

OPINIÓN N° 174-2019/DTN

Entidad: Proyecto Especial Binacional Puyango – Tumbes
Asunto: Aplicación de la penalidad por mora
Referencia: Oficio N° 744-2019-MINAGRI-DVDIAR-PEBPT-DE-OAL

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Proyecto Especial Binacional Puyango – Tumbes, formula varias consultas referidas a 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, 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Conforme a lo indicado en el documento de la referencia, las presentes consultas han sido formuladas bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado vigente; por tal motivo, para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. “En un Contrato de Consultoría en General, que tiene por objeto la formulación de un estudio, con la obligación de entregar avances con plazo y monto definido, ¿Qué tipo de Contrato es, de ejecución única o periódica?” (Sic).**

2.1.1. De manera previa, debe recalcar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos. En esa medida, se advierte que este Organismo Técnico Especializado no puede determinar si un contrato en particular es de ejecución única o de ejecución periódica; aspecto que debe ser analizado y definido a partir de los elementos propios del caso.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación se desarrollarán algunos criterios y alcances de carácter general que pueden emplear los usuarios de la normativa de contrataciones del Estado para determinar si se encuentran frente a un contrato de ejecución única o de ejecución periódica.

2.1.2. En primer término, debe mencionarse que doctrinariamente, de acuerdo a la forma en que se ejecutan los contratos, estos se clasifican en contratos de “*ejecución única*” y contratos “*de duración*”. Al respecto, Messineo (1952) señala que los contratos de “*ejecución única*” son aquellos que siendo ejecutados en un solo acto agotan su finalidad; mientras que, los contratos “*de duración*” son aquellos cuya ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar la finalidad requerida por las partes¹.

A su vez, los contratos “*de duración*” se sub dividen en contratos de “*ejecución continuada*” y contratos de “*ejecución periódica*”.

Respecto de los contratos de “*ejecución continuada*”, Messineo precisa que en este tipo de contratos “*la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única pero sin interrupción (locación, arrendamiento, suministro de energías comodato o similares)*”; por otra parte, sobre los contratos de “*ejecución periódica*”, el mismo autor señala que en estos “*existen varias prestaciones (por regla general, de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano (por ejemplo, renta y contrato vitalicio; venta en uno de sus particulares aspectos: arg. art. 1518, parágrafo), o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono)*”².

Asimismo, en relación con los contratos de “*ejecución periódica*”, De La Puente y Lavalle (2003) señala que: “*(...) el contrato es de ejecución periódica, llamado también de tracto sucesivo, cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer, pero que puede ser también de dar) que deben ejecutarse periódicamente —de un modo fraccionado con una cierta distantia temporis una de la otra— durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica. (...)*”³.

¹ Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Jurídicas Europa–América, p. 429-430.

² Ídem, pág. 431.

³ De La Puente, M. (2003) *El Contrato en general, Tomo I*, Lima–Perú, Palestra Editores S.R.L., segunda edición, p. 184.

De esta forma, puede colegirse que los contratos de “*ejecución única*” son aquellos cuyo objeto es alcanzado con la ejecución de una prestación final; esto es, una prestación que el contratista ejecutará a futuro y es la finalidad del contrato. Por otra parte, los contratos de “*ejecución periódica*”, son aquellos que involucran la ejecución de varias prestaciones instantáneas del mismo carácter a ejecutarse a futuro, con una distancia temporal una de la otra; siendo esta manera de ejecución del contrato necesario para que éste alcance su finalidad (*tales como los contratos de suministro de bienes*).

- 2.1.3. Ahora bien, teniendo clara la distinción entre un contrato de ejecución única y aquellos de ejecución periódica, es pertinente anotar que, en el marco de los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, **cabe la posibilidad de que un contrato de ejecución única se ejecute a través de entregas parciales.**

Así por ejemplo, mediante Opinión N° 103-2019/DTN se señaló lo siguiente: “...*cabe la posibilidad de que la entidad, con la finalidad de asegurar la ejecución oportuna de un contrato de consultoría de obra consistente en la elaboración de un expediente técnico, contemple que el contratista deberá entregar en determinadas fechas establecidas de antemano (en las bases) cada uno de los componentes que conforman el Expediente Técnico. En tal supuesto, la circunstancia de que se hubiesen contemplado tales entregas parciales no altera la naturaleza del contrato, es decir, no cambia el hecho de que tal contrato de elaboración de expediente técnico sea un contrato de ejecución única, pues la finalidad del contrato solo será lograda en la medida en que se entregue el documento final, esto es, el expediente técnico de obra.*”

Por tanto, es preciso señalar que cada Entidad debe tener claro el tipo de contrato que administra, ya sea de ejecución única o de ejecución periódica, así como el tipo de prestaciones que este contempla; ello a efectos de poder gestionarlo correctamente y proceder con las medidas que correspondan —*por ejemplo, la aplicación de penalidades*— durante su ejecución.

- 2.2. “*En un Contrato de Consultoría en General, que tiene por objeto la formulación de un estudio, con la obligación de entregar avances con plazo y monto definido ¿La entrega de estos avances corresponde a una prestación parcial?*” (Sic).

- 2.2.1. De manera previa, corresponde indicar que este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre escenarios particulares, razón por la cual, el presente análisis se limitara a brindar alcances de carácter general sobre el tema materia de consulta.

Así, debe reiterarse que los contratos de ejecución única son aquellos cuya finalidad es alcanzada con la ejecución de un acto, **situación que no sufre variación aún si en dicho contrato se hubiera definido de antemano que el contratista debe cumplir con realizar entregas parciales (avances, informes, etc.)**. Por el contrario, los contratos de ejecución periódica son aquellos cuya finalidad es alcanzada debido a su ejecución distribuida en el tiempo, que implica la ejecución de varias prestaciones instantáneas del mismo carácter; justamente

porque las partes tienen interés en satisfacer una necesidad que tiene el carácter de periódica (*por ejemplo, un contrato de suministro de bienes*).

En definitiva, como ya se indicó previamente, cada Entidad debe tener claro el tipo de contrato que administra, ya sea de ejecución única o de ejecución periódica, así como el tipo de prestaciones que este contempla; ello a efectos de gestionarlo correctamente y proceder con las medidas que correspondan —*por ejemplo, la aplicación de penalidades*— durante su ejecución.

2.3. “De ser su respuesta a la pregunta n° 01, que trata de un Contrato de ejecución única, en un Contrato de esta naturaleza, ¿se le puede aplicar penalidad por mora en la presentación de la entrega parcial en los contratos de consultorías en general, si los términos de referencia, las bases, el contrato no lo establecieron, sustentado en el texto del reglamento anterior, que no preveía la aplicación de penalidad por entregas parciales?” (Sic).

2.3.1. Conforme a lo señalado previamente, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar si corresponde aplicar penalidades en un contrato en particular, pues ello debe ser definido de acuerdo al análisis de los elementos propios de cada caso; sin perjuicio de ello, se brindarán alcances generales sobre el tema materia de consulta.

Al respecto, debe mencionarse que la normativa de contrataciones del Estado establece que cuando el contratista incumple injustificadamente con sus obligaciones contractuales, la Entidad debe aplicarle las penalidades que correspondan, las cuales deben encontrarse previstas en el contrato y deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

De esta manera, el artículo 162 del Reglamento establece 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. Cabe precisar que la finalidad de la penalidad por mora es desincentivar el incumplimiento por parte del contratista del plazo de ejecución establecido en el contrato, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que dicho retraso le ocasione.

Debe añadirse que el mencionado artículo prevé la fórmula⁴ que debe emplearse para el cálculo del monto de la penalidad diaria que se aplicará al contratista. Es importante acotar que dicha fórmula considera como variables para la realización

⁴ El numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento establece lo siguiente:
“(...). La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde F tiene los siguiente 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”

del cálculo al monto y al plazo de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso.

Así, el numeral 162.2 del artículo en mención precisa lo siguiente: “*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).

Como se aprecia, para efectos de aplicar la penalidad por mora, conforme a lo establecido en el artículo 162 del Reglamento, la Entidad debe emplear tanto el “*monto*” como el “*plazo*” del contrato o ítem que ha sufrido atraso; salvo en el caso de los contratos que involucren obligaciones de “*ejecución periódica*” o “*entregas parciales*”, en los cuales el cálculo debe realizarse tomando en consideración **el plazo y el monto de la prestación individual materia de retraso**⁵.

En ese sentido, el cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “*monto*” y “*plazo*” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso⁶.

