

OPINIÓN N° 003-2024/DTN

Solicitante: A&B Productos Agropecuarios S.A.C.
Asunto: Penalidades
Referencia: Formulario S/N de fecha 21.DIC.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Claudia Lucía Llamas Barbarán, Apoderada de la Empresa A & B Productos Agropecuarios S.A.C., formula varias consultas sobre el límite máximo de las penalidades del contrato de acuerdo con lo establecido en 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 la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“En el caso de contratos de ejecución periódica o entregas parciales, cual monto se debe considerar para establecer el monto máximo equivalente al diez por ciento (10%), el monto total del contrato vigente o el monto total de la prestación individual que fuera materia de retraso” (Sic.).*

2.1.1. De manera preliminar, debe indicarse que, en relación con la ejecución de los contratos,

—de acuerdo con lo desarrollado en la doctrina¹— estos se clasifican en contratos “de duración”, que son aquellos cuya ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes, y en contratos de “ejecución única”, entendidos como aquellos que agotan su finalidad con la ejecución de un solo acto.

2.1.2. Así, en relación con los contratos “de duración”, debe indicarse que estos, a su vez, se subdividen en contratos de “ejecución continuada” y contratos de “ejecución periódica”. En los contratos de ejecución continuada la prestación es única y sin interrupción, mientras que, en los contratos de ejecución periódica, existen varias prestaciones que se presentan en fechas establecidas, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes².

En relación con los contratos de ejecución periódica, De La Puente y Lavalle 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. (...)*”³.

De esta forma, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones parciales las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalo de tiempo entre cada una de ellas.

Por otro lado, y citando nuevamente a De La Puente y Lavalle, las “prestaciones parciales”, están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deben realizar de forma continuada en el tiempo, durante el trámite de un contrato⁴.

Así, en estos contratos, tanto el plazo como el monto de la prestación parcial deben estar determinadas, o, deben poder ser determinadas plenamente a partir del contrato, pues solo de esa forma pueden efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, es decir, los pagos parciales correspondientes a cada una de ellas.

2.1.3. Aclarado lo anterior, corresponde indicar que la normativa de contrataciones del Estado establece que el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar la aplicación de las penalidades previstas en el contrato, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

De esta forma, de conformidad con lo establecido en el artículo 161 del Reglamento las penalidades que pueden ser aplicadas al contratista debido al incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales son: la “**penalidad por mora**” y las “**otras penalidades**” distintas a la mora en la ejecución de las prestaciones.

¹ Es preciso aclarar que la normativa de contrataciones del Estado no ha desarrollado teoría ni doctrina en relación con la clasificación de los contratos según la forma en que estos se ejecutan. Este desarrollo ha sido objeto de extenso estudio de la doctrina de los contratos.

² Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires – Argentina, Ediciones: Juridicas Europa.América, pág. 429-430.

³ De La Puente y Lavalle, M. (2003) *El Contrato en general*, Tomo I, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., Segunda Edición, pág. 184.

⁴ Ídem, pág. 184.

2.1.4. Respecto de **la penalidad por mora**, debe indicarse que esta se aplica en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, automáticamente, por cada día de atraso, realizando el cálculo de acuerdo con 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”.

Sobre la fórmula para el cálculo de la penalidad por mora, el numeral 162.2 del artículo 162 del Reglamento establece que *“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**”* (el resaltado y subrayado son agregados).

2.1.5. Por otro lado, el artículo 163 del Reglamento establece que *“Los **documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162**, 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**”* (el resaltado y subrayado son agregados). Al respecto, el numeral 163.2 precisa que *“Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora”*.

Como es de verse, en el caso de las “otras penalidades”, estas **se aplican conforme se han establecido en el contrato**, esto es, (i) de acuerdo al supuesto de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, (ii) la forma de cálculo de la penalidad⁵ y (iii) el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

2.1.6. Ahora bien, el numeral 161.2 del referido dispositivo establece que *“Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada uno un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse”*.

Como puede apreciarse, el artículo 161 ya ha establecido expresamente que, tratándose de **contratos de ejecución periódica o contratos con entregas parciales**, en caso que el contratista incurra en un incumplimiento o retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a su cargo, la penalidad por mora se aplica en función del monto y plazo del ítem que debió ejecutarse, por otro lado, las “otras penalidades”, se aplicarán de acuerdo al supuesto, la forma de cálculo y el procedimiento de verificación

⁵ Así, sería posible que estas “otras penalidades” establezcan que la fórmula de cálculo pueda hacerse en función al monto del contrato vigente, o al monto de una prestación parcial o un entregable en particular.

establecidos en el contrato; así, **para cada tipo de penalidad, el límite para su aplicación es** del 10% del contrato vigente, o del ítem que debió ejecutarse, **según corresponda**.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento, en el caso de los contratos de ejecución periódica o contratos con entregas parciales, el límite máximo de la penalidad por mora es del 10% del ítem que debió ejecutarse, y el límite máximo de las “otras penalidades” es del 10% del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse, según corresponda, de acuerdo con lo establecido en el contrato.

2.2. *“La Entidad puede penalizar en el caso de contratos de ejecución periódica, montos mayores al 10% de dicha entrega parcial, aduciendo que el monto máximo de penalidades equivalente al 10% es sobre el monto total del contrato equivalente al 10% es sobre el monto total del contrato vigente mas no de la entrega parcial o individual materia de retraso”* (Sic.).

2.2.1. Como se indicó al absolver la consulta anterior, **en el marco de los contratos de ejecución periódica o contratos con entregas parciales**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 161, 162 y 163 del Reglamento, la penalidad por mora se aplica en función al monto y el plazo de la prestación individual que fuera materia de retraso, mientras que, en el caso de las otras penalidades, estas se calculan y se aplican de acuerdo como se haya establecido en el contrato.

2.2.2. Conforme al numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento los dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada uno **un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse**.

3. CONCLUSIONES

3.1. De conformidad con lo establecido en el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento, en el caso de los contratos de ejecución periódica o contratos con entregas parciales, el límite máximo de la penalidad por mora es del 10% del ítem que debió ejecutarse, y el límite máximo de las “otras penalidades” es del 10% del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse, según corresponda, de acuerdo con lo establecido en el contrato.

3.2. Conforme al numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento los dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada uno **un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse**.

Jesús María, 23 de enero de 2024

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa