

**OPINIÓN N° 089-2020/DTN**

Solicitante: Estudio Ehecopar S.R.L.

Asunto: Calificación de retraso justificado como supuesto para la no aplicación de penalidad por mora

Referencia: Formulario de solicitud de consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el señor Eduardo Ego Aguirre Olórtegui, representante legal del Estudio Ehecopar (expediente 42306, trámite documentario 17436096), formula varias consultas relacionadas con la calificación del retraso como justificado, en el marco de la ejecución contractual, como supuesto para la no aplicación de penalidad por mora, bajo los alcances de 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, 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:

- La “**anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- El “**anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por D.S. N°056-2017- EF, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1. “Confirmar que, en caso se rechace una solicitud de ampliación de plazo por aspectos formales y procedimentales, el contratista podrá presentar la “solicitud de no aplicación de penalidades por mora” dispuesta en el artículo 133 del RLCE, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y no se aplicarán penalidades, si acredita que el atraso no le fue imputable.” (Sic).**

### **Sobre el cabal cumplimiento contractual**

2.1.1 En primer lugar, debe señalarse que luego de suscrito el contrato, las partes —tanto el contratista como la Entidad— están obligadas a ejecutar las prestaciones a su cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato, teniendo en cuenta que el contratista debe ejecutar las prestaciones en favor de la Entidad, y ésta última se compromete a pagar la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

Como es de verse, el cumplimiento oportuno y recíproco de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no siempre se cumple durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes puede incumplir de manera parcial o total, sus prestaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019- ha previsto distintas figuras jurídicas en virtud de las cuales las Entidades pueden cautelar el cabal cumplimiento de las prestaciones contractuales, así como el interés público que subyace a la contratación.

### **Del retraso injustificado en la ejecución del contrato**

2.1.2 Uno de los mecanismos que contempla dicha normativa ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del contratista es la aplicación de penalidades por mora.

Sobre el particular, el último párrafo del artículo 132 del anterior Reglamento establecía lo siguiente: “Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento”. (El subrayado es agregado).

Así, ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicaba, automáticamente -de conformidad con el artículo 133 del anterior Reglamento<sup>1</sup>-, una **penalidad por mora** por cada día de atraso, la cual podía deducirse de cualquiera de los pagos o conceptos a los que hacía referencia el dispositivo citado en el párrafo anterior.

---

<sup>1</sup> Dicho artículo establecía expresamente lo siguiente: “En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula (...)”. (El énfasis es agregado) (expediente 42306, trámite documentario 17436096).

De esta manera, la aplicación de la penalidad por mora no sólo tenía como fin cautelar la debida ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, desincentivando el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que, además, dicho mecanismo permitía resarcir a la Entidad por el perjuicio que le genera el retraso injustificado en la ejecución del contrato, atribuible al contratista.

### **Sobre la justificación de un retraso no imputable al contratista**

2.1.3. Tal como se indicó en los numerales precedentes, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía la aplicación automática de una "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" al contratista que, injustificadamente, se retrasara en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En esa medida, se advierte que un elemento importante para determinar la aplicación de penalidades por mora consistía en calificar si dicho retraso era -o no- imputable al contratista.

Así se estableció en el último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, en virtud del cual "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". (El énfasis es agregado).

Como se observa, correspondía al contratista acreditar y sustentar de manera objetiva que el retraso en la ejecución del contrato obedecía a una situación que no resultaba imputable a él; así, a partir de la información que le fuera proporcionada, la Entidad evaluaba si dicho retraso calificaba como uno "justificado", a efectos de no aplicar la penalidad por mora.

De esta manera, se desprende que el contratista podía solicitar a la Entidad no aplicar la penalidad por mora al haberse configurado un retraso justificado bajo los términos del artículo 133 del anterior Reglamento; asimismo, al invocar este dispositivo y de calificarse el retraso como justificado, el contratista no tenía derecho al pago de gastos generales de ningún tipo, sino que sólo correspondía la no aplicación de penalidad por mora.

Al respecto, cabe precisar que la anterior normativa de contrataciones del Estado no determinó un procedimiento específico, requisitos o plazos, a fin de acreditar un retraso como justificado en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora. En ese contexto, era necesario que el contratista presente a la Entidad el sustento objetivo con el cual demostrara que dicho retraso obedecía a una situación no atribuible a él, frente a su actuar diligente en la ejecución del contrato.

Lo antes indicado es concordante con el criterio establecido en la Opinión N° 143-2019/DTN, cuya conclusión 3.2 fue la siguiente:

*"Las disposiciones contenidas en el artículo 133 del Reglamento -referido a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación- resultan aplicables ante un retraso injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de*

*plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.”*

2.1.4. En efecto, un mecanismo distinto que podía emplearse ante un retraso justificado lo constituye la solicitud de ampliación de plazo de ejecución contractual, cuyo procedimiento y reglas aplicables para su procedencia sí se encontraban expresamente definidos en dicha normativa.

Así, conforme a lo establecido en el numeral 34.5 del artículo 34 de la anterior Ley, ante un **atraso ajeno a su voluntad y que modifique el plazo de ejecución contractual**, el contratista podía solicitar la ampliación del plazo del contrato de obra, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 170 del anterior Reglamento<sup>2</sup>. En virtud de la aprobación de esta solicitud se generaba no sólo la extensión del plazo de ejecución contractual, sino también el pago de mayores costos directos y mayores gastos generales, ambos debidamente acreditados (171).

Ahora bien, en este punto es importante anotar que si bien un retraso justificado -no imputable al contratista y que modifique el plazo contractual de la obra- podía configurar una causal para solicitar la ampliación del plazo, la sola justificación del atraso no resultaba ser suficiente para la aprobación de esta solicitud, pues para tal efecto debía cumplirse estrictamente el procedimiento descrito en el artículo 170 del anterior Reglamento; en caso contrario, su incumplimiento daría lugar a la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo.

2.1.5. Efectuadas las precisiones anteriores, se puede inferir que la existencia de un retraso justificado en la ejecución de un contrato de obra no bastaba para la aprobación de una solicitud de ampliación de plazo contractual, ya que ésta podía ser desestimada por la Entidad -por ejemplo- al haberse incumplido con aspectos formales o procedimentales necesarios para su aprobación; sin perjuicio de lo cual, según los términos establecido en el último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, el contratista podía solicitar la no aplicación de la penalidad por mora.

Al respecto, cabe señalar que la anterior normativa de contrataciones del Estado, por un lado, permitía al contratista solicitar la ampliación de plazo contractual de la obra si se configuraba alguna de las causales establecidas en el artículo 169 del anterior Reglamento, y bajo estricto cumplimiento del procedimiento regulado en el artículo 170 del mismo dispositivo. Por otro lado, dicha normativa también le permitía solicitar la no aplicación de penalidad por mora, para lo cual el contratista debía acreditar haber incurrido en un retraso que fuera calificado por la Entidad como justificado, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento.

Por tanto, se advierte que aun cuando la solicitud de ampliación del plazo contractual de una obra fuera desestimada por incumplir el procedimiento establecido en el artículo 170 del anterior Reglamento, el contratista podía solicitar la no aplicación de penalidad por mora siempre que cumpliera con acreditar, de

---

<sup>2</sup> De la revisión de las consultas planteadas se advierte que éstas están referidas a disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado aplicables a contratos de ejecución de obras.

modo objetivamente sustentado, que el retraso en la ejecución del contrato no resultaba imputable a él. En ese contexto, si dicho retraso calificaba como justificado al amparo del último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, no correspondía la aplicación de la penalidad por mora.

**2.2. “En caso se confirme el supuesto señalado en el punto anterior, confirmar si la “solicitud de no aplicación de penalidades por mora” será posible aun cuando en arbitraje se haya confirmado la decisión de la Entidad de rechazar o declarar improcedente la ampliación de plazo específicamente por aspectos formales y procedimentales”. (Sic).**

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, aun cuando la solicitud de ampliación del plazo contractual de una obra fuera desestimada por incumplir el procedimiento establecido en el artículo 170 del anterior Reglamento, el contratista podía solicitar la no aplicación de penalidad por mora siempre que cumpliera con acreditar, de modo objetivamente sustentado, que el retraso en la ejecución del contrato no resultaba imputable a él. En ese contexto, si dicho retraso calificaba como justificado al amparo del último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, no correspondía la aplicación de la penalidad por mora.

Bajo esa misma lógica, si en marco de un arbitraje<sup>3</sup> se hubiera resuelto ratificar la decisión de la Entidad de no aprobar la ampliación de plazo contractual por haberse incumplido el procedimiento establecido en el artículo 170 del anterior Reglamento, el contratista igual podía aplicar lo dispuesto en el artículo 133 del anterior Reglamento, a efectos de acreditar -de modo objetivamente sustentado- que el retraso en la ejecución del contrato no resultó imputable a él, y solicitar a la Entidad la no aplicación de penalidad por mora, al calificar dicho retraso como justificado.

**2.3. “Confirmar que, para efecto de la aplicación de penalidades por mora, deberá esperarse al resultado del arbitraje iniciado por el contratista contravirtiendo la decisión de la Entidad de rechazar su ampliación de plazo”.**

2.3.1. Sobre el particular, debe reiterarse que, ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicaba, **automáticamente** -de conformidad con el artículo 133 del anterior Reglamento<sup>4</sup>-, una **penalidad por mora** por cada día de atraso, la cual podía deducirse de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final, según correspondiera; o si fuera necesario, del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, tal como lo establecía el último párrafo del artículo 132 del anterior Reglamento<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Que constituye uno de los mecanismos de solución de controversias referidas a la ejecución contractual, conforme a lo establecido en el numeral 45.1 del artículo 45 de la anterior Ley.

