

OPINIÓN N° 089-2022/DTN

Solicitante: Instituto Nacional de Defensa Civil - INDECI

Asunto: Aplicación de la penalidad por mora en contratos de ejecución única con prestaciones parciales

Referencia: Formulario de solicitud de consultas de recibido el 28.SET.2022

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Juan Pablo Gamarra Rivera, Jefe de la Oficina General de Administración del INDECI, consulta qué debe entenderse por prestaciones parciales en los contratos de ejecución única, en relación a 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 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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, modificado por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF, Decreto Supremo N° 168-2020-EF y Decreto Supremo N° 250-2020-EF.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1 “¿Qué debe entenderse por “entregas parciales” que hace referencia el numeral 162.2 del artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?” (Sic).**

2.1.1 En principio corresponde indicar que la normativa de contrataciones del Estado establece que el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar la aplicación de las penalidades previstas en el contrato, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

Así pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 161 del Reglamento las penalidades que pueden ser aplicadas al contratista debido al incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales son: la “**penalidad por mora**” y las “**otras penalidades**” distintas a la mora en la ejecución de las prestaciones.

En relación con la penalidad por mora, el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento, dispone que este tipo de penalidad sanciona el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones a su cargo; para tal efecto la Entidad aplica –al contratista– dicha penalidad, de manera automática por cada día de atraso, realizando el cálculo de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

Donde F tiene 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”

Respecto de los valores del “monto” y “plazo” el numeral 162.2 del artículo 162 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 que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso”. (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, el cálculo del monto diario de la penalidad por mora se determina en función de los elementos “monto” y “plazo” vigentes del contrato (o ítem) que debió ejecutarse, o, de las prestaciones individuales que fueran materia de retraso cuando se traten de contratos de ejecución periódica o de aquellos que contemplen entregas parciales.

2.1.2 En ese orden de ideas, a propósito de la consulta formulada es necesario referirnos a la clasificación de los contratos desde la perspectiva de su ejecución.

Así, de acuerdo con su ejecución los contratos se dividen en contratos “**de duración**”, que son aquellos cuya ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes¹; y, en contratos de “**ejecución única**”, entendidos como aquellos que agotan su finalidad con la ejecución de un solo acto.

2.1.3 Respecto a los contratos “de duración”, es necesario acotar que estos a su vez se

¹ Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones: Jurídicas Europa-América, pág. 429-430.

subdividen en contratos de “ejecución continuada” y contratos de “ejecución periódica”. En los contratos de ejecución *continuada* “*la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única, pero sin interrupción*”; mientras que en los contratos de ejecución periódica “*(...) existen varias prestaciones (por regla general de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes*”².

Adicionalmente, De La Puente y Lavalle 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. (...)*”³.

En ese sentido, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones parciales⁴ las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas. Por tanto, en este tipo de contratos tanto el plazo como el monto de la prestación parcial deben estar determinadas, o, deben poder ser determinadas plenamente a partir del contrato⁵, pues solamente así pueden efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, es decir, los pagos parciales correspondientes a cada una de ellas.

- 2.1.4 Por otro lado, los contratos “de ejecución única”, son aquellos que importan o suponen una sola ejecución; es decir, se agota de manera instantánea con el cumplimiento de la prestación⁶; cabe precisar que el agotamiento instantáneo en este tipo de contratos no significa que el contrato deba ejecutarse de manera inmediata, sino que su ejecución se realice un solo acto que agota su finalidad.

Ahora bien, de conformidad con el criterio contenido en la Opinión N° 103-2019/DTN, independientemente del agotamiento de su finalidad en un solo acto, es posible que los contratos de ejecución única sean ejecutados mediante entregas parciales.

Así, conforme al ejemplo establecido en la referida opinión, cabe la posibilidad de que la Entidad, con la finalidad de asegurar la ejecución oportuna de un contrato de consultoría de obra consistente en la elaboración de un expediente técnico, contemple que el contratista deberá entregar en determinadas fechas establecidas de antemano (en las bases) cada uno de los componentes que conforman el Expediente Técnico. En tal supuesto, la circunstancia de que se hubiesen contemplado tales entregas parciales no altera la naturaleza del contrato, es decir,

² Ídem, pág. 431.

³ De La Puente y Lavalle, M. (2003) *El Contrato en general*, Tomo I, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., Segunda Edición, pág. 184.

⁴ Según De La Puente y Lavalle, las “*prestaciones parciales*” están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deben realizar en el tiempo durante la ejecución de un contrato de ejecución periódica, precisando que en este tipo de contratos el contratista debe efectuar las *mismas* prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente. De La Puente y Lavalle, M. (2003) *El Contrato en general*, Tomo I, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., Segunda Edición, pág. 184.

⁵ 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 partes.

