

OPINIÓN N° 186-2019/DTN

Entidad: Seguro Integral de Salud
Asunto: Plazo para someter una controversia a conciliación o arbitraje
Referencia: Oficio N° 866-2019-SIS-FISSAL/J

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe (e) del Fondo Intangible Solidario de Salud del Seguro Integral de Salud, formula una consulta referida al plazo que tiene el contratista para someter una controversia, que surge durante la ejecución del contrato, a conciliación o arbitraje.

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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente hasta el 8 de enero de 2016.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente hasta el 8 de enero de 2016.

La consulta formulada es la siguiente:

“¿Cuál es el plazo que tiene el contratista para llevar a conciliación o arbitraje las penalidades impuestas si el contrato aún no ha culminado, en el marco del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus respectivas modificatorias” (Sic).

2.1. En principio, debe indicarse que los artículos 165 y 166 del anterior Reglamento regulaban las penalidades que podían establecerse en los contratos celebrados por las Entidades en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado,

siendo estas: la penalidad por mora en la ejecución de la prestación y las otras penalidades.

En relación con la penalidad por mora, debe mencionarse que esta era aplicada al contratista ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, de manera automática, por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Al respecto, es necesario indicar que el artículo 165 del anterior Reglamento establecía la fórmula¹ para la aplicación de la penalidad por mora, la cual tenía como variables al monto y el plazo de la prestación materia de atraso; en el caso de contratos que involucraban obligaciones de ejecución periódica, el monto y plazo a ser empleados para el cálculo de la penalidad eran aquellos que correspondían a la prestación parcial que era materia de retraso².

Asimismo, es importante tener presente que la penalidad por mora era deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si era necesario se cobraba del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

- 2.2. Por su parte, el artículo 166 del anterior Reglamento establecía que, además de la penalidad por mora, las Bases podían establecer penalidades distintas, siempre y cuando estas fueran objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debía ejecutarse.

De esta forma, se tiene que, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, las penalidades que podían aplicársele al contratista eran la penalidad por mora y las otras penalidades, las cuales eran **deducidas de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final del contrato, o de ser necesario, del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta**³.

¹ El artículo 165 del anterior Reglamento establecía lo siguiente:
“En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: F = 0.40

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: F = 0.25.

b.2) Para obras: F = 0.15.

² Resulta pertinente precisar que, según lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado podía aplicarse la penalidad por mora ante el retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones parciales pactadas en el marco de un contrato de ejecución periódica.

Por otra parte, en el marco de los contratos de ejecución única que podían involucrar la presentación de entregables, no era posible aplicar la penalidad por mora ante el retraso en la presentación de dichos entregables.

Respecto de la aplicación de la penalidad por mora en los contratos de ejecución periódica y la diferenciación de estos contratos respecto de aquellos de ejecución única que pudieran involucrar la presentación de entregables, se han emitido sendas Opiniones, tales como la Opinión N° 061-2019/DTN, N° 010-2018/DTN, N° 204-2017/DTN.

³ Como puede apreciarse, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía que la deducción de las penalidades podía realizarse en distintos momentos de la ejecución del contrato, ya sea en el transcurso de la ejecución del contrato o al momento de efectuar el pago final.

- 2.3. Por otro lado, el artículo 52 de la anterior Ley establecía que las controversias que surgían entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolvían mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Al respecto, el numeral 52.2 del artículo señalado, precisaba que los procedimientos de conciliación y/o arbitraje debían solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato; y, en el caso de los contratos de servicios —en el contexto de la consulta— para los casos específicos en los que la materia en controversia se refería al pago final, el respectivo procedimiento debía iniciarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes⁴.

En ese contexto, el plazo con el que contaba el contratista para someter una controversia a conciliación o arbitraje dependía del momento en que esta se originaba. Así por ejemplo, en el caso de la aplicación de las penalidades, si estas eran deducidas durante la ejecución del contrato (de los pagos a cuenta) y el contratista disentía de su aplicación, podía recurrir a los mencionados mecanismos de solución de controversias hasta antes de la culminación del contrato; por otra parte, si las penalidades eran deducidas al momento de realizar el pago final, el contratista tenía un plazo de quince (15) días hábiles para someter su discrepancia a conciliación o arbitraje.

Por tanto, en los contratos de servicios celebrados bajo lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, si surgía alguna controversia durante la ejecución del contrato, no relacionada al pago final, ésta podía ser sometida a arbitraje o conciliación en cualquier momento hasta antes de la fecha de culminación del contrato.

3. CONCLUSIÓN

En los contratos de servicios celebrados bajo lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, si surgía alguna controversia durante la ejecución del contrato, no relacionada al pago final, ésta podía ser sometida a arbitraje o conciliación en cualquier momento hasta antes de la fecha de culminación del contrato.

Jesús María, 23 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC/JDS

⁴ El numeral 52.2 del artículo 52 de la anterior Ley establecía lo siguiente:
“Los procedimiento de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. (...)”.