Por tanto, a efectos de poder aplicar la penalidad por mora a las “prestaciones individuales” materia de retraso, el “*monto*” y el “*plazo*” de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica o, de ser el caso, de las entregas parciales del contrato de ejecución única, deberán estar contemplados en el contrato.

De acuerdo con lo expuesto, puede advertirse que el marco normativo vigente ha previsto la habilitación legal para que en aquellos contratos que involucren “*entregas parciales*”, pueda aplicarse la penalidad por mora.

Adicionalmente, cabe anotar que la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones debe ser incorporada en **todos los contratos** celebrados bajo el marco de la normativa de contrataciones del Estado; y, debe ser aplicada automáticamente cuando el contratista incumple con las prestaciones a su cargo en el plazo que ha sido establecido en el contrato.

2.3.2. Por otra parte, en relación con la consulta planteada, es importante precisar que, respecto de los contratos “*de ejecución periódica*” y los contratos de “*ejecución*”

⁵ Conforme a lo señalado en la Opinión N° 103-2019/DTN.

⁶ En este extremo de la presente Opinión es pertinente anotar que el numeral 162.3. del artículo 162 del Reglamento señala que “*En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse*”.

única” que involucraban entregas parciales; el artículo 133 del **Decreto Supremo N° 350-2015-EF**, únicamente contemplaba la aplicación de la penalidad por mora por el retraso en el cumplimiento de **obligaciones de ejecución periódica**, en los siguientes términos: *“Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutar o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso”*. (El resaltado es agregado).

En ese sentido, es importante mencionar que un contrato regido bajo lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, tenía un marco normativo distinto al que rige actualmente lo concerniente a la aplicación de la penalidad por mora⁷.

2.4. “¿Corresponde la aplicación de penalidad por mora, al retraso en el levantamiento de observaciones de las entregas parciales?” (Sic).

2.4.1. Al respecto, debe indicarse que el artículo 168 del Reglamento establece el procedimiento para la recepción y la conformidad, precisando que estas son responsabilidad del área usuaria⁸. Así, el mencionado artículo indica que la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Cabe acotar que, en el caso de consultorías en general, la emisión de la conformidad debe realizarse un plazo máximo de veinte (20) días⁹.

En relación con lo señalado, es importante anotar que este Organismo Técnico Especializado ha señalado en Opiniones anteriores¹⁰ que el procedimiento de recepción y conformidad previsto en la normativa de contrataciones del Estado es aplicable para la verificación que realiza la Entidad a cada uno de los entregables (entregas parciales) que se hubieran pactado en el contrato (refiriéndonos a contratos de ejecución única que involucra entregas parciales).

Realizada la precisión anterior, debe indicarse que los numerales 168.4, 168.5 y 168.6 del artículo 168 del Reglamento establecen o 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 diez (10) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días.

⁷ Al respecto, pueden revisarse las Opiniones N° 189-2017/DTN, N° 010-2018/DTN, N° 079-2018/DTN, N° 061-2019/DTN.

⁸ 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.

⁹ El numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento establece que la conformidad debe emitirse en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, o si se trata de consultorías, la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días.

¹⁰ Por ejemplo, las Opiniones N° 189-2017/DTN y N° 010-2018/DTN.

Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.

168.5. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede otorgar al contratista períodos 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 anterior.

168.6 Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose la penalidad que corresponda por cada día de atraso”.

De esta manera, en el marco de los contratos regulados por lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado vigente, cuando la Entidad formule observaciones a los entregables presentados por el contratista —*de corresponder*—, debe otorgarle el plazo que corresponde para subsanar dichas observaciones, conforme a lo previsto en el artículo 168 del Reglamento. De no subsanarse las observaciones en el plazo otorgado, la Entidad deberá aplicar la penalidad por mora correspondiente.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado vigente, el cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos “monto” y “plazo” del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.
- 3.2. El procedimiento de recepción y conformidad previsto en el artículo 168 del Reglamento es aplicable para la verificación que realiza la Entidad a cada uno de los entregables (entregas parciales) que se hubieran pactado en el contrato (refiriéndonos a contratos de ejecución única que involucren entregas parciales).
- 3.3. Un contrato regido bajo lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, tenía un marco normativo distinto al que rige actualmente lo concerniente a la aplicación de la penalidad por mora.

Jesús María, 2 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/JDS