

OPINIÓN N° 113-2022/DTN

Empresa: Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL
Asunto: Conformidad de la prestación
Referencia: Formulario S/N de fecha 10.NOV.2022 – Consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Lenny Varinia Goicochea Díaz, Jefa de la Oficina de Administración de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – Sunafil, formula varias consultas referidas a procedimiento para otorgar la conformidad de la prestación.

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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

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

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *¿Si no se cumpliera a cabalidad con la subsanación ¿El plazo otorgado al Contratista para las correcciones pertinentes significa un plazo adicional para la presentación de la subsanación? (Sic).*

2.1.1. Al respecto, debe indicarse que una vez cumplidas las obligaciones pactadas por parte del contratista, la Entidad debe otorgar la conformidad de la prestación. Así, el numeral 168.1 del artículo 168 del Reglamento dispone que "*La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria*"¹.

A su vez, el numeral 168.2 del mismo dispositivo establece la forma en que se otorga la conformidad de las prestaciones cumplidas por el contratista, indicando lo siguiente "*La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias*".

En ese sentido, el procedimiento para efectuar la conformidad se encuentra a cargo del área usuaria de la Entidad, la cual, a efectos de otorgar la conformidad correspondiente, debe realizar la verificación respecto de "*la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales*", de acuerdo a los documentos que conforman el contrato².

A su vez, el numeral 168.3 del artículo en mención establece que "*La conformidad se emite en un plazo máximo de siete (7) días de producida la recepción, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario que debe emitir la conformidad. El mismo plazo resulta aplicable para que la Entidad se pronuncie sobre el levantamiento de observaciones, según corresponda.*"

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado establece los plazos (según cada caso) para que la Entidad emita un pronunciamiento oportuno sobre el cumplimiento de la prestación o prestaciones a cargo del contratista, en las condiciones pactadas, con la finalidad de proceder con el trámite de pago en su debido momento, siendo responsabilidad del o los funcionarios competentes ajustarse al plazo legal previsto. Dicho plazo también resultará aplicable para que la Entidad se pronuncie sobre el levantamiento de las observaciones que hubiese formulado al contratista.

En relación con este último punto, en caso la Entidad advierta deficiencias en la prestación recibida, puede formular observaciones conforme a lo previsto en los numerales 168.4 y 168.6 del referido artículo, según lo siguiente:

"168.4 De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (08) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de quince (15) días. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la

¹ "*En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección*"

² De acuerdo con el numeral 138.1 del artículo 138 del Reglamento "*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.*"

aplicación de penalidades.

(...)

168.6 Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar lo previsto en el numeral 168.4 del presente artículo, sin considerar los días de retraso en los que pudiera incurrir la Entidad.” (El subrayado es agregado).

Como se observa, el numeral 168.4 ha previsto que, cuando corresponda, la Entidad debe comunicarle al contratista la existencia y el sentido de las observaciones que pueda advertir, a efectos de que este último las subsane dentro del plazo otorgado y de esa manera, la Entidad, luego de una nueva revisión, emita la conformidad respectiva. Cabe precisar que, en este supuesto, es decir, cuando el contratista subsane las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.

Un escenario distinto se encuentra contemplado en el numeral 168.6, el cual aplica para aquellos casos en los que el contratista no subsana las observaciones formuladas por la Entidad³ dentro del plazo previsto. En este supuesto, **la aplicación de las penalidades empezará a computarse desde el vencimiento del plazo que se le otorgó al contratista para efectuar dicha subsanación** (sin considerar los días de retraso en los que pudiera incurrir la Entidad), sin perjuicio de que la Entidad, de manera facultativa, puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes.

2.2. “*De ser negativa la respuesta anterior y estuviéramos en una persistencia de observaciones por la complejidad de la ejecución ¿Cuántas veces la Entidad puede otorgar plazos adicionales para la rectificación de errores que contiene dicha subsanación?*” (Sic).

2.2.1 De acuerdo a lo señalado, cuando el contratista no subsane las observaciones formuladas por la Entidad dentro del plazo previsto, deberá aplicársele la penalidad por mora, la cual empezará a computarse desde el vencimiento del plazo que se le otorgó al contratista para efectuar tal subsanación.

Ahora bien, sin perjuicio de la aplicación de la referida penalidad por mora, el numeral 168.6 del artículo 168 del Reglamento también señala que la Entidad, de manera facultativa, puede otorgar periodos adicionales para las correcciones pertinentes, para lo cual deberá evaluarse las circunstancias particulares de cada caso.

En lo que respecta a la presente consulta, cabe mencionar que el numeral 168.6 del referido artículo del Reglamento no ha previsto un número máximo de veces u oportunidades en que puede disponerse el otorgamiento de periodos adicionales al contratista para la culminación de aquellas prestaciones que no fueron oportunamente subsanadas; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Entidad como garante del interés público y beneficiaria de la contratación, deberá adoptar las decisiones que

³ Este supuesto también aplica cuando el contratista comunica el levantamiento de observaciones, no obstante, la Entidad, luego de la revisión correspondiente determine que este no cumplió a cabalidad con dicha subsanación.

aseguren una correcta gestión del contrato, sin que ello origine algún perjuicio o afecte la finalidad de la contratación.

Así, por ejemplo, dado que el otorgamiento de periodos adicionales previstos en el numeral 168.6 no exime la aplicación de la penalidad por mora, la Entidad deberá tener en consideración el monto máximo de dicha penalidad *-previsto en el artículo 161 del Reglamento-*, así como lo dispuesto en el artículo 164 del Reglamento, conforme al cual, la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora es causal de resolución del contrato.

2.3. “En el supuesto planteado y por ejemplo se tenga más de tres plazos adicionales para las correcciones pertinentes a la subsanación ¿Cómo correspondería aplicar la penalidad por mora en los tres plazos adicionales?” (Sic).

2.3.1 De acuerdo a lo indicado previamente, lo dispuesto el numeral 168.6 del artículo 168 del Reglamento respecto del otorgamiento de periodos adicionales al contratista para la culminación de aquellas prestaciones que no fueron oportunamente subsanadas, **no implica que se le exima de la aplicación de la penalidad por mora**, toda vez que dicha penalidad empezará a computarse desde el vencimiento del plazo que se le otorgó al contratista para efectuar la *-primera-* subsanación conforme al numeral 168.4 del referido artículo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la penalidad por mora se aplica automáticamente por cada día de atraso, y se calcula según la fórmula prevista en el artículo 162 del Reglamento.

2.4. “¿Los plazos adicionales que le da la entidad al contratista frente a la persistencia de observaciones se contabilizan o no como atraso imputable al contratista?” (Sic).

2.4.1 Tal como se ha indicado al absolver la consulta anterior, lo dispuesto el numeral 168.6 del artículo 168 del Reglamento respecto del otorgamiento de periodos adicionales al contratista para la culminación de aquellas prestaciones que no fueron oportunamente subsanadas, **no implica que se le exima a este de la aplicación de la penalidad por mora**, toda vez que dicha penalidad empezará a computarse desde el vencimiento del plazo que se le otorgó al contratista para efectuar la *-primera-* subsanación conforme al numeral 168.4 del referido artículo.

2.5. “Teniendo en cuenta que el supuesto del numeral 168. 6, precisa que no se considerara los días de retraso en las que pudiera incurrir la Entidad.

En el supuesto planteado ¿Para la aplicación de la penalidad por mora y cuantificar los días de retraso se considerará todos los días que el Contratista tuvo para cumplir a cabalidad con las correcciones pertinentes, sin considerar todos los días de retraso en que incurrió la Entidad?” (Sic).

2.5.1 Conforme a lo indicado previamente, cuando el contratista no subsane las observaciones formuladas por la Entidad dentro del plazo previsto, la Entidad, de manera facultativa, puede otorgar periodos adicionales para las correcciones pertinentes, sin perjuicio de la aplicación de la penalidad por mora, la cual empezará a computarse desde el vencimiento del plazo que se le otorgó al contratista para efectuar

la *–primera–* subsanación conforme al numeral 168.4 del referido artículo, **ello sin considerar los días de retraso en los que pudiera incurrir la Entidad.**

Respecto de este último punto, cabe mencionar que la penalidad por mora que se aplique al contratista no deberá considerar aquellos días de retraso en los que incurra la Entidad, es decir, aquellos días que se hubiese excedido del plazo legal previsto para emitir la conformidad o pronunciarse sobre el levantamiento de observaciones.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 De acuerdo con el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento, referido a la recepción y conformidad de la prestación, la Entidad, cuando corresponda, deberá comunicarle al contratista la existencia y el sentido de las observaciones que pueda advertir, a efectos de que este último las subsane dentro del plazo otorgado y de esa manera, luego de una nueva revisión, se emita la conformidad respectiva. Cabe precisar que, en este supuesto, es decir, cuando el contratista subsane las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.
- 3.2 Conforme al numeral 168.6 del artículo 168 del Reglamento, cuando el contratista no subsane las observaciones formuladas por la Entidad dentro del plazo previsto, deberá aplicársele la penalidad por mora, la cual empezará a computarse desde el vencimiento del plazo que se le otorgó para efectuar tal subsanación conforme al numeral 168.4 del referido artículo. De igual manera, el mismo numeral 168.6 señala que la Entidad, de manera facultativa, puede otorgar periodos adicionales al contratista para las correcciones pertinentes, sin que ello lo exima de la aplicación de la penalidad por mora.
- 3.3 La penalidad por mora que se aplique al contratista no deberá considerar aquellos días de retraso en los que incurra la Entidad, es decir, aquellos días que se hubiese excedido del plazo legal previsto para emitir la conformidad o pronunciarse sobre el levantamiento de observaciones.

Jesús María, 21 de diciembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/