

OPINIÓN N° 089-2019/DTN

Solicitante: Hospital Regional Docente Cajamarca
Asunto: Aplicación de penalidades.
Referencia: Oficio N° 603-2019-GE-CAJ-DRS/HRDC/DG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Directora General del Hospital Regional Docente Cajamarca, formula consulta sobre 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 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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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 el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

“¿El Art. 162 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, establece que (...) Estando lo estipulado, ¿El cálculo de penalidad por retraso, injustificado en los servicio de ejecución periódica será a base de monto y el plazo de periodo afectado, independientemente de ser una contratación a suma alzada (valorizaciones mensuales), precios unitarios, paquete o ítem?” (Sic).

2.1 En primer lugar, es preciso señalar que desde la perspectiva de la ejecución de los

contratos, estos se dividen en contratos de “*ejecución única*” y contratos “*de duración*”; así, Messineo señala que un contrato será de “*ejecución única*”, cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad; en tanto que será “*de duración*” cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes¹.

Asimismo, los contratos “*de duración*” se sub dividen en contratos de “*ejecución continuada*” y contratos de “*ejecución periódica*”.

Al respecto, en el contrato 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

Adicionalmente, 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. (...)*”.

En tal sentido, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

- 2.2 Por su parte, según De La Puente y Lavalle⁴, las “*prestaciones parciales*” están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar en el tiempo durante el trámite de un contrato de ejecución periódica, precisando que en este tipo de contratos el contratista deberá efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.

Asimismo, las prestaciones parciales deben estar determinadas o deben poder determinarse plenamente, pues solamente así puede efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, vale decir, los pagos parciales correspondientes. De esta manera, si no es posible determinar la prestación parcial, no puede realizarse el pago parcial respectivo, y en consecuencia no podrá conocerse el monto de la referida prestación parcial.

¹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.

² Ídem, pág. 431.

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*, Tomo I, Lima: Palestra Editores S.R.L., segunda edición, 2003, pág. 184.

⁴ Ídem, pág. 184.

De esta manera, 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 partes⁵.

- 2.3 Ahora, en caso de retraso injustificado por parte del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto de contrato, la normativa de contrataciones del Estado regula la aplicación de la penalidad por mora por cada día de atraso.

Así, el artículo 162 del Reglamento ha previsto la fórmula⁶ que debe utilizarse para calcular el monto de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista. Dicha fórmula considera como elementos del cálculo al monto y al plazo de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, precisándose que “Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al 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).

De esta manera, a efectos de aplicar la fórmula contemplada en el artículo 162 del Reglamento, la Entidad debe emplear tanto el *“monto”* como el *“plazo”* del contrato o del ítem, salvo en los contratos que involucren obligaciones de “ejecución periódica” o “entregas parciales”, en los cuales dicho cálculo debe realizarse tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación individual materia de retraso.

Cabe precisar que la finalidad de este tipo de penalidad es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato le cause.

- 2.4 Efectuadas las precisiones anteriores, en atención al tenor de la presente consulta, debe señalarse que en el caso de los contratos de servicios en general que involucren obligaciones de ejecución periódica o 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; independientemente que el

⁵ De conformidad con lo dispuesto en el anterior artículo 138.1 del artículo 138 del Reglamento.

⁶ “La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

Donde F tendrá 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: $F = 0.15$.”

servicio sea contratado bajo el sistema a suma alzada o de precios unitarios.

Asimismo, el criterio antes detallado se aplica tanto en las contrataciones de servicios en general realizadas por paquete, como en los contratos que agrupan varios ítems derivados de un procedimiento de selección; así, el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones parciales objeto del contrato debe analizarse en función a cada una de las prestaciones involucradas; es decir, para el cálculo de la penalidad diaria en dichos contratos debían emplearse el monto y el plazo de la prestación materia de retraso.

Finalmente, cabe agregar que, de conformidad con el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento, en los contratos que involucren obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones individuales no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

3. CONCLUSIONES

A efectos de aplicar la fórmula contemplada en el artículo 162 del Reglamento, la Entidad debía emplear tanto el "*monto*" como el "*plazo*" del contrato o del ítem que debió ejecutarse, salvo en los contratos que involucren obligaciones de "ejecución periódica" o "entregas parciales", en los cuales dicho cálculo debía realizarse tomándose en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso; ello independientemente de que dichas contrataciones se realicen bajo el sistema a suma alzada, bajo el sistema de precios unitarios, por paquete o por relación de ítems.

Jesús María, 31 de mayo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.