



PERÚ

Agencia de Compras de
las Fuerzas Armadas

OFICINA DE ASESORIA
JURIDICA

*"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"*

Al : **FRANCISCO JAVIER REYES MALAVERRI**
SECRETARIO GENERAL
SECRETARIA GENERAL

Asunto : Sobre la aplicación de penalidades en los procesos de
contratación en el mercado extranjero

Referencia : a) Carta S/N del 08/02/2023
b) Informe N° 000016-2023-DEC-ACFFAA del 22/02/2023

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

I. Antecedentes

- 1.1. Mediante el documento de la referencia a), la empresa Korea Aerospace Industries Ltd solicita emitir pronunciamiento sobre la aplicación de penalidades en los procesos de contratación en el mercado extranjero del año 2015.
- 1.2. Mediante el documento de la referencia b), la Dirección de Ejecución de Contratos emite pronunciamiento sobre lo requerido por la precitada empresa.

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. De manera previa, debe recalcar 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.
- 2.3. Sin perjuicio de lo expuesto, se brindarán criterios de interpretación de alcance general que pueden emplear los usuarios de la normativa de contrataciones en el mercado extranjero para determinar la aplicación de la penalidad por mora.



- 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. Normativa aplicable a los procesos de contratación en el mercado extranjero al año 2015
- 2.5.1. Corresponde indicar que la finalidad de establecer 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, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.
- 2.5.2. Ahora bien mediante Resolución Jefatural N° 032-2015-ACFFAA, se aprobó el Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero, el cual señala en la acápite 3 del Capítulo IV, sobre la aplicación de penalidades que, la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, en caso de haber sido considerado en las Bases y pactado en el contrato, podrá aplicarse al contratista, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo o etapa
- 2.5.3. Dado que la normativa en el mercado extranjero vigente al 2015, no desarrolla de manera amplia las cuestiones sobre la aplicación de penalidades por mora, resulta necesario remitirnos al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 350-2015-EF, vigente a dicho año, el cual ha previsto el artículo 133, el uso de una fórmula que debe utilizarse para calcular el monto de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista. Dicha fórmula considera como elementos del cálculo al monto y al plazo, precisándose que *"Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso."*
- 2.5.4. 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 ejecución única, entendidos como aquellos que se ejecutan en un solo acto que agota su finalidad; y en contratos de duración, que son aquellos cuya ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes. A su vez, los contratos de duración se subdividen en contratos de ejecución continuada y contratos de ejecución periódica, en



PERÚ

Agencia de Compras de
las Fuerzas Armadas

OFICINA DE ASESORIA
JURIDICA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

los cuales existen varias prestaciones, que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes.

- 2.5.5. En ese sentido, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones parciales¹ que son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.
- 2.6. Por otro lado, corresponde indicar que las adendas no solo implica la modificación de las prestaciones/condiciones originalmente pactadas en el contrato, sino que con ello también podría modificarse el monto del contrato, por lo que resulta posible que, en el momento que se produzca un retraso, el monto vigente del contrato ya no sea el originalmente previsto sino el monto resultante luego modificaciones.
- 2.7. En ese sentido, a efectos de la aplicación de la penalidad por mora, debe tenerse en cuenta el monto vigente del contrato al momento en que se produce el atraso.

III. Conclusiones y Recomendaciones

- 3.1. Por lo anteriormente expuesto, esta Oficina de Asesoría Jurídica, en el ámbito de su competencia, señala que la normativa en materia de contrataciones en el mercado extranjero vigente al 2015 sobre la aplicación de penalidades por mora, establece que, en caso de haber sido considerado en las Bases y pactado en el contrato, podrá aplicarse al contratista, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo o etapa
- 3.2. Asimismo, tomando en consideración de forma supletoria lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado al 2015, los elementos a considerar en la penalidad por mora son el monto y plazo vigente, y que tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.
- 3.3. A efectos de la aplicación de la penalidad por mora, debe tenerse en cuenta el monto vigente del contrato al momento en que se produce el atraso.

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

¹ Según De La Puente y Lavallo, las "prestaciones parciales" están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deben realizar en el tiempo durante la ejecución de un contrato de ejecución periódica, precisando que en este tipo de contratos el contratista debe efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.