

**PERÚ**Agencia de Compras de
las Fuerzas ArmadasOFICINA DE ASESORIA
JURIDICA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Al : **ROSA MARCELA PRIETO GÓMEZ**
SECRETARIA GENERAL
SECRETARIA GENERAL

Asunto : Opinión Legal sobre la aplicación de penalidades y garantía de fiel cumplimiento en los procesos de contratación en el Mercado Extranjero

Referencia : a) Proveído N° 001980-2021-SG-ACFFAA del 23/09/2021
b) Carta 025-23092021/2021 del 23/09/2021

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en relación a lo señalado los documentos de la referencia, para informarle lo siguiente:

I. Antecedentes

- 1.1. Mediante el documento de la referencia a), la Secretaría General remite el documento de la referencia b), a través del cual la empresa ALGUNS LTD. solicita opinión legal sobre la oportunidad del cobro de penalidades y ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de contratación en el Mercado Extranjero.

II. Análisis

- 2.1. Mediante Decreto Legislativo N° 1128, se crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, como organismo público ejecutor adscrito al Ministerio de Defensa, encargada de planificar, organizar y ejecutar el Plan Estratégico de Compras del Sector Defensa, así como los procesos de contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías a su cargo, en el mercado nacional y extranjero, que fortalezcan el planeamiento estratégico de compras y la adecuada ejecución de las contrataciones en el Sector Defensa.
- 2.2. Es necesario resaltar que las decisiones que se adopten en la ejecución de los procesos de contratación deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.
- 2.3. De manera previa, debe recalarse que las consultas que absuelve la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones en el Mercado Extranjero, planteadas sobre temas genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por consiguiente, a continuación, se analizará de forma genérica, el procedimiento para la aplicación de penalidades y la



*"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"*

ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de contratación en el Mercado Extranjero.

- 2.4. Una vez que se perfecciona el contrato, tanto el contratista como la Entidad se obligan a ejecutar las prestaciones pactadas en el dicho contrato; siendo el cumplimiento de tales prestaciones, en la forma y oportunidad establecidas, la situación esperada en el ámbito de la contratación pública. No obstante, dicha situación no siempre se verifica durante la fase de ejecución contractual, pues la configuración de determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, puede retrasar el cumplimiento de las obligaciones en el plazo establecido.
- 2.5. Al respecto, el literal a. del acápite 4 del Capítulo V "Ejecución Contractual" del Texto Actualizado del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001 - Versión 05, aprobado mediante Resolución de Secretaría General N° 002-2021-ACFFAA/SG, establece sobre la aplicación de penalidades: *"Las Bases del procedimiento de selección deberá prever necesariamente la penalidad por mora en la ejecución de la prestación y "Otras penalidades" en caso éstas hayan sido previstas en el requerimiento. Estos dos tipos de penalidades puede alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso del ítem, ítem paquete, tramo o etapa. En caso se supere el monto máximo de penalidad descrito, podrá resolverse el contrato. Iguales tratamientos tienen las penalidades en caso de prestaciones accesorias. El cálculo de la penalidad por mora se realiza de acuerdo a la fórmula contenida en el proyecto de contrato de las Bases Estandarizadas."*
- 2.6. Resulta pertinente indicar, a fin de identificar cuáles son medidas a adoptar durante la ejecución contractual, que existen diversas clasificaciones de contratos, entre las cuales se encuentran los contratos que se pueden ejecutar mediante entregas y pagos parciales; y los contratos de ejecución única.
- 2.7. En ese sentido, para la aplicación de penalidades se debe tomar en consideración la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá calcularse la penalidad tomando en consideración el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato que hubiese contemplado entregas y pagos parciales, el cálculo de la penalidad se debe realizar tomando en consideración sólo de la prestación materia de retraso, sin afectar a las demás prestaciones.
- 2.8. Respecto del procedimiento para la deducción de las penalidades, el literal b. del acápite mencionado líneas arriba, refiere que *"Esta penalidad será deducida de los pagos parciales a realizarse o de la liquidación final del contrato, según se haya convenido; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante, de la ejecución de garantía de fiel cumplimiento"*.
- 2.9. Por tanto, tal como se desarrolló respecto del cálculo de las penalidades, para la deducción de estas debe tomarse en consideración la naturaleza del contrato, por lo que en caso el contrato sea mediante entregas y pagos parciales, la deducción deberá realizarse del pago de cada entrega parcial en la que se haya configurado retraso, de la liquidación final o en caso exista