<sup>4</sup> Dicho artículo establecía expresamente lo siguiente: “En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica **automáticamente** una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica **automáticamente** y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula (...)”. (El énfasis es agregado).

<sup>5</sup> De conformidad con establecido en el referido dispositivo, “Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera

En ese sentido, la anterior normativa de contrataciones del Estado era clara al establecer la aplicación automática<sup>6</sup> de la penalidad por mora cuando el contratista incurría en retraso injustificado en la ejecución de las obligaciones que constituían el objeto del contrato; así, la Entidad podía deducir dicha penalidad en la oportunidad de pago más inmediata, según correspondiera, e incluso de la garantía de fiel cumplimiento.

Por tanto, independientemente de que se hubiera sometido a arbitraje una controversia recaída en la decisión de la Entidad de no aprobar una solicitud de ampliación de plazo, correspondía a ésta aplicar automáticamente la penalidad por mora **cuando el contratista incurría en retraso injustificado** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, tal como se establecía claramente en el artículo 133 del anterior Reglamento; salvo que por disposición expresa del órgano jurisdiccional, éste haya concedido una medida cautelar a favor del contratista, suspendiendo la aplicación de dicha penalidad hasta resolverse en arbitraje tal controversia.

En relación con lo expuesto, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la anterior Ley, el arbitraje es de derecho, y las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público<sup>7</sup>.

**2.4. “Confirmar que, si el contratista discutiera en arbitraje expresamente si cierto hecho generador de atraso en la ejecución de la obra le fue imputada o no, la Entidad no podrá aplicarle penalidades por dicho retraso mientras no concluya en arbitraje”.**

En concordancia con lo expuesto al absolver la consulta anterior, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la anterior Ley, el arbitraje es de derecho, y las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

Por tanto, correspondía a la Entidad aplicar automáticamente la penalidad por mora cuando ésta determinaba que el contratista había incurrido en retraso injustificado, conforme a lo establecido en el artículo 133 del anterior Reglamento; salvo que en el marco de un arbitraje en curso se hubiera concedido una medida cautelar a favor

---

*necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento”.* (El subrayado es agregado).

<sup>6</sup> De acuerdo a la definición contemplada en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, se entiende por la palabra automática, dicho de una acción, “*Que se produce inmediatamente después de un hecho y como consecuencia de él*”. (El subrayado es agregado).

<sup>7</sup> Tal como se establece en el numeral 45.3 del artículo 45 de la anterior Ley.

del contratista, suspendiendo la aplicación de dicha penalidad hasta resolverse, por ejemplo, la controversia recaída en el hecho generador del retraso.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1.** Aun cuando la solicitud de ampliación del plazo contractual de una obra fuera desestimada por incumplir el procedimiento establecido en el artículo 170 del anterior Reglamento, el contratista podía solicitar la no aplicación de penalidad por mora siempre que cumpliera con acreditar, de modo objetivamente sustentado, que el retraso en la ejecución del contrato no resultaba imputable a él. En ese contexto, si dicho retraso calificaba como justificado al amparo del último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, no correspondía la aplicación de la penalidad por mora.
- 3.2.** Si en marco de un arbitraje se hubiera resuelto ratificar la decisión de la Entidad de no aprobar la ampliación de plazo contractual por haberse incumplido el procedimiento establecido en el artículo 170 del anterior Reglamento, el contratista igual podía aplicar lo dispuesto en el artículo 133 del anterior Reglamento, a efectos de acreditar -de modo objetivamente sustentado- que el retraso en la ejecución del contrato no resultó imputable a él, y solicitar a la Entidad la no aplicación de penalidad por mora, al calificar dicho retraso como justificado.
- 3.3.** Independientemente de que se hubiera sometido a arbitraje una controversia recaída en la decisión de la Entidad de no aprobar una solicitud de ampliación de plazo, correspondía a ésta aplicar automáticamente la penalidad por mora cuando el contratista incurría en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, tal como se establecía claramente en el artículo 133 del anterior Reglamento; salvo que por disposición expresa del órgano jurisdiccional, éste haya concedido una medida cautelar a favor del contratista, suspendiendo la aplicación de dicha penalidad hasta resolverse en arbitraje tal controversia.
- 3.4.** Correspondía a la Entidad aplicar automáticamente la penalidad por mora cuando ésta determinaba que el contratista había incurrido en retraso injustificado, conforme a lo establecido en el artículo 133 del anterior Reglamento; salvo que en el marco de un arbitraje en curso se hubiera concedido una medida cautelar a favor del contratista, suspendiendo la aplicación de dicha penalidad hasta resolverse, por ejemplo, la controversia recaída en el hecho generador del retraso.

Jesús María, 14 de septiembre de 2020

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

LAA