⁶ Osterling, F.; Castillo M. (2018) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L, pág. 127.

no cambia el hecho de que tal contrato de elaboración de expediente técnico sea un contrato de ejecución única, pues la finalidad del contrato sólo será lograda en la medida en que se entregue el documento final, esto es, el expediente técnico de obra.

De lo señalado se colige, que en las relaciones contractuales establecidas por las Entidades del Estado para la provisión de bienes, servicios y obras, las entregas parciales pactadas en los contratos de ejecución única implican que, a fin de asegurar el cumplimiento oportuno del objeto de la contratación, el contratista entregue o ponga a disposición de la Entidad una parte o un componente de la prestación a la que se obligó, recibiendo a cambio de dicha entrega la correspondiente contraprestación parcial.

Cabe precisar que la posibilidad de pactar entregas parciales en los contratos de ejecución única está relacionada con la capacidad que tiene la Entidad de prever la divisibilidad de la prestación objeto de la contratación. En efecto, en los contratos de bienes, servicios y obras celebrados por las Entidades, donde el acreedor está determinado únicamente por la Entidad y el deudor por el contratista, la divisibilidad de la prestación materia de la contratación tiene como única consecuencia la posibilidad de que sea cumplida a través de prestaciones individuales y parciales⁷; por tanto, en la medida que la prestación objeto de la contratación sea divisible, se podrá disponer que su cumplimiento se realice mediante entregas parciales, de acuerdo con lo establecido en las bases del procedimiento.

Ahora bien, la calidad de divisible de una prestación puede estar determinada por su propia naturaleza⁸ o por lo dispuesto por las partes contratantes⁹. De esta manera en los contratos bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, aun cuando la prestación objeto de la contratación en virtud de su naturaleza fuera indivisible, la Entidad podría establecer en las bases del procedimiento, y, en consecuencia, en el contrato perfeccionado con el contratista, la división de dicha prestación pactando entregas parciales a cargo del contratista.

Aunado a lo expuesto, es importante indicar que debido a la variedad de prestaciones que pueden contemplar los contratos de ejecución única, es posible que las entregas parciales a cargo del contratista no siempre resulten útiles o aprovechables por sí mismas¹⁰; sin embargo, esta situación no es suficiente para **no** atribuir a tales prestaciones individuales la calidad de “entregas parciales” en los términos previstos en la normativa de contrataciones del Estado; pues, teniendo en cuenta que en los contratos de ejecución única la finalidad que subyace a la contratación se obtiene solo con el cumplimiento total de la prestación, es decir, en un solo acto, la utilidad o aprovechamiento de las entregas parciales debe ser

⁷ Ídem. pág. 120.

⁸ Este tipo de divisibilidad es aquella que se conoce como divisibilidad natural, pues resulta de la naturaleza misma de la obligación.

⁹ Osterling, F.; Castillo M. (2018) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L. págs. 273 y 274.

¹⁰ Así por ejemplo en los contratos de consultoría de obra que tengan por objeto la elaboración del expediente técnico, es posible que las entregas parciales de los componentes del expediente técnico realizadas por el contratista, a criterio de la Entidad contratante no resulten útiles o aprovechables por sí mismas.

analizada en función del contrato en su conjunto y no de manera individual o aislada¹¹.

Asimismo, cabe mencionar que las entregas parciales contempladas en los contratos de ejecución única deben estar determinadas en el contrato o deben poder determinarse indubitablemente a partir de él, pues solamente así puede efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales que correspondan.

De todo lo expuesto se colige que, en los contratos de ejecución única, las entregas parciales son aquellas prestaciones individuales y parciales que – independientemente de su utilidad o aprovechamiento *per se*–, al haber sido determinadas en las bases del procedimiento de selección, forman parte del contrato perfeccionado entre las partes; y cuyo cumplimiento, en la forma y oportunidad prevista, se encuentra a cargo del contratista a cambio de la contraprestación correspondiente.

2.1.5 Finalmente, cabe precisar que ante el retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista en los contratos de ejecución única que contemplen 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.

3. CONCLUSIONES

3.1. En los contratos de ejecución única, las entregas parciales son aquellas prestaciones individuales y parciales que –independientemente de su utilidad o aprovechamiento *per se*–, al haber sido determinadas en las bases del procedimiento de selección, forman parte del contrato perfeccionado entre las partes; y cuyo cumplimiento, en la forma y oportunidad prevista, se encuentra a cargo del contratista a cambio de la contraprestación correspondiente.

3.2. Ante el retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista en los contratos de ejecución única que contemplen 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.

Jesús María, 24 de octubre de 2022



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 25.10.2022 11:15:36 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH/bdh

¹¹ Osterling, F.; Castillo M. (2018) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L. pág. 931.