

OPINIÓN N° 015-2024/DTN

Solicitante: Droguería JRS Meddev S.A.C.
Asunto: Penalidad por mora
Referencia: Formulario S/N de fecha 26.FEB.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de Droguería JRS Meddev S.A.C. señor José Carlos Rabanal Seminario, formula varias consultas sobre la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones en los contratos que derivan de los procedimientos de selección por contratación directa por la causal de situación de emergencia.

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. CONSULTAS¹ 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 las contrataciones realizadas en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Central mediante Decreto Supremo N° 08-2020-SA, ESSALUD y sus*

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que las consultas 5 y 6 no cumplen con los referidos requisitos, puesto que no son claras con lo que solicitan absolver y, en el caso que se refirieran a cómo aplicar la penalidad por mora en el contexto particular de un contrato, no cumplirían con ser formuladas en términos generales y referirse al sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado. En tal sentido, se atenderán las consultas que cumplen con los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE.

modificaciones concordante con el art. 27 literal b) de la LCE y el art. 100 literal b) de su Reglamento, para la adquisición de bienes, bajo el sistema de contratación A SUMA ALZADA y modalidad de ejecución LLAVE EN MANO (entrega, instalación y puesta en funcionamiento), en caso de atraso imputables al proveedor en la etapa de entrega del bien o instalación o puesta en funcionamiento para la aplicación de la penalidad por mora, el cobro será ¿Sobre el monto total del contrato o sobre la parte correspondiente a la prestación incumplida?” (Sic.).

- 2.1.1. De manera preliminar, debe reiterarse que el OSCE tiene competencia para desarrollar criterios de alcance general y absolver consultas sobre el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado y no sobre situaciones o casos particulares. En tal sentido, en vía de consulta, no puede determinarse de qué manera debe aplicarse la penalidad por mora en el marco de un contrato en particular.

En tal sentido, a continuación se brindarán alcances generales sobre la aplicación de la penalidad por mora de acuerdo con lo que establece la normativa de contrataciones del Estado sin hacer alusión a una contratación en particular. Se aclara que para definir la aplicación de los criterios vertidos en la presente Opinión deberá evaluarse previamente los elementos del caso concreto que sea materia de análisis.

- 2.1.2. Aclarado lo anterior, en principio, debe indicarse que el artículo 27 de la Ley establece una lista de supuestos en los cuales las Entidades se encuentran facultadas a emplear el procedimiento de contratación directa. Al respecto, debe señalarse que la contratación directa es un procedimiento de selección de naturaleza **excepcional y no competitiva**, que faculta a la Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor sin la necesidad de realizar determinadas actuaciones propias de los procedimientos de selección clásicos; siendo necesario precisar que dicha situación no enerva la obligación de la Entidad de cumplir—en el marco de los procesos de contratación que emplean la contratación directa— con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidas en la Ley el Reglamento para las fases de actuaciones preparatorias y de ejecución contractual².

Así, entre las causales de contratación directa previstas en el artículo 27 de la Ley, se encuentra la del literal b), la cual permite que, excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor “*Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud*”.

Sobre el particular, resulta pertinente indicar que el literal b) del artículo 100 del Reglamento establece los supuestos en los que se configura la situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley, siendo estos:

- “b.1.) Acontecimientos catastróficos, que son aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a una determinada comunidad.*
- b.2.) Situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaban la consecución de los fines del Estado.*
- b.3.) Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.*
- b.4.) Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia”.*

Al respecto, es importante añadir que el penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del Reglamento establece que:

² De conformidad con lo establecido en el numeral 102.2 del artículo 102 del Reglamento.

*“En dichas situaciones, la Entidad **contrata de manera inmediata** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, **sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma**. Como máximo, dentro del plazo de veinte (20) días hábiles **siguientes** de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, **la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados”***. (El resaltado y el subrayado son agregados).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que, cuando se configura la situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley, la Entidad se encuentra facultada a **contratar inmediatamente** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, con **la posibilidad de regularizar** aquella documentación a que se refiere el penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del reglamento; es decir, la contratación directa por situación de emergencia es el **único caso en el que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido** que la Entidad puede contratar antes de que se realicen las actuaciones antes referidas.

- 2.1.3. En relación con lo anterior, debe señalarse que, de manera excepcional, durante los años 2020 y 2021, a partir de la declaratoria de emergencia nacional a consecuencia del brote del COVID-19, el Gobierno Nacional emitió varias normas legales que permitían emplear el procedimiento de contratación directa por la causal de situación de emergencia **a determinadas entidades y para determinados requerimientos**, estableciendo un plazo de regularización máximo de treinta (30) días hábiles cuyo inicio se computaba de acuerdo con lo establecido en el —ya citado— artículo 100 del Reglamento.

