

OPINIÓN N° 189-2019/DTN

Entidad: Seguro Integral de Salud
Asunto: Plazo para someter una controversia a conciliación o arbitraje
Referencia: Oficio N° 865-2019-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:

- **“La anterior Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero del 2019.
- **“El anterior Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril del 2017 hasta el 29 de enero del 2019.

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 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF?”
(Sic).

2.1. En principio, debe indicarse que los artículos 132, 133 y 134 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 133 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 retraso.

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 134 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 propuesta².

- 2.3. Por otro lado, el numeral 45.1 del artículo 45³ de la anterior Ley establecía que “*Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes (...)*” (El subrayado es agregado).

Así, la conciliación y el arbitraje eran algunos de los mecanismos de solución de controversias que contemplaba la normativa de contrataciones del Estado, en virtud de los cuales las partes podían dar solución a su discrepancia.

Dicho lo anterior, es necesario señalar que el primer párrafo del numeral 45.2 del artículo

¹ El artículo 133 del anterior Reglamento establecía lo siguiente:
“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. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a 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 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.

³ Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017.

45 de la Ley establecía que *“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, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.”* (El subrayado es agregado).

Adicionalmente, el referido numeral señalaba que *“En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.”* (El subrayado es agregado).

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 treinta (30) 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, 28 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.