

OPINIÓN N° 143-2019/DTN

Solicitante: Laboratorios Americanos S.A.
Asunto: Aplicación de la penalidad por mora
Referencia: Carta N° 0417-2019-LCT/LABOT

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal de la empresa Laboratorios Americanos S.A. formula diversas consultas acerca de la aplicación de la penalidad por mora.

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. CONSULTAS¹ 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° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- "**Reglamento**" al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *"La aplicación del artículo 133 y del artículo 140 del RLCE son procedimientos y causales diferentes e independientes entre sí." (Sic.)*

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, advirtiéndose que la Consulta N° 4 no está referida a que este Organismo Técnico Especializado analice el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que la misma está orientada a determinar cómo deberá proceder la Entidad en una situación concreta como sería a consecuencia de la aplicación de la penalidad por mora; en esa medida, dado que incumple los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA, y por tanto excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, no será absuelta.

- 2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que una vez perfeccionado el contrato, el contratista se obliga a ejecutar sus prestaciones en favor de la Entidad conforme a lo establecido en el contrato, el cual contiene *-entre otros documentos-* la oferta presentada por el contratista durante el procedimiento de selección; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

De esta manera, se aprecia que el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes puede incumplir -parcial o totalmente- sus prestaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado *-vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019-* ha previsto distintas figuras jurídicas en virtud de las cuales las Entidades pueden cautelar el cabal cumplimiento de las prestaciones contractuales, así como el interés público que subyace a la contratación.

- 2.1.2. En esa medida, de conformidad con lo dispuesto en artículo 133 del Reglamento, **cuando el contratista se retrasa injustificadamente** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, corresponde a la Entidad aplicarle la penalidad por mora; para tal efecto, el artículo 132 del Reglamento señala que debe deducir de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, el monto correspondiente a la penalidad por mora.

Cabe precisar que si bien la finalidad de esta penalidad es cautelar el cabal cumplimiento de las prestaciones del contratista desincentivando el incumplimiento de sus obligaciones, además, esta figura jurídica está prevista para resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

- 2.1.3. Ahora bien, debe indicarse que de acuerdo con lo previsto en el primer párrafo del numeral 34.5 del artículo 34 de la Ley, *"El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento."* (El resaltado es agregado).

Al respecto, el primer párrafo del artículo 140 del Reglamento establece que la ampliación de plazo procederá al cumplirse alguno de los siguientes casos: (i) cuando se apruebe el adicional, siempre que esto implique la afectación del plazo; y, (ii) por atraso y/o paralización no imputable al contratista.

Así, de las disposiciones señaladas en los párrafos precedentes, se desprende que **la ampliación del plazo contractual debe ser solicitada por el contratista, y solo resulta procedente cuando dicha solicitud es motivada** por una situación o circunstancia ajena a la voluntad de este y que cause una modificación del plazo contractual, conforme a lo previsto en el Reglamento.

- 2.1.4. En ese orden de ideas, atendiendo el tenor de la consulta, debe precisarse que el artículo 133 del Reglamento *-referido a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación-* es aplicado al contratista, ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a su cargo (es decir, cuando el contratista **no** ha acreditado de modo objetivamente sustentado,

que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable); mientras que el artículo 140 del Reglamento es aplicado por el contratista para solicitar la ampliación del plazo pactado en el contrato por las causales previstas en el Reglamento. En ese sentido, la aplicación de la penalidad por mora y la solicitud de ampliación de plazo son figuras jurídicas distintas, las cuales tienen procedimientos particulares e independientes.

2.2. "En aplicación del artículo 133 del RLCE, una Entidad puede no aplicar penalidad por mora siempre que el atraso sea justificado y el proveedor acredite de manera objetiva que el mayor tiempo no le resulta imputable, así no se hubiese solicitado ampliación de plazo, supuesto recogido en el artículo 140 del RLCE". (Sic).

2.2.1. Con relación a la penalidad por mora, el artículo 133 del Reglamento regula su aplicación, precisando 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. (...)"*. (El subrayado es agregado).

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación automática de una *"penalidad por mora en la ejecución de la prestación"* al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En ese sentido, tal como se indicó al absolver la primera consulta, si bien la finalidad de esta penalidad es cautelar el cabal cumplimiento de las prestaciones del contratista desincentivando el incumplimiento de sus obligaciones, además, está prevista para resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

2.2.2. Por otro lado, es preciso mencionar que ante un **retraso justificado**, es decir una demora por situación no imputable al contratista, este puede solicitar la ampliación del plazo contractual, para lo cual la Entidad debe tomar en cuenta si *-para su procedencia-* se configura alguna de las causales previstas en el artículo 140 del Reglamento para el caso de bienes y servicios², y en el artículo 169 del Reglamento para el caso de obras.

Así, conforme a lo establecido en el artículo 140 del Reglamento, la ampliación de plazo procede, **en contratos de bienes y servicios: i) cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo³; y, ii) por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.**

De lo señalado, se aprecia que la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de que el contratista pueda solicitar la ampliación del plazo pactado por algunas de las causales previstas en el Reglamento, correspondiendo a la Entidad evaluar la solicitud y decidir si la aprueba o no. Cuando la Entidad resuelva en el sentido de aprobar la ampliación del plazo contractual y siempre que la ejecución de la prestación se haya cumplido dentro de dicho plazo, no aplicará la penalidad por mora; de lo contrario, deducirá el monto de la penalidad por mora de los pagos a cuenta, o de las valorizaciones, o del pago final, o en la liquidación final, según corresponda, o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

² Al respecto, debe indicarse que de acuerdo a la definición de **"Servicio"** contemplada en el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones: *"(...) Los servicios pueden clasificarse en servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra."*. (El subrayado es agregado).

³ En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiera otorgado.

- 2.2.3. Por otro lado, si bien el artículo 133 del Reglamento dispone que la penalidad por mora se aplica automáticamente, la Entidad, con ocasión de la documentación presentada por el contratista, debe verificar si éste se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no, ya que si el retraso fuera justificado no correspondería aplicar la penalidad por mora.

Sobre el particular, el último párrafo del artículo 133 del Reglamento dispone que *"Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo"*.

En ese sentido, ante un retraso en la ejecución de las prestaciones le corresponde al contratista acreditar de manera objetiva que el retraso en la ejecución de la prestación obedece a una situación que no le resulta imputable, y la Entidad evaluará si dicha situación configura un retraso justificado, a efectos de no aplicar la penalidad por mora. De considerarse el retraso como justificado el contratista no tiene derecho al pago de gastos generales de ningún tipo.

- 2.2.4. Conforme a lo expuesto en los numerales anteriores, un retraso justificado puede generar la solicitud de ampliación de plazo contractual y la no aplicación de penalidades por mora. En relación con la ampliación de plazo, ella debe ajustarse al procedimiento previsto en el Reglamento. Por otro lado, respecto a la solicitud de no aplicación de penalidades por mora, es necesario que el contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable, aspecto que es evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna), debiendo precisarse que en este último caso la calificación del retraso como justificado *–prevista en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento–* no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

En consecuencia, en atención a la consulta planteada, debe precisarse que las disposiciones contenidas en el artículo 133 del Reglamento *-referido a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación-* resultan aplicables ante un retraso injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

Ahora bien, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento, requisitos o plazo para acreditar como justificado un retraso en el marco de la solicitud de no aplicación de penalidades por mora. Sobre el particular, para dicho fin, es necesario que se presente el sustento objetivo que permita demostrar que la demora obedece a una situación no atribuible al contratista frente a su actuar diligente en la ejecución del contrato.

- 2.3. ***"La normativa de contrataciones establece requisitos, procedimientos o plazo para la solicitud de no aplicación de mora por retraso justificado recogida en el artículo 133 del RLCE"***. (Sic).

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento, requisitos o plazo para acreditar como justificado un retraso en el marco de la solicitud de no aplicación de penalidades por mora. Sobre el particular, para dicho fin, es necesario que se presente el sustento objetivo que permita demostrar que la demora obedece a una situación no atribuible al contratista frente a su

actuar diligente en la ejecución del contrato.

Por tanto, si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso, es necesario que cuando se ejecute la prestación de manera tardía el contratista acredite de manera objetiva que dicha demora es consecuencia directa de un evento que no le es imputable, para lo cual adjuntará el material de sustento que justifique dicha situación y que será evaluado por la Entidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El artículo 133 del Reglamento *-referido a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación-* es aplicado al contratista, ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a su cargo; mientras que el artículo 140 del Reglamento es aplicado por el contratista para solicitar la ampliación del plazo pactado en el contrato por las causales previstas en el Reglamento. En ese sentido, la aplicación de la penalidad por mora y la solicitud de ampliación de plazo son figuras jurídicas distintas, las cuales tienen procedimientos particulares e independientes.
- 3.2. Las disposiciones contenidas en el artículo 133 del Reglamento *-referido a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación-* resultan aplicables ante un retraso injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.
- 3.3. Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso, es necesario que cuando se ejecute la prestación de manera tardía el contratista acredite de manera objetiva que dicha demora es consecuencia directa de un evento que no le es imputable, para lo cual adjuntará el material de sustento que justifique dicha situación y que será evaluado por la Entidad.

Jesús María, 22 de agosto de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

TAM/gms.