

OPINIÓN N° 175-2019/DTN

Entidad: Proyecto Especial Olmos Tinajones
Asunto: Aplicación de penalidad por mora
Referencia: Oficio N° 001286-2019-GR.LAMB/PEOT-GG (3117936-205)

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General del Proyecto Especial Olmos Tinajones, formula varias consultas referidas a la aplicación de la penalidad por mora ante el retraso del contratista en el cumplimiento de los entregables.

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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“En un contrato de consultoría en general para la elaboración de un estudio, ¿la presentación tardía, es decir, con retraso, de los informes de avance del servicio, pueden ser sujeto de aplicación de penalidad por mora en la ejecución de la prestación o de otras penalidades?”*** (Sic).

¹ La base legal para el desarrollo del análisis de la presente Opinión se ha determinado a partir de lo indicado en el informe legal adjunto a la solicitud del solicitante.

- 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, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar si, en el contexto de la ejecución de un contrato particular, corresponde la aplicación de la penalidad por mora; aspecto que debe ser definido a partir de los elementos propios de cada caso.
- 2.1.2. Preciado lo anterior, es necesario indicar que desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, doctrinariamente estos se clasifican en contratos de “*ejecución única*” y contratos “*de duración*”. Al respecto, Messineo (1952) precisa 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 partes².

Asimismo, debe mencionarse que los contratos “*de duración*” se sub dividen en contratos de “*ejecución continuada*” y contratos de “*ejecución periódica*”.

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 distancia 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.

Así, puede concluirse que los contratos de ejecución periódica son aquellos que distribuyen su ejecución en el tiempo, involucrando el cumplimiento a futuro de varias prestaciones instantáneas que tienen el mismo carácter, y que guardan una distancia temporal una de la otra; siendo esta manera de ejecución del contrato necesario para que éste alcance su finalidad.

- 2.1.3. Teniendo clara la distinción entre un contrato de “*ejecución única*” de aquellos de “*ejecución periódica*”, debe indicarse 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.

Sobre el particular, el artículo 133 del Reglamento establece que ante el 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.

² Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 429-430.

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

Cabe anotar que el artículo en mención establece la fórmula⁴ que debe emplearse para el cálculo de la penalidad, la misma que toma como variables el plazo y el monto de la prestación cuya ejecución ha sido materia de atraso.

En adición a ello, es necesario indicar que el referido artículo precisa lo siguiente: “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”.

De lo expuesto hasta este punto se tiene que, en el contexto de los **contratos que involucran obligaciones de ejecución periódica** (“*contratos de ejecución periódica*”), la Entidad aplica automáticamente la penalidad por mora —de acuerdo a lo establecido en el artículo 133 del Reglamento— ante el retraso en el cumplimiento de cada prestación parcial que es materia de retraso.

- 2.1.4. Es preciso mencionar que la aplicación de la penalidad por mora se produce ante el **retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato**. En esa medida, en el marco de la normativa aplicable a la consulta formulada, en el caso de aquellos contratos de “ejecución única” cuyo objeto es la elaboración de un documento o estudio final, **no** sería posible aplicar la penalidad por mora ante el retraso de los entregables pactados en el contrato (*como son, informes de avance, reportes u otros similares*), puesto que dicho supuesto no se subsume en lo establecido en el artículo 133 para efectos de aplicar la penalidad por mora.

Así por ejemplo, resulta posible que la contratación de una consultoría tenga por objeto la elaboración de un estudio o documento (un único entregable) compuesto por diversos elementos, los cuales deben ser entregados en determinadas fechas establecidas de antemano en el contrato. En ese supuesto, el hecho de haberse contemplado dichas entregas parciales no altera en lo absoluto la naturaleza del contrato, es decir, no varía el hecho de que el contrato para la elaboración del estudio o documento sea de “ejecución única”, puesto que la finalidad del contrato solo será alcanzada en la medida que el contratista entregue el estudio o documento final.

- 2.1.5. No obstante lo anterior, es preciso señalar que en el contexto de los contratos celebrados bajo el marco de lo establecido en la actual normativa de contrataciones del Estado, cabe la posibilidad de que un contrato de “ejecución única” se desarrolle a través de entregas parciales.

⁴ El artículo 133 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: $F = 0.15$

Al respecto, como se desprende de lo establecido en el Decreto Supremo N° 344-2018-EF⁵, vigente a partir del 30 de enero de 2019, en el caso de contratos de ejecución única que involucran entregas parciales, la penalidad por mora resulta aplicable ante el retraso en el cumplimiento de dichas entregas parciales, siempre que el plazo y monto de cada entrega parcial hayan sido debidamente previstos en el contrato.

