

OPINIÓN N° 072-2023/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Tacna

Asunto: Aplicación de penalidad por mora

Referencia: Formulario S/N de fecha 13.JUN.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General Regional del Gobierno Regional de Tacna, formula consultas acerca de la aplicación de la penalidad 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 en términos genéricos y vinculadas 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 aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2.1. *“Teniendo en consideración el análisis efectuado en la Opinión 47-2019/DTN, y en caso una ampliación de plazo haya sido declarada IMPROCEDENTE por parte de la entidad y esta decisión se encuentre en controversia (arbitraje) ¿La Entidad puede cobrar la penalidad por mora (debido a que el plazo de ejecución de obra ya se encuentra vencido) mientras se encuentra en curso la resolución de la controversia respecto a la ampliación de plazo? o ¿Debe abstenerse de cobrar las penalidades hasta que se resuelva en la controversia (arbitraje) pendiente de resolución?” (Sic).*

2.1.1. Al respecto, cabe mencionar que conforme a lo dispuesto en el numeral 162.1 del

artículo 162 del Reglamento, en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -situación que puede producirse en el marco de un contrato de obra pública- la Entidad le aplica “automáticamente” una penalidad por mora por cada día de atraso. En ese contexto, se aprecia que el mencionado dispositivo establece, expresamente, que la penalidad por mora se aplica de manera automática (al haberse configurado el atraso injustificado del contratista), y se calcula de acuerdo a la fórmula prevista en el mencionado numeral.

Al respecto, el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento dispone que el retraso se podría justificar de dos maneras: i) con la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo; o, ii) con la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad, la cual resulta de la acreditación, objetivamente sustentada por el contratista, de que el mayor tiempo transcurrido (en la ejecución de las prestaciones a su cargo) no le resulta imputable a éste último¹.

En ese sentido, se advierte que la situación de incumplimiento contractual que configura un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista genera, a su vez, la aplicación **automática** de la penalidad por mora, conforme a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento; hecho que supone la previa determinación por parte de la Entidad que el retraso es injustificado y, en consecuencia, corresponde la aplicación de dicha penalidad².

De esta manera, de configurarse un retraso injustificado por parte del contratista, la Entidad aplica automática la penalidad por mora, debiendo deducirse esta de: *i) de los pagos a cuenta; ii) del pago final; iii) en la liquidación final; o si fuera necesario, iv) se cobraba del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.*

Ahora bien, en cuanto a la consulta formulada, debe reiterarse que una de las maneras de justificar el retraso por parte del contratista es a través de la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo; por ende, en caso dicha solicitud sea denegada, se entenderá que el retraso es injustificado, sin perjuicio del derecho del contratista a someter tal controversia a alguno de los medios de solución contemplados en la normativa de contrataciones del Estado (arbitraje, por ejemplo), dentro del plazo establecido.

En relación con lo señalado líneas arriba, cabe mencionar que la normativa de contrataciones del Estado **no ha establecido disposición alguna que exceptúe o suspenda la aplicación y/o deducción de la penalidad por mora** cuando exista alguna controversia sometida a alguno de los medios de solución contemplados en la normativa de contrataciones del Estado (por ejemplo, controversias vinculadas a la denegatoria de

¹ En este caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

² Cabe señalar que en contratos de “**ejecución única**”, por regla general, la penalidad por mora se aplica ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato, considerando para ello, el plazo y monto previsto en dicho contrato, no obstante, en caso de que se hubiesen previsto entregas parciales (en el caso de obras, por ejemplo, entregas parciales de secciones terminadas), el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

la solicitud de ampliación de plazo).

Finalmente, cabe señalar que la Opinión N° 047-2019/DTN **no** está relacionada con la aplicación de la penalidad por mora, sino que obedece a un contexto diferente, toda vez que en dicha Opinión se realiza un análisis sobre la intervención económica de la obra, por ende, el retraso injustificado al que se hace mención está vinculado a los “*avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra*”³, siendo dicho retraso distinto de aquel que origina la penalidad por mora⁴.

2.2 “Se solicita a DTN del OSCE aclarar, los efectos que genera el sometimiento de controversias de ampliaciones de plazo, en las demás acciones contractuales que directa o indirectamente se vean vinculadas a dicha controversia o al cumplimiento del programa de ejecución de obra y control de plazos durante la etapa de ejecución contractual” (Sic).

2.2.1 De acuerdo a lo indicado previamente, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido disposición alguna que exceptúe o suspenda la aplicación y/o deducción de la penalidad por mora cuando exista alguna controversia, es decir, en principio⁵, el sometimiento a arbitraje de una controversia relacionada con la denegatoria de la solicitud de ampliación de plazo no suspende la aplicación y/o deducción de la penalidad por mora, dado que dicha penalidad es de aplicación automática.

3. CONCLUSIÓN

La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido disposición que exceptúe o suspenda la aplicación y/o deducción de la penalidad por mora cuando exista alguna controversia sometida a los medios de solución contemplados en la normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 11 de julio de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.

³ Sobre el particular, en la Opinión N° 047-2019/DTN se realiza un análisis respecto del artículo 173 del anterior Reglamento, el cual dispone lo siguiente “*Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente. En caso de retraso injustificado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordena al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra.*”

⁴ De acuerdo a lo desarrollado, la penalidad por mora se aplica ante el vencimiento del plazo de ejecución previsto para la respectiva prestación.

⁵ Sin perjuicio de las medidas que se puedan adoptar en el marco del proceso arbitral.