Cabe precisar que, las normas legales excepcionales dictadas por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria de la emergencia nacional a consecuencia del brote del COVID-19, con excepción del plazo de regularización y solo para aquellas contrataciones realizadas por las Entidades y de aquellos objetos contractuales enlistados en dichas normas, no modificaban ningún aspecto relacionado con el cumplimiento de los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidas en la Ley y el Reglamento para las actuaciones preparatorias y la ejecución contractual de dichos contratos. Así, por ejemplo, durante la ejecución de dichos contratos, en caso de incumplimiento contractual, al contratista le eran aplicables las penalidades según lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.4. Teniendo en consideración lo señalado, debe indicarse que el artículo 161 del Reglamento 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. Así, el numeral 161.2 dispone que la Entidad, en los documentos del procedimiento de selección, prevé la aplicación de la penalidad por mora y, asimismo, puede prever otras penalidades³.

Como es de verse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161 del Reglamento, la penalidad

³ El numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento establece que ambos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

por mora siempre debe encontrarse en los documentos del procedimiento de selección por lo que es aplicable a todos los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, mientras que el establecimiento de “otras penalidades” es optativo para la Entidad, por lo que puede o no contemplarse en los documentos del procedimiento de selección, es decir, de manera previa a la fase de ejecución contractual⁴.

Así, respecto de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, el artículo 162 del Reglamento establece que:

“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:

Penalidad diaria = 0.10 x monto vigente F x 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.

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 advierte, la penalidad por mora se aplica automáticamente ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación materia del contrato, para el cálculo de la penalidad se aplica la fórmula prevista en el artículo 162 del Reglamento, la cual tiene en consideración el monto y plazo vigentes del contrato o del ítem que debió ejecutarse, o en caso que de contratos de ejecución periódica o contratos con entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso.

2.1.5. Sobre este punto es pertinente señalar que, de acuerdo con lo desarrollado en la doctrina de los contratos, estos pueden ser clasificados en contratos de “*ejecución única*” y contratos “*de duración*”.

Así, Messineo (1952) 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 partes⁵. Por otro lado, respecto de los contratos “*de duración*”, señala que estos se clasifican a su vez en contrato 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)*”⁶.

⁴ En concordancia con el criterio desarrollado en la Opinión N° 079-2014/DTN.

⁵ MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas EuropaAmérica, 1952, pág. 429-430.

⁶ Ídem, pág. 431.

En adición, De La Puente y Lavalle (2003) 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. (...)*”⁷.

En ese sentido, y conforme al criterio contenido en diversas opiniones⁸ emitidas por el OSCE, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

2.1.6. Por otro lado, De La Puente y Lavalle señala que las “*prestaciones parciales*” están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deben realizar en el tiempo durante el trámite de un contrato de ejecución periódica; asimismo, las prestaciones parciales deben estar determinadas o deben poder determinarse plenamente, pues solamente así puede efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, es decir, los pagos parciales correspondientes a éstas. Dicho de otro modo, si no es posible determinar la prestación parcial, no puede realizarse el pago parcial respectivo y, en consecuencia, no puede conocerse el monto de la referida prestación parcial.

Es así que, **tanto el plazo como el monto de la prestación parcial deben encontrarse definidos en el contrato o deben poder ser definidos a partir de este**, considerando que este se encuentra conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establecen reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establecen obligaciones para las partes.

2.1.7. Como es de verse, para la aplicación de la fórmula de la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento, la Entidad debe emplear tanto el monto como el plazo del contrato o del ítem que debió ejecutarse, o en el caso de contratos que involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, el monto y el plazo de la prestación individual que fuera materia de retraso.

Por lo expuesto, se concluye que, en el marco de aquellos contratos que derivaron de procedimientos de selección de contratación directa por la causal de situación de emergencia previsto en el literal b) del artículo 27 de la Ley, realizados durante el estado de emergencia declarada por el Gobierno Nacional para afrontar la pandemia ocasionada por el COVID-19, en el caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicaba automáticamente la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento, aplicando la fórmula establecida en dicho dispositivo, debiendo emplear el monto y plazo del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse, o en caso de que se tratase de un contrato que involucrara obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales — considerando los criterios desarrollados en los numerales 2.1.5 y 2.1.6 de la presente opinión respecto de lo que se entiende por prestaciones parciales—, el monto y plazo de la prestación individual que fuera materia de retraso.

2.2. “En las contrataciones realizadas en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Central mediante Decreto Supremo N° 08-2020-SA, ESSALUD y sus modificaciones concordante con el art. 27 literal b) de la LCE y el art. 100 literal b) de su Reglamento, que fueron materia de regularización, para la adquisición de bienes, bajo el sistema de contratación a SUMA ALZADA y modalidad de ejecución LLAVE EN MANO

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general, Tomo I, Lima: Palestra Editores S.R.L., segunda edición, 2003, pág. 184.

⁸ Como por ejemplo, la Opinión N° 089-2019/DTN y la Opinión N° 028-2021/DTN.

(entrega, instalación y puesta en funcionamiento) en los que no se han detallado en el contrato u documentos que lo integran el plazo y/u monto de las prestaciones individuales, en caso de atraso imputables al proveedor en la etapa de entrega del bien o instalación o puesta en funcionamiento ¿Es posible aplicar la fórmula para la penalidad por mora prevista en el artículo 162° numeral 162.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?” (Sic.).

Como se indicó anteriormente, el OSCE, en vía de opinión, no puede emitir pronunciamiento respecto de un caso concreto; por tal motivo, este Organismo Técnico Especializado no puede definir si un contrato en particular es de ejecución única o continuada, o si involucra prestaciones de ejecución periódica o entregas parciales, para efectos de determinar cómo debe aplicarse la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento.

Sin embargo, como se señaló al absolver la consulta anterior, en el marco de aquellos contratos que derivaron de procedimientos de selección de contratación directa por la causal de situación de emergencia previsto en el literal b) del artículo 27 de la Ley, realizados durante el estado de emergencia declarada por el Gobierno Nacional para afrontar la pandemia ocasionada por el COVID-19, en el caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicaba automáticamente la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento, aplicando la fórmula establecida en dicho dispositivo, debiendo emplear el monto y plazo del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse, o en caso de que se tratase de un contrato que involucrara obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales —considerando los criterios desarrollados en los numerales 2.1.5 y 2.1.6 de la presente opinión respecto de lo que se entiende por prestaciones parciales—, el monto y plazo de la prestación individual que fuera materia de retraso.

Cabe mencionar que de no haber monto y plazo de la prestación individual la aplicación de la penalidad se realizará aplicando la fórmula establecida en el artículo 162 del Reglamento, empleando el monto y plazo del contrato vigente.

2.3. “En las contrataciones realizadas en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Central mediante Decreto Supremo N° 08-2020-SA, ESSALUD y modificatoria concordante con el art. 27 literal b) de la LCE y el art. 100 literal b) de su Reglamento, que no fueron materia de regularización, para la adquisición de bienes, bajo el sistema de contratación A SUMA ALZADA y modalidad de ejecución LLAVE EN MANO (entrega, instalación y puesta en funcionamiento) en los que no se han detallado en el contrato u documentos que lo integran el plazo y/u el monto de las prestaciones individuales, en caso de atraso imputables al proveedor en la etapa de entrega del bien o instalación o puesta en funcionamiento ¿Es posible aplicar la fórmula para la penalidad por mora prevista en el artículo 162° numeral 162.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?” (Sic.).

2.3.1. Como se indicó anteriormente, la contratación directa por situación de emergencia constituye una excepción a la regla, puesto que la Ley, de manera expresa, habilita a la Entidad a formar el acuerdo, es decir, **a contratar**, sin ceñirse a los requisitos que ordinariamente exige la normativa de contrataciones del Estado para tales efectos, con la obligación a regularizar las actuaciones pendientes de acuerdo con lo que señala el artículo 100 del Reglamento. Así, es posible afirmar que, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existe desde el momento en que concurra, de un lado, la voluntad del proveedor (oferta) y, de otro, la aceptación de la Entidad, no siendo necesario que se observe en ese momento —el momento en que tiene lugar el acuerdo— los requisitos formales que “de manera ordinaria” exige la normativa de contrataciones del Estado⁹.