- 2.1.6. Por otra parte, en el marco de la normativa aplicable a la consulta formulada, debe mencionarse que el artículo 134 del Reglamento prevé que la Entidad puede establecer en el contrato, penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre que estas sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación⁶. Para tales efectos, debe incluirse los supuestos de aplicación de la penalidad —distintas al retraso o mora prevista en el artículo 133 del Reglamento—, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

En esa medida, en el contexto de los contratos de “ejecución única” en donde se hubieran pactado el cumplimiento de entregables, resulta posible la aplicación de “otras penalidades” ante el incumplimiento de éstos, siempre que dichas penalidades se encuentren establecidas propiamente en el contrato, de acuerdo a lo establecido en el artículo 134 del Reglamento.

Por tanto, en el marco de la normativa aplicable a la consulta formulada, tratándose de contratos de “ejecución única” que involucren la presentación de entregables, no es posible la aplicación de la penalidad por mora ante el retraso del contratista en la presentación de dichos entregables. En ese supuesto, es posible la aplicación de “otras penalidades”, siempre y cuando éstas se encuentren previstas en el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.

- 2.2. ***“En un contrato de consultoría en general para la elaboración de un estudio, si los informes de avance del servicio comprende ejecución del 100% de algún componente del servicio, ¿pueden considerarse dichos informes como prestaciones parciales y, en consecuencia, estar sujetos a aplicación de penalidad por mora en la ejecución de la prestación o de otras penalidades?”*** (Sic).

- 2.2.6. De manera previa, es necesario precisar que el OSCE no puede determinar, en el marco de un contrato en particular, si la elaboración y presentación de un determinado producto (*informes, avances, reportes u otros similares*) deben ser considerados como prestaciones parciales a efectos de determinar, frente al retraso en su presentación, si corresponde la aplicación de la penalidad por mora; dicha situación debe ser analizada y determinada conforme a los elementos propios del contrato bajo análisis.

⁵ Artículo 162 del actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁶ El artículo 134 del Reglamento indica que las “otras penalidades” deben haber sido previstas en las bases del procedimiento de selección; cabe precisar que las bases pasan a formar parte del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 116 del Reglamento.

2.2.7. Por otro lado, debe indicarse que la Entidad debe tener claro el tipo de contrato que está ejecutándose, teniendo en cuenta los elementos que caracterizan y definen a cada uno de ellos. Así, los contratos de “ejecución única” son aquellos que agotan su finalidad con la ejecución de un solo acto (*por ejemplo, contratos que involucran la elaboración de un documento o estudio final*), situación que, en el marco de la normativa aplicable a la consulta formulada, no varía aun habiéndose pactado la presentación de entregables durante su ejecución; mientras que los contratos de ejecución periódica son aquellos cuya ejecución se distribuye en el tiempo, involucran varias prestaciones a ser ejecutadas a futuro, tienen el mismo carácter y guardan una distancia temporal una de la otra (*por ejemplo, los contratos de suministro*).

Así, habiéndose definido el contrato bajo análisis, como se señaló al absolver la consulta anterior, debe considerarse que tratándose de contratos de “ejecución única” que involucren la presentación de entregables, en el marco de la normativa aplicable a la consulta formulada, no es posible la aplicación de la penalidad por mora ante el retraso del contratista en la presentación de dichos entregables. En ese supuesto, es posible la aplicación de “otras penalidades”, siempre y cuando éstas se encuentren previstas en el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.

2.3. ***“De la pregunta anterior, de ser aplicable otras penalidades, ¿cuál debe ser el tratamiento de las otras penalidades considerando que cada informe de avance tiene previsto un monto y un plazo específico, y estas penalidades no se encuentran consignadas en el documento que contiene el contrato?”*** (Sic).

En primer término, debe tenerse claro que la Entidad debe verificar el tipo de contrato que se está analizando, así como las penalidades que se hubieran establecido en éste.

De esta forma, en el supuesto que se trate de un contrato de “ejecución única” en el que se hubieran pactado el cumplimiento de entregables por parte del contratista, cabe la posibilidad que frente al incumplimiento de dichos entregables se hubieran establecido en el contrato penalidades distintas a la penalidad por mora.

Al respecto, debe indicarse que, conforme a lo establecido en el artículo 134 del Reglamento, las “otras penalidades” deben encontrarse previstas en el contrato e incluir los supuestos de aplicación de la penalidad —distintas al retraso o mora regulada en el artículo 133 del Reglamento—, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

2.4. ***“¿Qué significado o alcances tiene el término “obra intelectual”, al que hacen referencia diversas Opiniones de la Dirección Técnico Normativa cuando cita a Messineo en la exclusión de los contratos cuyo objeto es la obtención de dicho producto de la clasificación de contratos de duración?”*** (Sic).

Sobre el particular, resulta pertinente indicar que las Opiniones emitidas por el OSCE desarrollan criterios sobre el alcance y sentido de la normativa de contrataciones del Estado; si bien para esclarecer algunas de las figuras reguladas

en la mencionada normativa resulta necesario acudir y citar doctrina que desarrolle aspectos de las materias en consulta, eso no implica que esta Dirección pueda definir los alcances exactos que los autores han previsto para sus expresiones académicas.

En ese contexto es que en algunas Opiniones emitidas por esta Dirección se ha tenido por conveniente citar ejemplos desarrollados por reconocidos juristas respecto de algunas figuras e instituciones jurídicas, a efectos de dar mayor claridad a los usuarios sobre algunos aspectos que no se encuentran necesariamente definidos en la normativa de contrataciones del Estado; tales como la clasificación de los contratos según su ejecución, la cual ha sido desarrollada doctrinariamente, pero cuyo conocimiento y entendimiento son necesarios para la correcta aplicación de algunas disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

Así por ejemplo, en la Opinión N° 061-2019/DTN, desarrollando con mayor precisión la diferencia entre los contratos de “*ejecución única*” y los contratos “*de duración*”, se indica que Messineo excluye del alcance de los contratos “*de duración*” a aquellos contratos que tengan por contenido la prestación de un resultado futuro, pues, aun cuando en estos casos es necesario que la actividad del contratista se dilate durante cierto tiempo para producir el resultado requerido, la ejecución seguirá siendo instantánea; con la finalidad de ejemplificar lo señalado, a pie de página se cita el siguiente texto de autoría de Messineo:

*“En relación a la función recién delimitada, de la duración se debe excluir del número de los contratos de ejecución continuada o periódica, el contrato que tiene por contenido la prestación de un resultado futuro: a la manera latina locatio operis (que ha de distinguirse de la locatio operarum, consistente, como es sabido, en poner a disposición de otra persona, que la utiliza, la propia energía de trabajo independientemente del producto de esta energía); casos: contrato de obra por empresa, transporte, fletamento, **prestación de obra intelectual**. Aquí, el tiempo concierne a la producción del resultado, para lo que es necesario que la actividad del deudor se dilate durante cierto período de tiempo, y no a la ejecución que es, en cambio, instantánea; la duración actúa aquí en función del fin, no en función del tiempo (piénsese en el caso del contrato de obra por empresa, en el que el tiempo es necesario para que la obra ordenada se ejecute, pero donde, una vez lista la obra, la entrega se realiza uno actu)”*⁷. (El resaltado es agregado).

Por tanto, la cita referida en la consulta —*así como todas las citas que este Organismo Técnico Especializado realiza en las Opiniones que emite*— tiene como propósito ejemplificar lo que la doctrina señala acerca de ciertas instituciones jurídicas cuyo conocimiento y entendimiento son necesarios para la correcta aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; en este caso puntual, a efectos de ejemplificar lo que la doctrina señala acerca de la clasificación de los contratos.

- 2.5. ***“En un contrato de consultoría en general para la elaboración de un estudio, en el que se prevé la presentación de entregables, de ser posible la aplicación de penalidad por mora en la ejecución de la presentación de cada entregable, ¿el***

⁷ MESSINEO, F (1952), *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 430-431.

plazo a considerar en la fórmula de cálculo de la penalidad diaria debe ser el lapso de tiempo previsto entre el inicio del servicio y la fecha máxima de presentación del entregable, o, el lapso de tiempo previsto entre la fecha de presentación del entregable anterior y la fecha máxima de presentación del entregable objeto de retraso?” (Sic).

En principio, El OSCE no puede definir si un tipo de contrato corresponde a uno de “ejecución única” o de “ejecución periódica”, puesto que ello excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Precisado lo anterior, corresponde indicar que una vez definido el tipo de contrato bajo análisis, tratándose de contratos de “ejecución única” que involucren la presentación de entregables, en el marco de la normativa aplicable a la consulta formulada, no es posible la aplicación de la penalidad por mora ante el retraso del contratista en la presentación de dichos entregables. En ese supuesto, es posible la aplicación de “otras penalidades”, siempre y cuando éstas se encuentren previstas en el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Tratándose de contratos de “ejecución única” que involucren la presentación de entregables, no es posible la aplicación de la penalidad por mora ante el retraso del contratista en la presentación de dichos entregables. En ese supuesto, es posible la aplicación de “otras penalidades”, siempre y cuando éstas se encuentren previstas en el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento.
- 3.2. Conforme a lo establecido en el artículo 134 del Reglamento, las “otras penalidades” deben encontrarse previstas en el contrato e incluir los supuestos de aplicación de la penalidad —distintas al retraso o mora regulada en el artículo 133 del Reglamento—, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Jesús María, 03 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC