

OPINIÓN N° 198-2019/DTN

Solicitante: HM INGENIEROS CONSULTORES
Asunto: Aplicación de penalidades
Referencia: Comunicación S/N recibida el 01.OCT.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Oscar Mogollón Escobar, Gerente General de HM INGENIEROS CONSULTORES, formula varias consultas sobre la aplicación de penalidades en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado.

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. CONSULTA 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° 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.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “En un contrato de consultoría de obra, ¿resulta válido, a la luz del artículo 162 del Reglamento, aplicar penalidades por mora a la demora en el levantamiento de observaciones de un determinado entregable”

2.1.1. La penalidad por mora se aplica al retraso injustificado, es decir, cuando el contratista no hubiese cumplido con ejecutar las prestaciones a su cargo dentro del plazo establecido en el contrato¹.

De acuerdo con el numeral 162.1, del artículo 162 del Reglamento, la penalidad por mora se aplica de manera automática por cada día de retraso y se calcula de acuerdo con la siguiente por fórmula:

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

Donde *F* tiene los siguientes 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: $F = 0.15$.

En la fórmula descrita quedan claros los valores de “F”. Ahora, respecto del valor del “monto” y “plazo”, el numeral 162.2., del artículo 162 señala: “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 materia de retraso” (El resaltado es agregado)

Como se puede apreciar, la aplicación de la penalidad por mora dependerá de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. De esta manera, en concordancia con lo señalado por esta Dirección mediante Opinión N°103-2019/DTN, si el contrato es uno de ejecución única² deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica³ 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.

¹ Esta penalidad no es, en sentido estricto, una sanción, sino una obligación de carácter accesorio, la cual se “activa” cuando el contratista hubiere incurrido en un retraso injustificado.

² Desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se dividen en contratos de “ejecución única” y contratos “de duración”; así, Messineo señala que un contrato será de “ejecución única”, cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad; en tanto que será “de duración” cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.

³ MESSINEO señala que estaremos frente a un contrato de ejecución periódica cuando “(...) 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) (...)”. MESSINEO. Op.cit. pág. 431.

Como se puede advertir, de acuerdo con el Reglamento, ***las entregas parciales son prestaciones individuales***; y, por ende, el retraso en su ejecución es pasible de ser penalizado.

- 2.1.2. Dicho lo anterior, se debe mencionar que, de conformidad con el anexo N°1 del Reglamento, una consultoría de obra puede consistir en: i) la elaboración de expediente técnico; ii) la supervisión de obra; y iii) la supervisión de la elaboración del expediente técnico de obra.

En ese marco, corresponde anotar que la aplicación de la penalidad por mora dependerá fundamentalmente de: i) cuál de los objetos contractuales que constituyen el género “*consultoría de obra*” hubiese contratado la entidad; y ii) las condiciones de ejecución de las prestaciones derivadas del contrato.

Así, por ejemplo, si el objeto de contratación hubiese sido la elaboración de un expediente técnico de obra, podría configurarse el caso de que la entidad, con la finalidad de asegurar su ejecución oportuna contemple que el contratista deberá entregar en determinadas fechas establecidas de antemano (en las bases) cada uno de los componentes que conforman tal expediente. En tal supuesto, podría tratarse de un contrato de ejecución única, pero que ha contemplado entregas parciales⁴.

Siendo así, **la penalidad por mora se podría aplicar – si así lo determina la Entidad– al retraso en dichas entregas parciales.** Para estos efectos, será indispensable, que en el contrato se hubiese determinado (o sea determinable) un plazo y monto correspondiente al pago de tales entregas parciales. De no ser ese el caso, no podrá aplicarse la penalidad por mora al retraso en las referidas entregas, sino únicamente al retraso respecto del plazo total del contrato.

Ahora, es posible también que la Entidad hubiese determinado en el requerimiento (contemplado en las bases) que el expediente técnico de obra se entregue, íntegramente, en un solo momento. De ser ese el caso, para la aplicación de la penalidad por mora deberá considerarse el monto y plazo totales del contrato.

Como se puede apreciar, la aplicación de la penalidad por mora, dependerá de los elementos propios de la contratación. En tal medida, corresponderá a la Entidad valorar las particularidades del contrato, a fin de aplicar correctamente la referida penalidad.

- 2.1.3. De otra parte, debe indicarse que el artículo 168 del Reglamento establece el procedimiento para la recepción y la conformidad, precisando que estas son responsabilidad del área usuaria⁵. Así, el mencionado artículo indica que la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria,

⁴ En este extremo se debe precisar que la circunstancia de que el contrato de elaboración de expediente técnico de obra hubiese contemplado entregas parciales alterara la naturaleza del contrato, es decir, no cambia el hecho de que tal contrato sea uno de ejecución única, pues su finalidad solo se logrará en la medida en que se entregue el documento final, esto es, el expediente técnico de obra.

⁵ 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.

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 anotar que, en el caso de consultorías (incluida la consultoría de obra), la emisión de la conformidad debe realizarse un plazo máximo de veinte (20) días⁶.

En este punto es necesario detenerse para precisar que la conformidad la emite el funcionario responsable del área usuaria respecto de la **prestación**⁷ que ha sido objeto del contrato. Dicho esto, corresponde reiterar que, de conformidad con el numeral 162.2, del artículo 162 del reglamento, las entregas parciales son consideradas como prestaciones individuales. Por tanto, el procedimiento contemplado en el artículo 168 del Reglamento, referido a la conformidad y pago, es aplicable también a las entregas parciales.

Realizada la precisión anterior, en relación con la consulta formulada, 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. **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”. (El resaltado es agregado)

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 las entregas parciales (prestación individual) debe otorgarle el plazo que corresponde para subsanarlas, conforme a lo previsto en el artículo 168

⁶ 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.

⁷ De acuerdo con el anexo N°1 del Reglamento se entiende por prestación a “la ejecución de la obra, la realización de la consultoría, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación se regula en la Ley y el Reglamento.”

del Reglamento. De no subsanarse las observaciones en el plazo otorgado, la Entidad deberá aplicar la penalidad por mora correspondiente.

3. ***“En un contrato de consultoría de obra, ¿resulta válido, a la luz del artículo 163 del Reglamento, aplicar “otras penalidades” por la demora en el levantamiento de observaciones de un determinado entregable?”***

Respecto de la presente consulta, se debe reiterar que la aplicación de la penalidad por mora en los contratos de consultoría de obra dependerá fundamentalmente de: i) cuál de los objetos contractuales que constituyen el género “consultoría de obra” hubiese contratado la entidad; y ii) las condiciones de ejecución de las prestaciones derivadas del contrato. No obstante, en la medida que el contrato hubiese contemplado entregas parciales, la penalidad por mora se aplicará considerando el monto y plazo de dichas entregas.

Ahora bien, **respecto al retraso en la subsanación de observaciones en la ejecución de las prestaciones⁸ (por ejemplo, en una entrega parcial) corresponde reiterar que el numeral 168.5., del artículo 168 del reglamento ha señalado que, en tal supuesto, se aplica la penalidad por mora.**

Dicho lo anterior, es preciso señalar 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 el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato le cause.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el artículo 163 del reglamento habilita a la entidad a consignar en los documentos del procedimiento de selección penalidades distintas a la mora, desarrollada en el artículo 162.

4. ***“El levantamiento de observaciones en un contrato de consultoría de obra forma parte de las prestaciones a cargo del contratista. En tal sentido ¿qué tipo de penalidades resultan aplicables a la demora en el levantamiento de observaciones de un determinado entregable, a la luz de la normativa de contrataciones del Estado”***

Como se anotó la penalidad por mora se aplica al retraso en la ejecución de las prestaciones, y las “otras penalidades” a otra clase de incumplimientos, es decir, a incumplimientos no previstos en el artículo 162 del Reglamento.

Respecto al retraso en la subsanación de observaciones en la ejecución de las prestaciones corresponde reiterar que el numeral 168.5., del artículo 168 del reglamento ha señalado que, en tal supuesto, se aplica la penalidad por mora desde

⁸ En coherencia con lo desarrollado en la presente opinión, se debe reiterar que la conformidad es emitida respecto de la prestación que fuera objeto del contrato. En tal medida, el artículo 168 del reglamento es aplicable cuando la entidad requiera emitir la conformidad de: i) la prestación “total” de un contrato de ejecución única; ii) la entrega parcial (prestación individual); y iii) las prestaciones parciales de los contratos de ejecución periódica.

el vencimiento del plazo para subsanar las observaciones formuladas por el funcionario competente para emitir la conformidad.

5. CONCLUSIONES

- 5.1. En el marco de los contratos regulados por lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado vigente, cuando la Entidad formule observaciones a las entregas parciales (prestación individual) 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.
- 5.2. El numeral 168.5., del artículo 168 del reglamento ha señalado que, respecto del retraso en la subsanación de las observaciones formuladas por la entidad en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, se aplica la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar las observaciones formuladas por el funcionario competente para emitir la conformidad.
- 5.3. El artículo 163 del reglamento habilita a la entidad a consignar en los documentos del procedimiento de selección penalidades distintas a la mora, desarrollada en el artículo 162.

Jesús María, 14 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.