Es así que, en el marco de la contratación directa por situación de emergencia, la “regularización” es solo una formalización o legalización del contrato ya celebrado; es decir,

⁹ A mayor abundamiento, se recomienda revisar las Opiniones N° 045-2022/DTN, N° 084-2022/DTN, entre otras.

en la contratación directa por situación de emergencia, la existencia del contrato no depende de la regularización que la Entidad debe realizar, conforme lo establecido en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

- 2.3.2. Así las cosas, considerando que los contratos derivados de procedimientos de selección de contratación directa por la causal de situación de emergencia previsto en el literal b) del artículo 27 de la Ley, realizados durante el estado de emergencia declarada por el Gobierno Nacional para afrontar la pandemia ocasionada por el COVID-19, existían incluso cuando se encuentre pendiente la regularización de aquella información y documentación señalada en el artículo 100 del Reglamento; frente al retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicaba automáticamente la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento.
- 2.3.3. Cabe mencionar que de no haber monto y plazo de la prestación individual la aplicación de la penalidad se realizará aplicando la fórmula establecida en el artículo 162 del Reglamento, empleando el monto y plazo del contrato vigente.
- 2.4. *“En las contrataciones realizadas en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Central mediante Decreto Supremo N° 08-2020-SA, ESSALUD y modificatoria, que no fueron materia de regularización, para la adquisición de bienes, bajo el sistema de contratación A SUMA ALZADA y modalidad de ejecución LLAVE EN MANO (entrega, instalación y puesta en funcionamiento), en los que no se ha establecido en la orden de compra la aplicación de penalidades (mora u otras penalidades) ¿Es posible aplicar las penalidades previstas en el artículo 162° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?” (Sic.).*
- 2.4.1. Como se indicó al absolver la primera consulta, el artículo 161 del Reglamento establece que la penalidad por mora siempre debe encontrarse en los documentos del procedimiento de selección por lo que es aplicable a todos los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, mientras que el establecimiento de “otras penalidades” es optativo para la Entidad, por lo que puede o no contemplarse en los documentos del procedimiento de selección, es decir, de manera previa a la fase de ejecución contractual¹⁰.
- 2.4.2. En ese sentido, en el contexto de aquellos contratos celebrados durante el estado de emergencia declarada por el Gobierno Nacional para afrontar la pandemia ocasionada por el COVID-19, derivados de procedimientos de selección de contratación directa por la causal de situación de emergencia previsto en el literal b) del artículo 27 de la Ley, aun cuando se encuentre pendiente la regularización de aquella información y documentación señalada en el artículo 100 del Reglamento, frente al retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicaba automáticamente la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento; por otro lado, de conformidad con lo establecido en el artículo 163 del Reglamento, las “otras penalidades” solo podrían ser aplicables si hubiesen sido previstas o puestas en conocimiento hasta antes del acuerdo entre la Entidad y el contratista.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de aquellos contratos que derivaron de procedimientos de selección de contratación directa por la causal de situación de emergencia previsto en el literal b) del artículo 27 de la Ley, realizados durante el estado de emergencia declarada por el Gobierno Nacional para afrontar la pandemia ocasionada por el COVID-19, en el caso de retraso injustificado del

¹⁰ Al respecto, debe indicarse que el artículo 163 del Reglamento establece que los documentos del procedimiento de selección **pueden** establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162 del Reglamento, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; para tales efectos, en las bases se debe establecer el supuesto de aplicación de penalidad, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicaba automáticamente la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento, aplicando la fórmula establecida en dicho dispositivo, debiendo emplear el monto y plazo del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse, o en caso de que se tratase de un contrato que involucrara obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales —considerando los criterios desarrollados en los numerales 2.1.5 y 2.1.6 de la presente opinión respecto de lo que se entiende por prestaciones parciales—, el monto y plazo de la prestación individual que fuera materia de retraso.

- 3.2. Considerando que los contratos derivados de procedimientos de selección de contratación directa por la causal de situación de emergencia previsto en el literal b) del artículo 27 de la Ley, realizados durante el estado de emergencia declarada por el Gobierno Nacional para afrontar la pandemia ocasionada por el COVID-19, existían incluso cuando se encuentre pendiente la regularización de aquella información y documentación señalada en el artículo 100 del Reglamento; frente al retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicaba automáticamente la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento.
- 3.3. En el contexto de aquellos contratos celebrados durante el estado de emergencia declarada por el Gobierno Nacional para afrontar la pandemia ocasionada por el COVID-19, derivados de procedimientos de selección de contratación directa por la causal de situación de emergencia previsto en el literal b) del artículo 27 de la Ley, aun cuando se encuentre pendiente la regularización de aquella información y documentación señalada en el artículo 100 del Reglamento, frente al retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicaba automáticamente la penalidad por mora prevista en el artículo 162 del Reglamento; por otro lado, de conformidad con lo establecido en el artículo 163 del Reglamento, las “otras penalidades” solo podrían ser aplicables si hubiesen sido previstas o puestas en conocimiento hasta antes del acuerdo entre la Entidad y el contratista.

Jesús María, 14 de marzo de 2024

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS