

## **OPINIÓN N° 104-2021/DTN**

Solicitante: Mejesa S.R.L.

Asunto: Aplicación de la penalidad por mora

Referencia: Formulario S/N de fecha 06.OCT.2021 - Consultas del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la Empresa “Mejesa S.R.L.” formula una consulta referida a la aplicación de la penalidad por mora en el marco de los contratos 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 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 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<sup>1</sup> Y ANÁLISIS**

---

<sup>1</sup> En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que la segunda consulta no ha sido formulada en términos claros ni directos y, además, exponen una situación particular en el marco de un contrato de obra a efectos de que este Organismo Técnico Especializado determine la forma en que debe calcularse, en dicho contexto, la penalidad por mora; por otro lado, la tercera consulta no se encuentra referida al sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, puesto que solicita que el OSCE, mediante opinión, indique el plazo para la verificación de lo que el contratista alega como “retraso justificado”, asimismo, solicita que se defina las acciones que el contratista puede tomar “en caso la Entidad no hiciera esta evaluación”. Por tal motivo, se atenderá sólo la consulta que cumple con todos los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2.

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

*“Para el cálculo de la penalidad, ¿En el cómputo del “plazo vigente” se considera la ampliación de plazo otorgada mediante la Directiva N° 005-2020/OSCE/CD? Considerando que durante la ejecución de obra este plazo ha sido considerado siempre como una ampliación de plazo y en ningún momento se ha suspendido el plazo de ejecución de obra” (Sic.)*

### **Sobre la ampliación excepcional de plazo regulada en el Decreto Legislativo N° 1486 y la Directiva N° 005-2020/OSCE/CD**

- 2.1. En principio, corresponde señalar que el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486 —disposición con la que es concordante el apartado III de la Directiva N° 005-2020/OSCE/CD— establece que: *“Para la reactivación de los **contratos de obra vigentes** y sus respectivos contratos de supervisión, bajo el ámbito del régimen general de las contrataciones del Estado, cuya ejecución de la inversión se ha visto **paralizada debido al** Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19, aprobado por el D.S. N° 044-2020-PCM y sus modificatorias, resultan de aplicación, de forma excepcional, las siguientes disposiciones (...)”* (El resaltado es agregado).

Así, la Directiva N° 005-2020/OSCE/CD establece, entre otros aspectos, el procedimiento para que el contratista ejecutor de obra presente la **solicitud de ampliación excepcional de plazo**.

Al respecto, es importante señalar que, de conformidad con lo establecido en la referida Directiva, la solicitud de ampliación excepcional de plazo involucra la evaluación y análisis de diferentes aspectos relacionados con el impacto en el plazo de la ejecución de la obra, así como la cuantificación del plazo que será necesario para su culminación una vez retomados los trabajos en la obra y, además, la cuantificación de diferentes aspectos económicos que son necesarios para la reactivación del contrato de obra. Así, cumplidos los requisitos y condiciones previstos en la Directiva —los que son verificados y evaluados por la Entidad—, entre otros aspectos, queda **modificado el plazo de ejecución del contrato**.

### **Sobre el plazo de vigencia y el plazo de ejecución contractual**

- 2.2. Por otro lado, es importante indicar que, en el caso de los contratos de obra, el artículo 144 del Reglamento establece que el contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente.

Por otra parte, y siempre en el marco de los contratos de obra, el artículo 176 del Reglamento establece que el inicio del plazo de ejecución de obra rige desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- “a) Que la Entidad notifique al contratista quién es el inspector o el supervisor, según corresponda;*
- b) Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda;*
- c) Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las bases hubiera asumido como obligación;*
- d) Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones;*
- e) Que la Entidad haya otorgada al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 181”.*

Como puede advertirse, en el marco de los contratos de obra, el plazo de vigencia del contrato es diferente al plazo de ejecución contractual. Así, se tiene que el **plazo de ejecución** de la obra inicia desde el día siguiente de que se cumplan las condiciones que prevé el artículo 176 del Reglamento, mientras que el **plazo de vigencia inicia** desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene y **culmina** cuando la liquidación queda consentida y se efectúa el pago; de esta manera queda claro que el plazo de ejecución contractual **se encuentra contenido dentro del** plazo de vigencia.

### **Sobre la aplicación de la penalidad por mora**

- 2.3. Realizadas las precisiones anteriores, es necesario señalar que el artículo 162 del Reglamento establece que 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, calculándola aplicando 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 mayor a sesenta (60) días:*
  - b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25.*
  - b.2) Para obras: F = 0.15”.*

Al respecto, el numeral 162.2 del artículo 162 del Reglamento 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”.*

Como es de verse, la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento se aplica automáticamente cuando el contratista incumple, de manera injustificada, con ejecutar las prestaciones objeto del contrato dentro del plazo previsto en el contrato para tales efectos (el plazo de ejecución del contrato). De esta forma, en el marco de los contratos de obra, para efectos de realizar el cálculo de la penalidad, debe emplearse el **plazo de ejecución de obra vigente**.

- 2.4. Por lo expuesto, la penalidad por mora que regula el artículo 162 del Reglamento se calcula considerando tanto el monto vigente del contrato como el **plazo vigente que tiene el contratista para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato**. Es posible que con ocasión de la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo prevista en el Decreto Legislativo N° 1486, el plazo de ejecución de obra se haya modificado, en cuyo caso será este el plazo de ejecución vigente y deberá ser considerado para efectos del cálculo de la penalidad por mora.

### 3. CONCLUSIÓN

La penalidad por mora que regula el artículo 162 del Reglamento se calcula considerando tanto el monto vigente del contrato como el plazo vigente que tiene el contratista para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Es posible que con ocasión de la aprobación de la solicitud de ampliación excepcional de plazo prevista en el Decreto Legislativo N° 1486, el plazo de ejecución contractual se haya modificado, en cuyo caso será este el plazo de ejecución vigente y deberá ser considerado para efectos del cálculo de la penalidad por mora.

Jesús María, 29 de octubre de 2021

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
Directora Técnico Normativa

JDS