) no permitiría la aplicación de la fórmula respectiva bajo los términos previstos en el Reglamento.

3. CONCLUSIÓN

- 3.1. La aplicación de la penalidad por mora supone la debida verificación, por parte de la Entidad, de que se haya configurado un retraso injustificado atribuible al contratista, respecto de la ejecución de las obligaciones a su cargo, en cuyo caso, para la determinación del monto diario de dicha penalidad, deben considerarse los elementos “monto” y “plazo” correspondientes a la prestación que fuera materia de retraso, conforme a lo establecido en el numeral 162.2 del artículo 162 del Reglamento; debiendo precisar que la ausencia de dichos elementos (particularmente, el monto y plazo contractual de dicha prestación) no permitiría la aplicación de la fórmula respectiva bajo los términos previstos en el Reglamento.

Jesús María, 1 de septiembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JHL