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

un monto faltante, se deducirá de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

- 2.10. Conforme se advierte de la normativa citada existe un orden de prelación para la deducción de penalidades, afectándose en el siguiente orden: del pago en cada entrega parcial o la liquidación final y solo si fuese necesario (por ejemplo, en caso exista un monto faltante por deducir), se afectará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.
- 2.11. Por otro lado, es preciso indicar que tal como lo establece la normativa en contratación pública (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), la cual es aplicable de forma supletoria en las contrataciones en el mercado extranjero, el cobro de la penalidad implica un retraso injustificado en la prestación, por tanto, se aplica: en caso el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo, o si la citada ampliación ha sido denegada por la Entidad, o cuando no se acredite que el hecho generador del retraso no es imputable al contratista.
- 2.12. Resulta importante resaltar que el Texto Actualizado del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero contempla la figura de la garantía de fiel cumplimiento, la misma que se solicita para la suscripción del contrato y cuya finalidad es asegurar el cumplimiento del íntegro de las obligaciones que forman parte del contrato, monto que asciende al 10% del monto contractual. Por lo que en caso exista algún incumplimiento del contratista, se podrá ejecutar la mencionada garantía.
- 2.13. Es preciso indicar que la garantía de fiel cumplimiento tiene una función resarcitoria, dado que su ejecución tiene la finalidad de indemnizar los daños sufridos por la Entidad como consecuencia del incumplimiento. En tal sentido mientras el contrato este en plena ejecución y no se haya vencido el plazo establecido para cumplir la prestación, o no exista vencimiento de la ampliación de plazo otorgada por la Entidad de darse el caso, o no exista falta de renovación de la garantía, o no exista una resolución contractual consentida, no es posible ejecutar la garantía.

III. Conclusiones

- 3.1. Por lo anteriormente expuesto, esta Oficina de Asesoría Jurídica, en el ámbito de su competencia, es de opinión que:
 - Tanto para la aplicación como para la deducción de penalidades se debe tomar en consideración la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá calcularse la penalidad tomando en consideración el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse. Asimismo, de tratarse de un contrato que hubiese contemplado entregas y pagos parciales, el cálculo de la penalidad se deberá realizar tomando en consideración la prestación parcial materia de retraso, sin afectar a las demás prestaciones parciales.
 - El Texto Actualizado del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero ha contemplado un orden de prelación para la deducción de las penalidades, afectándose en el siguiente orden: del pago en cada entrega parcial o de la liquidación final y sólo en caso sea necesario,



PERÚ

Agencia de Compras de
las Fuerzas Armadas

OFICINA DE ASESORIA
JURIDICA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"

"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

podrá afectarse del monto que resulte de la garantía de fiel cumplimiento.

- El cobro de la penalidad implica un retraso injustificado en la prestación, por tanto, se aplica: en caso el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo, o si la citada ampliación ha sido denegada por la Entidad, o cuando el contratista no haya podido acreditar que el hecho causante del retraso no le es imputable.
- Finalmente, respecto a la garantía de fiel cumplimiento, es preciso indicar que la misma tiene una función resarcitoria, dado que su ejecución tiene la finalidad de indemnizar los daños sufridos por la Entidad como consecuencia del incumplimiento. En tal sentido mientras el contrato este en plena ejecución y no se haya vencido el plazo establecido para cumplir la prestación, o no exista vencimiento de la ampliación de plazo otorgada por la Entidad de darse el caso, o no exista falta de renovación de la garantía, o no exista una resolución contractual consentida, no resulta viable ejecutar la misma.

Atentamente,
Firmado Digitalmente
HECTOR SALINAS ESPINOZA
JEFE DE LA OFICINA DE ASESORIA
JURÍDICA
OFICINA DE ASESORIA JURIDICA