

OPINIÓN N° 095-2021/DTN

Solicitante: Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga

Asunto: Pago de penalidades no incluidas en la liquidación de obra

Referencia: Formulario S/N de fecha 6.SEP.2021 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la oficina de Asesoría Jurídica señor César Palomino Vargas de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga consulta si después de consentida y aprobada la liquidación de obra con saldo a favor del contratista, puede realizarse la deducción de penalidades pendientes de cobro que no fueron incluidas en la liquidación de obra.

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. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 30 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “Consultas de entidades públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que las consultas N°02 y N°03, no se encuentra referida al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que, busca que el OSCE determine las acciones que debe realizar la Entidad consultante a fin de efectuar el cobro de las penalidades cuándo estás además de no haber sido deducidas de la liquidación de obra superan el saldo a favor del contratista y se ha devuelto la garantía de fiel cumplimiento, aspectos que exceden la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley a este Organismo Técnico Especializado; por tal motivo no serán absueltas vía opinión.

- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N°350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N°056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Una vez consentida y aprobada la liquidación de obra con saldo a favor del contratista, se puede realizar la deducción de penalidades pendientes de cobro que no fueron incluidas en la liquidación de obra aplicando el supuesto de “último pago” previsto en el art. 132 del RLCE?” (Sic.)

2.1.1 De manera previa es necesario indicar que la penalidad es una obligación accesoria al contrato, cuya función es resarcir los eventuales daños o perjuicios ocasionados por el incumplimiento total o parcial del contratista en la ejecución de las obligaciones a su cargo². De esta manera la previsión de la penalidad en los contratos implica aceptar una presunción de daño, pues una vez verificado el incumplimiento, el acreedor puede exigir el pago de la penalidad sin la necesidad de acreditar tal daño³; de ello se colige que además de su función resarcitoria, la penalidad tiene una finalidad coercitiva, pues busca asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por el contratista para satisfacer el interés público que subyace a toda contratación.

Hechas las precisiones anteriores, cabe indicar que el artículo 132 del anterior Reglamento establecía que el contrato contemplaba dos tipos de penalidades que podían aplicarse al contratista: **i) la penalidad por mora**, aplicable en caso de incumplimiento injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, y **ii) otras penalidades**, distintas a la penalidad por mora, cuyo supuestos y forma de cálculo se encontraban previamente establecidos.

El referido dispositivo normativo regulaba también las modalidades para hacer efectivo el cobro de la penalidad, señalando que el monto correspondiente a ella se deducía de los **pagos a cuenta, de las valorizaciones, 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.**

2.1.2 Ahora bien, a propósito de la consulta formulada corresponde determinar la manera en que operaban las modalidades de cobro de penalidades referidas a la deducción de pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, teniendo en cuenta la forma de pago prevista para las contrataciones según el objeto contractual.

Para tales efectos resulta imperioso precisar que, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, como parte de las obligaciones asumidas por la Entidad contratante a consecuencia del perfeccionamiento contractual, se

² Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos. (2016) “*La Contratación Estatal*”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica. p.584.

³ De conformidad con el criterio contenido en la opinión N°154-2018/DTN.

encontraba el pago, entendido como la retribución del precio pactado a favor del contratista por la ejecución de las prestaciones a su cargo⁴.

Al respecto, la anterior Ley en su artículo 39 regulaba como regla general la realización del pago después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo pactarse pagos a cuenta; no obstante, como supuesto de excepción a dicha regla contemplaba la posibilidad de que el pago fuera realizado en su integridad por adelantado cuando ello hubiera sido condición de mercado (lo que debía estar adecuadamente sustentado) para la entrega de los bienes o prestación de los servicios. Cabe precisar que el pago adelantado y el pago a cuenta no constituían pagos finales, de manera que el contratista seguía siendo responsable del cumplimiento de las prestaciones a su cargo hasta el cumplimiento total objeto del contrato.

Sobre el particular, para el caso de bienes, servicios en general y consultorías, el artículo 149 del anterior Reglamento precisaba que las contraprestaciones pactadas a favor del contratista debían pagarse luego de otorgada la conformidad, y que las controversias en relación con los pagos a cuenta o pago final podían ser sometidas a conciliación o arbitraje. Asimismo, es necesario indicar que en los contratos de consultoría de obra, para que la Entidad efectúe el pago, era necesario que con posterioridad al otorgamiento de la conformidad se realizara el proceso liquidación del contrato conforme al artículo 144 del anterior Reglamento, a fin de determinar el costo total del contrato y su saldo económico.

Así pues, de las precitadas normas se advierte que **en las contrataciones que tenían por objeto la adquisición de bienes o la prestación de servicios en general y consultorías, la Entidad contratante podía cumplir con la contraprestación a su cargo mediante pagos a cuenta o a través del pago final**, que en el caso de consultoría de obra se efectuaba de acuerdo al monto obtenido luego de realizada la liquidación del contrato.

De esta manera, **si en las contrataciones de bienes, servicios en general y consultorías, las formas de pago eran los pagos a cuenta y el pago final, el cobro de las penalidades aplicadas al contratista por el incumplimiento en la ejecución de sus prestaciones, se hacía efectivo deduciendo los montos de dichas penalidades de tales formas de pago (pago a cuenta o pago final). En el caso de consultoría de obras, considerando que el monto pagado era el resultante del proceso de liquidación del contrato, la deducción del monto correspondiente a las penalidades se realizaba durante el referido proceso sin perjuicio de las deducciones producidas en los pagos a cuenta**.

2.1.3 Por otro lado, en el supuesto de ejecución de obras, el artículo 166 del anterior Reglamento preveía el **pago de las valorizaciones de obra**⁵ de acuerdo a los

⁴ Sobre el particular, Roberto Dromi indica que un principio fundamental que rige el precio contractual en los contratos administrativos es el de intangibilidad, que supone que este debería ser pagado, en el lugar, tiempo, forma y bajo las condiciones que hayan sido fijadas por las partes en el contrato o por acuerdo posterior. DROMI, Roberto. (2004) “*Derecho Administrativo*”. Tomo II. Décima Edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina. p.545.

⁵ De conformidad con la definición prevista en el “Anexo Único” de definiciones del anterior Reglamento, la valorización de una obra, es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado.

periodos previstos en los documentos del procedimiento de selección, **precisando que dichas valorizaciones tenían el carácter de pagos a cuenta.**

Por su parte el artículo 179 del anterior Reglamento establecía que una vez realizada la recepción de la obra, correspondía realizar el proceso de liquidación del contrato de obra, el cual era definido como el cálculo técnico efectuado bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables, con la finalidad de determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que pudiera existir a favor o en contra de alguna de las partes; para tales efectos, el contratista debía presentar la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resultara mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de obra.

Como se aprecia, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, el contratista presentaba la liquidación del contrato de obra con la documentación y los cálculos detallados que justificaran su contenido; por tanto, la liquidación debía contemplar todos los conceptos que incidían en su costo total, tales como las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad, los impuestos que afectan la prestación, **las penalidades aplicables al contratista**, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos **debidamente sustentados**.

Una vez presentada la liquidación por el contratista, la Entidad tenía un plazo máximo de sesenta (60) días desde su recepción, a fin de emitir su pronunciamiento con cálculos detallados, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, podía elaborar otra y notificar al contratista para que éste se pronunciara dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no cumplía con presentar la liquidación dentro del plazo antes señalado, era responsabilidad de la Entidad elaborar la liquidación en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo al contratista. En este supuesto, la Entidad notificaba la liquidación a su contraparte para que ésta última se pronunciara dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación del contrato de obra quedaba consentida o aprobada –según correspondiera– cuando, siendo practicada por alguna de las partes, no era observada por la otra dentro del plazo establecido⁶.

Así pues, el consentimiento de la liquidación del contrato de obra se producía cuando vencidos los plazos previstos en el anterior Reglamento, la Entidad o el contratista –según correspondiera– no se hubieran formulado observaciones sobre la liquidación presentada. Producido el consentimiento de la liquidación y de haberse determinado la existencia de un saldo económico a favor del contratista, la Entidad efectuaba el pago conforme al monto resultante de dicha liquidación, con

⁶ Cabe señalar que, en el supuesto de que una de las partes no acogiera las observaciones formuladas por la otra, aquella debía manifestarlo por escrito dentro de los quince (15) días hábiles siguientes; en tal caso, la parte que no acogía las observaciones debía solicitar, dentro del plazo previsto en la anterior Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido este plazo se consideraba consentida o aprobada, según correspondiera, la liquidación con las observaciones formuladas.

ello culminaba definitivamente el contrato y se cerraba el expediente de contratación.

El consentimiento de la liquidación generaba efectos jurídicos y económicos. Los primeros implicaban que la liquidación del contrato de obra quedara firme, pues se presumía que su no observación dentro del plazo previsto implicaba su aceptación y validez. Los segundos, implicaban que al determinarse el costo total de la obra y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se originara el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad previsto en la liquidación⁷.

Ahora, si bien el consentimiento de la liquidación generaba el derecho a cobro del saldo a favor, la Entidad en su calidad de garante del interés público debía asegurar que los conceptos contemplados en la liquidación fueran aquellos que, en aplicación de las condiciones contractuales y normativas, sustentaban la obtención del costo real de la obra; de esta manera, de existir algún saldo a favor de alguna de las partes, el monto a pagar guardaba correspondencia con las prestaciones ejecutadas por cada una de ellas y con las obligaciones originadas en el contrato, es decir, resultaba acorde con el principio de Equidad⁸. Para tales efectos, la Entidad –de corresponder– podía utilizar las herramientas proporcionadas por la anterior normativa de contrataciones del Estado⁹ o en su defecto aquellas que resultaban de la aplicación supletoria de las normas del derecho público y privado¹⁰.

De todo lo expuesto se colige que, **en las contrataciones cuyo objeto era la ejecución de obras, la Entidad cumplía con la contraprestación a su cargo mediante el pago de las valorizaciones y el pago del monto resultante de la liquidación consentida. En ese sentido, el cobro de las penalidades aplicadas al contratista por el incumplimiento en la ejecución de sus prestaciones se hacía efectivo deduciendo los montos correspondientes a la penalidad de las valorizaciones o en la liquidación del contrato de obra**, la cual debía contemplar los conceptos económicos que sustentaban la obtención del costo real de la obra.

⁷ De conformidad con el criterio contenido en las opiniones 12-2016/DTN y 196-2015/DTN.

⁸ Según el principio de equidad, las prestaciones y derechos de las partes **deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad**, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

⁹ De conformidad con el sexto párrafo del artículo 179 del anterior Reglamento, toda discrepancia respecto a la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resultaban de ella se resolvían según las disposiciones previstas para la solución de controversias que la anterior Ley establecía.

¹⁰ La Primera Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento señalaba que, en lo no previsto en la Ley y el Reglamento, resultaba de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado. Al respecto, cabe precisar que la aplicación supletoria de normas de derecho público o de derecho privado a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado suponía realizar un análisis comparativo a fin de determinar si en un caso específico resultaba compatible –o no– aplicar una norma de derecho público o de derecho privado. Sobre el particular, de acuerdo al criterio contenido en la opinión N°113-2019/DTN, la supletoriedad del Código Civil a la ejecución contractual no afecta ni excluye –cuando corresponda– la aplicación de la LPAG a las actuaciones internas de las Entidades, previas a la toma de decisiones durante la etapa de ejecución contractual.

En consecuencia, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía las modalidades para el cobro de las penalidades de acuerdo al objeto de la contratación. Así, cuando los contratos tenían como objeto la ejecución de obras, la Entidad hacía efectivo el cobro de las penalidades mediante las deducciones correspondientes de las valorizaciones o de la liquidación de obra que contemplaba aquellos conceptos que, en aplicación de las condiciones contractuales y normativas, sustentaban la obtención del costo real de la obra, cautelando que el saldo a favor de alguna de las partes –y su posterior pago– guarde correspondencia con las prestaciones ejecutadas por cada una de ellas y con las obligaciones originadas en el contrato.

Sin perjuicio de ello, con el fin de salvaguardar la integridad de los recursos públicos comprometidos en las contrataciones, la Entidad, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad y con el debido sustento, puede adoptar las medidas que considere pertinentes para asegurar que el pago del saldo a favor de una de las partes –resultante del proceso de liquidación– sea lo que realmente corresponda conforme a cómo se ha desarrollado la ejecución del contrato.

3. CONCLUSIÓN

La anterior normativa de contrataciones del Estado establecía las modalidades para el cobro de las penalidades de acuerdo al objeto de la contratación. Así, cuando los contratos tenían como objeto la ejecución de obras, la Entidad hacía efectivo el cobro de las penalidades mediante las deducciones correspondientes de las valorizaciones o de la liquidación de obra que contemplaba aquellos conceptos que, en aplicación de las condiciones contractuales y normativas, sustentaban la obtención del costo real de la obra, cautelando que el saldo a favor de alguna de las partes –y su posterior pago– guarde correspondencia con las prestaciones ejecutadas por cada una de ellas y con las obligaciones originadas en el contrato.

Jesús María, 12 de octubre de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH.