

OPINIÓN N° 120-2019/DTN

Entidad: Municipalidad Provincial de Coronel Portillo

Asunto: Aplicación de otras penalidades

Referencia: a) Oficio S/N de fecha 21 de junio del 2019
b) Oficio S/N de fecha 29 de mayo del 2019

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo, formula una consulta relacionada con la aplicación de otras penalidades, en el marco de lo establecido por 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 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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del 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. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“La anterior Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero del 2019.
- **“El anterior Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril del 2017 hasta el 29 de enero del 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

“¿Es válida la aplicación de las “otras penalidades” que se encuentran contempladas en las bases y en el contrato respectivo debidamente perfeccionado, aun cuando la forma de cálculo de estas penalidades no cumpliría con los requisitos establecidos en el Art. 134 del

¹ De la revisión de los documentos de la referencia se advierte que las consultas formuladas están vinculadas al marco normativo vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 30 de enero del 2019.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N° 056-2017), considerando asimismo, que no fuera observado por ninguno de los postores en la etapa correspondiente?” (Sic).

- 2.1. En primer lugar, corresponde señalar que en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado², el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista pueden determinar la aplicación de penalidades al contratista y/o la resolución del contrato.

Al respecto el artículo 132 del anterior Reglamento disponía en su segundo párrafo que “La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la **penalidad por mora**; asimismo, puede prever **otras penalidades**”. (El subrayado es agregado).

En esa medida, se advertía que las penalidades que consideraba la normativa de contrataciones del Estado, eran: i) la “***penalidad por mora en la ejecución de la prestación***”; y, ii) “***otras penalidades***”; las cuales se encontraban reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del anterior Reglamento, respectivamente.

- 2.2. En relación con las otras penalidades, el artículo 134 del anterior Reglamento disponía que “Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133 [es decir, a la penalidad por mora], siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora”. (El resaltado es agregado).

Así, en los documentos del procedimiento de selección podían establecerse penalidades distintas a la “***penalidad por mora en la ejecución de la prestación***”, siempre y cuando estas “***otras penalidades***” fueran objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Adicionalmente, estas penalidades debían incluir: (i) ***los supuestos de aplicación de penalidad***; (ii) ***la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto***; y, (iii) ***el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar***, siendo tales requisitos necesarios para la aplicación de dicha penalidad.

En ese contexto, cuando una Entidad verificaba la configuración de uno de los supuestos a penalizar, ésta aplicaba la penalidad correspondiente **conforme a lo establecido en los documentos del procedimiento de selección**³ (los que en su versión definitiva formaban parte del contrato, tal como lo establecía el artículo 116 del anterior Reglamento), de conformidad con el artículo 134 del anterior Reglamento.

- 2.3. En virtud de lo expuesto, puede concluirse que, para que procediera la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, éstas debían estar contempladas en los

² Cabe precisar que la normativa de contrataciones del Estado está conformada por la Ley, el Reglamento y las Disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

³ De darse el caso que la Entidad hubiera establecido en los documentos del procedimiento de un determinado procedimiento de selección “otras penalidades” que no se ajustaban a los parámetros descritos en el artículo 134 del anterior Reglamento, los participantes tenían la posibilidad de cuestionarlas mediante la formulación de observaciones, de conformidad con el artículo 51 de la anterior Reglamento.

documentos del procedimiento de selección que establecían las reglas definitivas, conforme a las disposiciones previstas en el anterior Reglamento, no pudiendo incorporarse nuevas penalidades al momento de perfeccionarse el contrato ni en la ejecución contractual.

Finalmente, debe indicarse que las controversias que surgían entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, previstas en las Bases del procedimiento de selección, debían resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el numeral 45.1 del artículo 45 de la anterior Ley.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Para que procediera la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, estas debían estar contempladas en los documentos del procedimiento de selección que establecían las reglas definitivas, conforme a las disposiciones previstas en el anterior Reglamento, no pudiendo incorporarse nuevas penalidades al momento de perfeccionarse el contrato ni en la ejecución contractual.
- 3.2 Las controversias que surgían entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, previstas en las Bases del procedimiento de selección, debían resolverse mediante conciliación y/o arbitraje.

Jesús María, 16 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC