

OPINIÓN N° 113-2021/DTN

Entidad: Empresa de Electricidad del Perú – ELECTROPERU S.A.

Asunto: Aplicación de penalidades

Referencia: Formulario de solicitud de consultas de las Entidades Públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado, presentado con fecha 18.10.2021.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de la empresa ELECTROPERU S.A., formula 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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS 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, modificado por Decreto Supremo N° 377- 2019-EF, Decreto Supremo N° 168-2020-EF, Decreto Supremo N° 250-2020-EF y Decreto Supremo N° 162-2021-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 *“¿Todos los incumplimientos o deficiencias detectadas en las prestaciones ejecutadas por contratistas, distintas a las establecidas como “otras penalidades” en un contrato, pueden ser considerados como penalidades por mora en la*



Firmado digitalmente por FLORES
MONTAÑA Carla Gabriela FAU
20419026809 hard
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 30.11.2021 12:14:12 -05:00



Firmado digitalmente por BURGOS
BARDALES Patrick FAU
20419026809 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 29.11.2021 21:16:50 -05:00

ejecución de la prestación?”

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 el tipo de penalidad a aplicar en un contrato en particular, 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 la aplicación de penalidades.

Finalidad y función de la penalidad por mora

2.1.2 En primer lugar, corresponde señalar que en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado¹, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar la aplicación de penalidades al contratista o la resolución del contrato.

Al respecto, es importante indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 161 del Reglamento, el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser **objetivas, razonables y congruentes** con el objeto de la convocatoria.

Asimismo, el citado artículo dispone en su numeral 161.2 que *“La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la **penalidad por mora**; asimismo, puede prever **otras penalidades** (...)”*. (El énfasis es agregado).

En esa medida, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la ***“penalidad por mora” en la ejecución de la prestación***; y, ii) ***“otras penalidades”***; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 162 y 163 del Reglamento, respectivamente.

Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o el retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo.

2.1.3 Ahora bien, en relación con la ***“penalidad por mora”*** es preciso mencionar que ésta tiene por finalidad incentivar al contratista a cumplir con los ***plazos*** establecidos en el contrato; por tanto, la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

¹ Cabe precisar que la normativa de contrataciones del Estado está conformada por la Ley, el Reglamento y las Disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

Adicionalmente a lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor².

Aplicación de la penalidad por mora.

2.1.4 Conociendo la naturaleza de la penalidad por mora es preciso referirnos a su fórmula de cálculo, la cual se encuentra establecida en el artículo 162 del Reglamento conforme a lo siguiente:

“162.1. 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:

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

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*

162.2. 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. (...).”

Como se observa, la penalidad por mora se aplica **de manera automática** ante el **retraso injustificado** del contratista en la ejecución de la prestación materia del contrato; para calcularse dicha penalidad se aplica una fórmula que determina la penalidad por cada día de atraso, fórmula que tiene en consideración el monto y plazo vigentes del contrato (o ítem) que debió ejecutarse o, **en el caso de contratos de ejecución periódica o con entregas parciales**, a la prestación individual que fuera materia de retraso.

Cabe precisar que por “retraso” la norma se refiere a cierta prestación que “*llegue o suceda más tarde del tiempo debido o acordado*”³. Por su parte, según criterio establecido en la Opinión N° 143-2019/DTN, dicho retraso se entenderá injustificado -para efectos de la aplicación de la penalidad por mora- cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

² OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Vol. VI. 5ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. Pág. 224.

³ Al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española, define el término “**retrasar**” en su primera acepción como “*Hacer que algo llegue o suceda más tarde del tiempo debido o acordado*”. (<https://dle.rae.es/retrasar>).

Por consiguiente, la penalidad por mora debe ser incorporada en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, y será aplicada siempre que el contratista incumpla injustificadamente con la prestación o las prestaciones a su cargo, según los plazos previstos en el contrato.

Asimismo, 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.

2.1.5 En relación con lo anterior, es preciso señalar que desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, éstos 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 partes⁴.

Así, en relación con los contratos “*de duración*”, el referido autor señala que éstos se clasifican a su vez en contratos de “*ejecución continuada*” y de “*ejecución periódica*”, siendo que un contrato es de “*ejecución continuada*” cuando “*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)*”, y es 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)*”.⁵

Adicionalmente, De La Puente y Lavalle⁶ precisa 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. (...)*”.

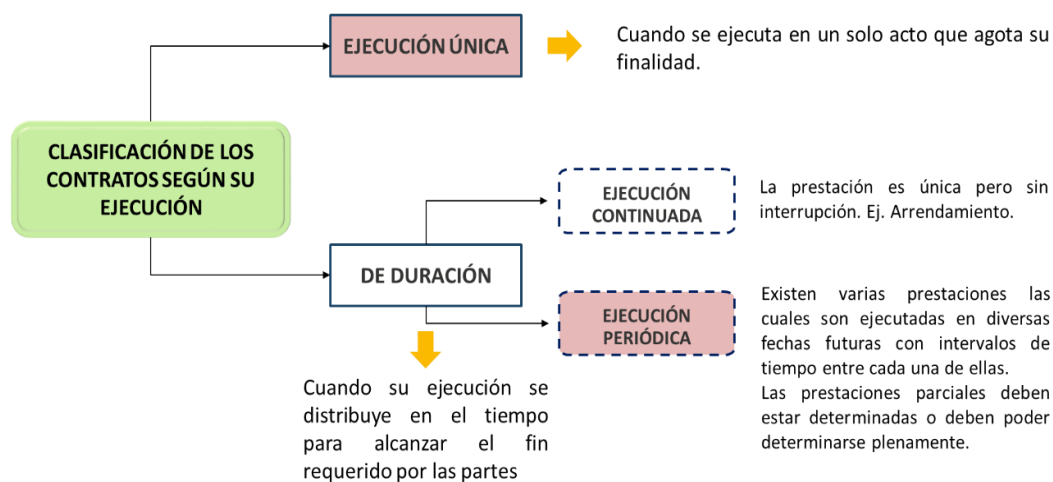
En ese sentido, y conforme a la definición indicada en la Opinión N° 089-2019/DTN, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones, las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de

⁴ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.

⁵ Ídem, pág. 431.

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*, Tomo I, Lima: Palestra Editores S.R.L., segunda edición, 2003, pág. 184.

tiempo entre cada una de ellas. Para mayor detalle puede revisarse el siguiente gráfico:



Ahora bien, según De La Puente y Lavalle⁷, las “*prestaciones parciales*” están referidas a las **diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar en el tiempo durante el trámite de un contrato de ejecución periódica**, precisando que en este tipo de contratos el contratista deberá efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.

Asimismo, las prestaciones parciales **deben estar determinadas o deben poder determinarse indubitablemente, pues solamente así puede efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, vale decir, los pagos parciales correspondientes**. De esta manera, si no es posible determinar la prestación parcial, no puede realizarse el pago parcial respectivo, y en consecuencia no podrá conocerse el monto de la referida prestación parcial.

Así, tanto el plazo como el monto de la prestación parcial deben encontrarse definidos en el contrato o deben poder ser indubitablemente definidos a partir de éste, el cual está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como por los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Como se observa, para la aplicación de la fórmula de penalidad diaria prevista en el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento, la Entidad debe emplear tanto el “*monto*” como el “*plazo*” del contrato o del ítem, **salvo en los contratos que involucren obligaciones de “ejecución periódica” o “entregas parciales”**, en los cuales dicho cálculo debe realizarse tomando en consideración **el plazo y el monto** de la **prestación individual materia de retraso**.

Aplicación de la penalidad por mora en contratos con entregas parciales.

⁷ Ídem, pág. 184.

2.1.6 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 en un contrato de ejecución única existan entregas parciales, conforme al criterio establecido en la Opinión N° 103-2019/DTN.

Así, conforme al ejemplo establecido en la referida opinión, 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 sólo será lograda en la medida en que se entregue el documento final, esto es, el expediente técnico de obra.

En ese sentido, el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, da lugar a la aplicación automática de la penalidad por mora. Cuando se trate de un contrato de ejecución única, como por ejemplo la consultoría de obra para la elaboración de expediente técnico de obra, es probable que dicho contrato –sin perjuicio de la penalidad que corresponda por el retraso en la ejecución de la prestación única- prevea la obligación de realizar entregas parciales; en tal caso, a efectos de aplicar automáticamente penalidades por el retraso de cada una éstas, es necesario que tanto sus plazos como sus montos estén definidos en el contrato⁸.

Aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora (“otras penalidades”).

2.1.7 Ahora bien, teniendo claros los conceptos previamente desarrollados, debe señalarse que el numeral 163.1 del artículo 163 del Reglamento precisa que se pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora –regulada en el artículo 162 del Reglamento-; es decir, contempla la posibilidad de establecer en los documentos del procedimiento de selección “*otras penalidades*”, siempre y cuando sean “*objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, 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, se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de “*otras penalidades*”, distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la

⁸ En este extremo 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*”.

contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

2.2 “Considerando que toda prestación es susceptible de incumplimientos o de presentar deficiencias durante su ejecución, ¿discrecionalmente o por otra razón, la Entidad puede aplicar supletoriamente penalidades por mora a pesar de que no se configuraría un retraso en la ejecución de la prestación, o aplicar otras penalidades ante estos incumplimientos o deficiencias, a pesar de no estar contempladas contractualmente?”

2.2.1 Al respecto, debe reiterarse que la aplicación de la penalidad por mora se produce ante el retraso injustificado en la ejecución de prestación o las prestaciones objeto del contrato, dicho retraso se configura cuando el contratista no cumple *–de manera injustificada–* con su obligación dentro del plazo establecido.

Por tanto, la **“penalidad por mora”** debe incorporarse en todos los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, y debe ser aplicada *–de forma automática–* cuando el contratista incumpla injustificadamente⁹ con las prestaciones a su cargo en el plazo previsto en el contrato.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que 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 respecto del monto y plazo del contrato vigente o ítem 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 retraso¹⁰.

2.2.2 Por otro lado, la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de **“otras penalidades”**, distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

⁹ Tal como se ha indicado previamente, de acuerdo con la Opinión N° 143-2019/DTN, el retraso en la prestación se entenderá **injustificado** *-para efectos de la aplicación de la penalidad por mora-* cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

¹⁰ Dichas variables, “monto” y “plazo”, deberán estar contemplados en el contrato o deberán poder definirse indubitadamente a partir de él.

Este último tipo de penalidades, como se ha indicado, debe aplicarse a supuestos distintos al retraso injustificado previsto en el artículo 162 del Reglamento.

2.3 “Si la respuesta de la consulta anterior es negativa, se pregunta si ¿Aplicar otras penalidades utilizando supletoriamente las fórmulas de cálculo de penalidades por mora, a situaciones de incumplimiento o deficiencias que no fueron determinadas como otras penalidades, y a pesar de no estar contractualmente en los términos de referencia o bases del procedimiento de selección, configuraría una transgresión a la normativa de contrataciones del Estado?” (Sic.).

- 2.3.1 Al respecto, debe reiterarse 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 ese sentido, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar si se ha contemplado y/o aplicado correctamente una penalidad en el marco de un contrato en particular; aspecto que debe ser analizado y definido a partir de los elementos propios del caso.

Sin perjuicio de ello, es importante recalcar que la aplicación de la penalidad por mora se produce ante el retraso injustificado en la ejecución de prestación o las prestaciones objeto del contrato, dicho retraso se configura cuando el contratista no cumple *–de manera injustificada–* con su obligación dentro del plazo establecido.

Por su parte, las penalidades distintas a la penalidad por mora (“*otras penalidades*”) se aplican a supuestos distintos al retraso injustificado previsto en el artículo 162 del Reglamento, debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación *-los cuales, como ya se mencionó, deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento-* iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La aplicación de la penalidad por mora se produce ante el retraso injustificado en la ejecución de la prestación o las prestaciones objeto del contrato, dicho retraso se configura cuando el contratista no cumple *–de manera injustificada–* con su obligación dentro del plazo establecido.
- 3.2. 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 respecto del 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. Dichas variables, “monto” y “plazo”, deberán estar contempladas en el contrato o deberán poder definirse indubitadamente a partir de él.

- 3.3. Las penalidades distintas a la penalidad por mora (“*otras penalidades*”) se aplican a supuestos distintos al retraso injustificado previsto en el artículo 162 del Reglamento, debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación *-los cuales, como ya se mencionó, deben ser diferentes al retraso injustificado o mora previsto en el artículo 162 del Reglamento-* iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.

Jesús María, 29 de noviembre de 2021



Firmado digitalmente por FLORES
MONTROYA Carla Gabriela FAU
20419026809 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 30.11.2021 12:15:05 -05:00

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RMPP/.