

OPINIÓN N° 103-2019/DTN

Solicitante: Escuela Nacional Superior de Ballet
Asunto: Aplicación de penalidad por mora
Referencia: Oficio N° 013-2019-ENSB/DG-DA

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director de Administración de la Escuela Nacional Superior de Ballet, formula varias consultas 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:

- 2.1. *“Sírvese precisar si la fórmula para la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento es de aplicación en caso de retraso en la ejecución de prestaciones parciales no periódicas”*

2.1.1. 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, párrafo), 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.

2.1.2. 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

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.

el pago parcial respectivo, y en consecuencia no podrá conocerse el monto de la referida prestación parcial.

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 partes.

- 2.1.3. Ahora bien, teniendo clara la distinción entre un contrato de ejecución única y aquellos de ejecución periódica, es pertinente anotar que, en el marco de los contratos regulados por la normativa de Contrataciones del Estado, **cabe la posibilidad de que un contrato de ejecución única se ejecute a través de entregas parciales.**

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

- 2.1.4. Hechas las precisiones anteriores, corresponde mencionar que 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 fórmula⁵ 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).

⁵ “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: $F = 0.15$.”

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 por parte del contratista del plazo de ejecución establecido en el contrato, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato le cause.

- 2.1.5 Efectuadas las precisiones anteriores, en atención al tenor de la presente consulta, debe señalarse que la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones debe incorporarse en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado; y, debe ser aplicada –de forma automática– cuando el contratista no cumpla con las prestaciones a su cargo en el plazo previsto en el contrato.

Por su parte, el cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “monto” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, **siendo de ejecución única, hubiese contemplado 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.**

Cabe anotar que, de conformidad con lo señalado en el numeral 2.1.2. de la presente opinión, a fin de que sea posible aplicar la penalidad por mora a las “prestaciones individuales” materia de retraso, el “monto” y el “plazo” de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica o, de ser el caso, de las entregas parciales del contrato de ejecución única, deberán estar contemplados en el contrato⁶.

3. ***“En caso la respuesta a la pregunta 1) fuera afirmativa: favor precisar cuáles serían los valores a utilizar en la fórmula”.***

Como se anotó, el cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “monto” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad

⁶ En este extremo de la presente Opinión es pertinente anotar que el numeral 162.3. del artículo 162 del Reglamento señala que ***“En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse”.***

diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

Dicho esto, es pertinente reiterar que, **a fin de poder aplicar la penalidad por mora, el contrato debe establecer el “monto” y “plazo” de las prestaciones individuales materia de retraso, en el supuesto de que se trate de contratos que, siendo de ejecución única, hubiesen contemplado entregas parciales.**

4. *“En caso la respuesta a la pregunta 1) fuera negativa: favor confirmar si para penalizar el retraso en la ejecución de estas prestaciones parciales no periódicas es de aplicación lo dispuesto en el artículo 163”.*

El monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “monto” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato particular. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado 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.

Dicho esto, es preciso mencionar que la finalidad de la penalidad por mora es desincentivar **el incumplimiento por parte del contratista del plazo de ejecución establecido en el contrato**, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato le cause.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el artículo 163 del reglamento habilita a la entidad a consignar en los documentos del procedimiento de selección penalidades distintas a la mora⁷, **cuya función sea desincentivar otra clase de incumplimientos**, es decir, incumplimientos distintos a la mora en la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato. El referido artículo también señala que **este tipo de penalidad se calcula de forma independiente a la penalidad por mora.**

5. *“Si a partir de la redacción del Reglamento vigente (Decreto Supremo N°344-2018- EF) la penalidad por mora ya puede aplicarse indistintamente a contratos con prestaciones parciales periódicas como a las prestaciones no periódicas”*

Como se ha precisado en las líneas precedentes, la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones debe incorporarse en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado; y, debe ser aplicada siempre que el contratista no cumpla con las prestaciones a su cargo en el plazo previsto en el contrato.

Por su parte, el modo en que debe calcularse el monto de la penalidad dependerá de los elementos “monto” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán

⁷ Según el artículo 163 del reglamento, las penalidades distintas a la mora podrán ser incorporadas en los documentos del procedimiento de selección, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la contratación.

de la naturaleza del contrato particular. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, **hubiese contemplado 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.**

Cabe anotar que, a fin de que sea posible aplicar la penalidad por mora a las “prestaciones individuales” materia de retraso, el “monto” y el “plazo” de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica o, de ser el caso, de las entregas parciales del contrato de ejecución única, deberán estar contemplados en el contrato.

6. CONCLUSIONES

- 6.1. La penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones debe incorporarse en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado; y, debe ser aplicada siempre que el contratista no cumpla con las prestaciones a su cargo en el plazo previsto en el contrato.
- 6.2. El cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “monto” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado 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.
- 6.3. Con la finalidad de poder aplicar la penalidad por mora, el contrato debe establecer el “monto” y “plazo” de las prestaciones individuales materia de retraso, en el supuesto de que se trate de contratos que, siendo de ejecución única, hubiesen contemplado entregas parciales.

Jesús María, 26 de junio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.