

OPINIÓN N° 110-2021/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Ate
Asunto: Aplicación de la penalidad por mora
Referencia: Formulario de Solicitud de Consulta S/N recibido el 21. OCT.2021

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sub Gerente de Inversión Pública de la Municipalidad Distrital de Ate consulta sobre la aplicación de la penalidad por mora que contempla la 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 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 la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

“De acuerdo al numeral 162.1 ‘En el caso del 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’ ¿Qué monto vigente corresponde en la aplicación? ¿El monto vigente del contrato? O ¿El monto vigente del adicional?”



Firmado digitalmente por FLORES
MONTROYA Carla Gabriela FAU
20419026809 hard
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 22.11.2021 18:20:37 -05:00



Firmado digitalmente por BURGOS
BARDALES Patrick FAU
20419026809 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 22.11.2021 16:54:05 -05:00

- 2.1. En principio, es pertinente señalar que el artículo 41 del Reglamento establece que para convocar un procedimiento de selección para contratar una ejecución de obra¹, este debe encontrarse incluido en el Plan Anual de Contrataciones, contar con el expediente de contratación aprobado, haber designado al comité de selección y contar con las bases del procedimiento de selección aprobadas que se publican con la convocatoria.

Al respecto, cabe precisar que el artículo 42 del Reglamento dispone que, para efectos de poder aprobar² el expediente de contratación, el órgano encargado de las contrataciones debe consignar en este, entre otra información, el valor referencial de la contratación que, en el caso de los contratos de ejecución de obra corresponde al presupuesto de obra consignado en el expediente técnico de obra³, según lo establecido en el literal a) del numeral 34.2 del artículo 34 del Reglamento.

De lo expuesto hasta este punto se advierte que para convocar un procedimiento de selección y, posteriormente, celebrar un contrato de ejecución de obra al amparo de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, es necesario tener establecido, entre otros aspectos, su cuantía (monto).

- 2.2. Ahora bien, el artículo 34 de la Ley establece los supuestos en los que la Entidad puede realizar **modificaciones al contrato**, siendo estos: (i) la ejecución de prestaciones adicionales, (ii) la reducción de prestaciones, (iii) la autorización de ampliaciones de plazo y (iv) otras modificaciones contempladas en la Ley y el Reglamento.

Así, el numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley establece que, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, precisando que, para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

¹ De la revisión de la información anexa al documento de la referencia se advierte que la consulta se encuentra referida a un contrato de ejecución de obra.

² El artículo 42 del Reglamento establece que para aprobar el expediente de contratación, éste debe contener:

- a) El requerimiento, (...)
- b) La fórmula de reajuste, (...)
- c) La declaración de viabilidad en el caso de contrataciones que forman parte de un proyecto de inversión o la aprobación de las inversiones de optimización, ampliación marginal, reposición y rehabilitación reguladas en la normativa aplicable;
- d) En el caso de obras contratadas bajo la modalidad llave en mano que cuenten con equipamiento, las especificaciones técnicas de los equipos requeridos;
- e) En el caso de ejecución de obras, el sustento de que procede efectuar la entrega parcial del terreno, de ser el caso;
- f) El informe técnico de evaluación de software, (...)
- g) El documento que aprueba el proceso de estandarización, (...)
- h) La indagación de mercado realizada, y su actualización cuando corresponda;
- i) El valor referencial o valor estimado, según corresponda;
- j) La opción de realizar la contratación por paquete, lote y tramo, cuando corresponda;
- k) La certificación de crédito presupuestario y/o la previsión presupuestal, de acuerdo a la normativa vigente;
- l) La determinación del procedimiento de selección, el sistema de contratación y, cuando corresponda, la modalidad de contratación con el sustento correspondiente;
- m) El resumen ejecutivo, cuando corresponda; y,
- n) Otra documentación necesaria conforme a la normativa que regula el objeto de la contratación”.

³ De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento, el requerimiento de las contrataciones de ejecución de obras está integrado por el expediente técnico de obra.

En relación con el citado dispositivo, el artículo 205 del Reglamento regula las prestaciones adicionales de obra menores o iguales al quince por ciento (15%)⁴, indicando que sólo procede su ejecución cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

Como es de verse, la ejecución de prestaciones adicionales de obra es un supuesto de modificación contractual que consiste en la ejecución de prestaciones de obra no consideradas en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original⁵, y que, en consecuencia, generan **la modificación de las prestaciones originalmente pactadas en el contrato y, por ende, de su monto**.

- 2.3. Realizadas las precisiones anteriores, debe señalarse que el artículo 161 del Reglamento dispone que en el contrato deben establecerse las penalidades que la Entidad le aplicará al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales. Así, el numeral 161.2 contempla dos tipos de penalidades: (i) la penalidad por mora en la ejecución de la prestación y (ii) las otras penalidades.

Respecto de la **penalidad por mora en la ejecución de la prestación**, el artículo 162 del Reglamento establece que esta es aplicada automáticamente, por cada día de atraso, al contratista ante el **retraso injustificado** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, 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: $F = 0.15$ ”

Acto seguido, 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”**. (El resaltado es agregado).

⁴ Cabe indicar que el artículo 206 del Reglamento regula las prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%). Así, éstas prestaciones adicionales de obra cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

⁵ Según la definición de “Prestación adicional de obra” contemplada en el Anexo N° 01 “Definiciones” del Reglamento.

Como se advierte, la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento se aplica por cada día en que el contratista se atrasa en cumplir con sus prestaciones dentro del plazo de ejecución contractual establecido en el contrato.

Al respecto, debe tenerse en consideración que el monto al que se refiere la fórmula prevista en el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento es aquel que se encuentra vigente cuando se produce el atraso injustificado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la ejecución de prestaciones adicionales de obra no sólo implica la modificación de las prestaciones originalmente pactadas en el contrato de obra, sino que con ello también podría modificarse el monto del contrato⁶, resulta posible que, en el momento que se produzca un retraso injustificado, el monto vigente del contrato ya no sea el originalmente previsto sino el monto resultante luego de la aprobación de la ejecución de las prestaciones adicionales de obra.

Por tanto, para la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento con la que se realiza el cálculo de la penalidad por mora, debe tenerse en cuenta el monto vigente del contrato al momento en que se produce el atraso injustificado siendo que en el caso que se hubiera aprobado la ejecución de prestaciones adicionales de obra, el monto vigente del contrato será el monto resultante luego de la aprobación de la ejecución de las prestaciones adicionales de obra.

3. CONCLUSIÓN

Para la aplicación de la fórmula prevista en el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento con la que se realiza el cálculo de la penalidad por mora, debe tenerse en cuenta el monto vigente del contrato al momento en que se produce el atraso injustificado siendo que en el caso que se hubiera aprobado la ejecución de prestaciones adicionales de obra el monto vigente del contrato será el monto resultante luego de la aprobación de la ejecución de las prestaciones adicionales de obra.

Jesús María, 22 de noviembre de 2021



Firmado digitalmente por FLORES
MONTROYA Carla Gabriela FAU
20419026809 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22.11.2021 18:21:22 -05:00

CARLA FLORES MONTROYA
Directora Técnico Normativa (e)

JDS.

⁶ Sobre el particular, conviene revisar las Opiniones N° 067-2019/DTN y N° 116-2019/DTN.