

OPINIÓN N° 131-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Energía y Minas
Asunto: Aplicación de otras penalidades
Referencia: Oficio N° 373-2019-MINEM/DGER

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director General de la Dirección General de Electrificación Rural formula diversas consultas relacionadas con la aplicación de otras penalidades.

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. CONSULTAS 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 desde el 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Es posible aplicar otras penalidades a los Contratos de Consultoría de Obra- sean por elaboración de Expediente Técnico de Obra o Supervisión de Obra- convocados bajo el sistema de Tarifas?” (Sic).

2.1.1. De manera previa, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, corresponde indicar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a situaciones particulares**; en tal sentido, es competencia del OSCE absolver consultas respecto a

las disposiciones que comprende la normativa de contrataciones del Estado -*la Ley, el Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE.*

De acuerdo a lo señalado precedentemente, este Organismo Técnico Especializado a continuación brindará alcances generales respecto a la determinación de penalidades distintas a la penalidad por mora u "*otras penalidades*".

- 2.1.2. Conforme lo indicado, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado se emplean los términos “bien”, “servicio” u “obra” como categorías genéricas que representan una amplia gama de necesidades que normalmente las Entidades requieren satisfacer mediante la celebración de contratos.

Así, dentro de la categoría genérica de “servicios”, la normativa establece una distinción, dividiendo estos en tres tipos: i) servicios en general, ii) servicios de consultoría en general y iii) **servicios de consultoría de obra, según corresponda a la especialidad del trabajo o actividad que se requiera contratar.**

Abundando en este punto, cabe recalcar que el objeto de “servicios de consultoría de obra”¹ - consiste en la elaboración del expediente técnico de obras, en la supervisión de la elaboración de expediente técnico de obra o en la supervisión de obras.

- 2.1.3. Sobre el particular, es propicio anotar que el literal d) del artículo 35 del Reglamento dispone que el sistema de contratación por tarifas es “*aplicable para las contrataciones de consultoría en general y **consultoría de obra**, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que **se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se basan en tarifas.** Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.*” (El resaltado es agregado).

En esa medida, el sistema de contratación por tarifas se aplica a aquellas contrataciones en las que, en atención a su particular naturaleza, no es posible definir previamente y con precisión, el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales; por tal razón, los documentos del procedimiento de selección en este tipo de contrataciones solamente establecen un plazo de ejecución estimado o referencial.

- 2.1.4. Ahora bien , respecto al tenor de la consulta, debe señalarse que el numeral 163.1 del artículo 163 del Reglamento precisa que se pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora -a la mencionada en el artículo 162 del Reglamento-; es decir, **“Otras penalidades”**, siempre y cuando sean “objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen 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

¹ De acuerdo con el Anexo N° 1 del Reglamento, Anexo de Definiciones, la “**Consultoría de obra**” implica la prestación de “*Servicios profesionales altamente calificados consistente en la elaboración del expediente técnico de obras, en la supervisión de la elaboración de expediente técnico de obra o en la supervisión de obras.*”

supuesto a penalizar". (El subrayado es agregado).

En esa medida, se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de "*Otras penalidades*", distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

De acuerdo a lo señalado, y de conformidad a las Bases Estándar de "Concurso Público para la contratación del servicio de consultoría de obra" -aprobada mediante la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD-, la Entidad puede establecer en las Bases de un procedimiento de selección para consultoría de obras penalidades distintas a la penalidad por mora –entiéndase, "*otras penalidades*"– con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar, independientemente del sistema de contratación que se hubiera definido en las Bases.

2.2. *¿Son válidas las penalidades contenidas en las Bases Integradas de un proceso de selección, para la contratación de una Consultoría de Obra- sean por elaboración de Expediente Técnico de Obra o Supervisión de obra- bajo el sistema de Tarifas? (Sic).*

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 del Reglamento, la Entidad puede establecer en las Bases de un procedimiento de selección para consultoría de obras penalidades distintas a la penalidad por mora –entiéndase, "*otras penalidades*"– con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar, independientemente del sistema de contratación que se hubiera definido en las Bases.

2.3. *¿Teniendo en cuenta que el cobro de otras penalidades se deduce de las valorizaciones, de conformidad con lo establecido en el numeral 161.4 del artículo 164, es posible aplicarlo al componente de gastos generales que conforma una oferta económica? (Sic).*

2.3.1. De manera previa, corresponde señalar que conforme a lo indicado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a situaciones particulares**; en tal sentido, es competencia del OSCE absolver consultas respecto a las disposiciones que comprende la normativa de contrataciones del Estado -*la Ley, el Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE*.

Por tal motivo, corresponde indicar que no resulta posible que el OSCE, en vía de consulta, determine cuáles son los componentes respecto a los cuales la Entidad debe

aplicar la deducción correspondiente a las "otras penalidades" que se hubieran determinado para una contratación; en ese sentido, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley, a continuación se brindarán alcances generales respecto a la aplicación de las penalidades conforme a lo regulado por la Ley y el Reglamento.

- 2.3.2. Al respecto, debe señalarse que de acuerdo a lo establecido en el numeral 161.4 del artículo 161 del Reglamento, las penalidades *"se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento"*.

En ese orden de ideas, debe indicarse que si la Entidad determina la aplicación de una penalidad, de acuerdo al contrato y las Bases, esta se deduce: i) de los pagos a cuenta; ii) de las valorizaciones; iii) del pago final; o, iv) en la liquidación final, según corresponda; o en todo caso, vi) se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. Cabe señalar que la aplicación de penalidades no implica que el contratista incumpla las obligaciones contractuales que mantenga con la Entidad ni que afecte los intereses que mantenga con otras personas (como por ejemplo con sus trabajadores).

3. CONCLUSIONES

- 3.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 del Reglamento, la Entidad puede establecer en las Bases de un procedimiento de selección para consultoría de obras penalidades distintas a la penalidad por mora –*entiéndase, "otras penalidades"*– con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar, independientemente del sistema de contratación que se hubiera definido en las Bases.
- 3.2. La Entidad determina la aplicación de otras penalidades, de acuerdo al contrato y las Bases, y esta se deduce: i) de los pagos a cuenta; ii) de las valorizaciones; iii) del pago final; o, iv) en la liquidación final, según corresponda; o en todo caso, vi) se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. Cabe señalar que la aplicación de penalidades no implica que el contratista incumpla las obligaciones contractuales que mantenga con la Entidad ni que afecte los intereses que mantenga con otras personas (como por ejemplo con sus trabajadores).

Jesús María, 2 de agosto de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

TAM/ptr