

OPINIÓN N° 030-2024/DTN

Solicitante: Programa Nacional de Saneamiento Urbano - PNSU

Asunto: Aplicación de penalidad bajo la modalidad de concurso oferta

Referencia: Formulario S/N de fecha 09.ABR.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Néstor Alfonso Supanta Velásquez, Director Ejecutivo del Programa Nacional de Saneamiento Urbano – PNSU, formula varias consultas relacionadas con la aplicación de la penalidad por mora en los contratos de obra bajo la modalidad concurso oferta.

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 en términos genéricos y vinculadas 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, Ley de Contrataciones del Estado modificada mediante Decreto Legislativo N°1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

¹ Realizadas mediante Decreto Supremo N°377-209-EF vigente desde el 15 de diciembre de 2019, Decreto Supremo N°168-2020-EF vigente desde el 01 de julio de 2020, Decreto Supremo N°250-2020-EF vigente desde el 05 de setiembre de 2020, el Decreto Supremo N°162-2021-EF vigente a partir del 12 de julio de 2021, el Decreto Supremo N°234-2022-EF vigente desde el 28 de octubre de 2022, y el Decreto Supremo N°051-2024-EF vigente desde el 14 de abril de 2024..

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 *“La consulta que se pretende remitir al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE, versa sobre los contratos de “Concurso Oferta”, cuya modalidad permite al postor ofertar la elaboración del expediente técnico, así como también la ejecución de la obra. Por ello, constan de dos (2) componentes bien delimitados*

¿Cómo se efectuaría el cálculo de las penalidades en los Contratos de Concurso Oferta? ¿Es como se aprecia en el cuadro?

CONCURSO OFERTA		
COMPONENTE (A + B)	Penalidad por mora	Otras penalidades
A) Elaboración de Expediente Técnico	Máximo 10%	Máximo 10%
B) Ejecución de Obra	Máximo 10%	Máximo 10%

- 2.1.1 Las prestaciones contenidas en los contratos celebrados al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado deben ser ejecutadas dentro del plazo pactado, pues, de no ser así, se le aplicará al contratista una penalidad diaria por mora o retraso injustificado.

El artículo 162 del Reglamento establece el modo en que debe calcularse esta penalidad diaria. Se trata fundamentalmente de aplicar la siguiente formula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

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: $F = 0.15$.

Como se aprecia, en la fórmula citada el factor “F” ya cuenta con un valor predeterminado que podrá variar según los criterios indicados en los literales a) y b). Ahora, en relación con los valores de los factores “monto” y “plazo”, el numeral 162.2 del artículo 162 establece lo siguiente: *“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 materia de retraso”*

Se puede desprender del texto normativo citado que el valor de los factores “monto” y “plazo” dependerá de la naturaleza del contrato del que se trate. Siendo así, es posible derivar las siguientes reglas:

- Si es un contrato cuya obligación consiste en cumplir con una prestación de ejecución única² se empleará el monto y plazo total del contrato o ítem que debió ejecutarse, a menos que dicho contrato de ejecución única contemple entregas parciales, en cuyo caso se empleará el plazo y monto previstos para estas entregas parciales (como indica el Reglamento, se considera “*la prestación individual materia de retraso*”).
- Si se trata de un contrato que involucra obligaciones de ejecución periódica³, se empleará el monto y plazo de la prestación parcial que correspondiese a dicho contrato de ejecución periódica.

Ahora, las reglas indicadas en las líneas precedentes están orientadas a determinar los valores aplicables para calcular la penalidad por mora diaria. ***Un aspecto distinto de ello es dilucidar cuál es el monto máximo que se puede acumular por dicha penalidad diaria.*** Sobre el particular, el numeral 161.3 del artículo 161 del Reglamento establece con claridad que el monto máximo que puede alcanzar la penalidad por mora (que se calcula en función de cada día de retraso), es de diez por ciento (10%) del monto del ***contrato vigente***, o de ser el caso, del ***ítem*** que debió ejecutarse.

Cabe precisar que, de acuerdo con el Anexo N°1 “Definiciones” del Reglamento, ***por contrato vigente*** se entiende al contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción de plazo, u otras modificaciones del contrato⁴.

En cuanto al ***término ítem***, el Reglamento hace referencia a aquellos contratos provenientes de procedimientos de selección por relación de ítems; de este modo, considerando que cada ítem constituía un procedimiento de selección independiente y, por tanto, cada uno constituía una relación jurídica independiente, si un mismo proveedor resultó ganador en más de un ítem, el monto máximo de la penalidad por mora aplicable debía determinarse en atención al monto total vigente del ítem cuyas prestaciones se hubieran afectado por el retraso injustificado.

2.1.2 Expuestas las ideas precedentes, corresponde dilucidar la cuestión de cómo se aplica la penalidad por mora en los contratos de obra bajo la modalidad de ejecución de concurso oferta.

De conformidad con el artículo 212 del Reglamento, las obras pueden ser contratadas bajo el esquema de diseño y construcción. Este sistema de entrega admite dos modalidades: i) Llave en mano que incluya la elaboración de expediente técnico, en donde se contrata la elaboración

² Desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos 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 partes. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.

³ MESSINEO señala que estaremos frente a un contrato 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, párrafo), o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono) (...)”. MESSINEO. Op.cit. pág. 431.

⁴ Un desarrollo más detallado del alcance del termino “contrato vigente” a efectos de la aplicación por mora, se puede encontrar en la Opinión N° 037-2020-DTN.

de dicho expediente, la ejecución de la obra y el equipamiento, mobiliario y montaje hasta la puesta en servicio; y (ii) Concurso Oferta, en donde se contrata la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra.

Ahora bien, como se puede apreciar, un contrato de obra bajo la modalidad de concurso oferta contempla dos obligaciones con prestaciones diferenciables y de ejecución sucesiva: 1) la elaboración del expediente técnico de obra; y 2) la ejecución de la obra, realizada de manera posterior y sobre la base de lo establecido en el expediente técnico⁵.

Como se trata de un contrato con dos obligaciones con prestaciones diferenciables ***el cálculo de la penalidad diaria*** deberá de realizarse diferenciando cada una de estas obligaciones; es decir, ante un retraso en la etapa de elaboración del expediente técnico se le aplicará la fórmula considerando el monto y plazo correspondiente a dicha etapa y lo propio deberá ocurrir ante un eventual retraso en la etapa de ejecución de la obra.

De este modo, si ocurriese un retraso en la etapa de elaboración del expediente técnico, al tratarse de un contrato de ejecución única, para ***el cálculo de la penalidad diaria***, deberá considerarse el monto y plazo total de la prestación correspondiente a la elaboración del expediente técnico y no los del contrato que incluye también la ejecución de la obra. Ahora, si para esta etapa de elaboración de expediente técnico se hubiesen contemplado entregas parciales, ante un eventual retraso en estas últimas, la penalidad se aplicará considerando el monto y plazo de dichas entregas parciales.

De similar manera, si ocurriese un retraso en la etapa de ejecución de obra, al tratarse también de un contrato de ejecución única, para ***el cálculo de la penalidad diaria***, deberá considerarse el monto y plazo total de la prestación correspondiente a la ejecución de la obra y no los del contrato que incluye también la elaboración del expediente técnico.

Ahora, como se indicó en el numeral precedente, distinta al cálculo de la penalidad por mora diaria es la cuestión del monto máximo acumulable por dicha penalidad; este es, en cualquier caso, el 10% del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse. De este modo, en el marco de una obra contratada bajo la modalidad concurso oferta, la penalidad por mora aplicada sobre un retraso en la etapa de elaboración del expediente técnico sumada con aquella aplicada sobre un retraso en la ejecución de la obra no podrá exceder el 10% del monto del contrato vigente, esto es, aquel que incluye ambas prestaciones.

2.2 ***“¿Cómo se deducen en este tipo de contratos la penalidad diaria, y el monto de la penalidad no debería superar el 10% de cada componente; o del monto del contrato total?”***

Como se anotó, en el marco de una obra contratada bajo la modalidad concurso oferta, si ocurriese un retraso en la etapa de elaboración del expediente técnico, al tratarse de un contrato de ejecución única, para ***el cálculo de la penalidad diaria***, deberá considerarse el monto y plazo total de la prestación correspondiente a la elaboración del expediente técnico y no los del contrato que incluye también la ejecución de la obra. Ahora, si para esta etapa de elaboración

⁵ Sobre el particular se puede añadir que estos contratos pueden asimilarse a lo que, en la doctrina civil, se denomina “contratos coligados o conexos”, los cuales “(...) son los constituidos por la yuxtaposición de varios contratos, distintos entre sí, que se unen para alcanzar una finalidad determinada.” DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general – Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores S.R.L. 2003, segunda edición, Tomo I, página 157.

de expediente técnico se hubiesen contemplado entregas parciales, ante un eventual retraso en estas últimas, la penalidad se aplicará considerando el monto y plazo de dichas entregas parciales.

De similar manera, si ocurriese un retraso en la etapa de ejecución de obra, al tratarse también de un contrato de ejecución única, para **el cálculo de la penalidad diaria**, deberá considerarse el monto y plazo total de la prestación correspondiente a la ejecución de la obra y no los del contrato que incluye también la elaboración del expediente técnico.

Como se indicó, distinta al cálculo de la penalidad diaria es la cuestión del monto máximo acumulable por dicha penalidad; este es, en cualquier caso, el 10% del monto del contrato vigente. De este modo, en el marco de una obra contratada bajo la modalidad concurso oferta, la penalidad por mora aplicada sobre un retraso en la etapa de elaboración del expediente técnico sumada con aquella aplicada sobre un retraso en la ejecución de la obra no podrá exceder el 10% del monto del contrato vigente, esto es, aquel que incluye ambas prestaciones.

2.3 *“Habida cuenta que los contratos de concurso oferta presentan dos componentes bien delimitados, correspondería que la DTN del OSCE, aclare si las penalidades por mora se deducirán como se aprecia en el cuadro; o, en defecto, se entienda que para ambos componentes la suma no debería superar el 10% del monto del contrato original.”*

Como se indicó, distinta al cálculo de la penalidad por mora diaria es la cuestión del monto máximo acumulable por dicha penalidad; este es, en cualquier caso, el 10% del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse. De este modo, en el marco de una obra contratada bajo la modalidad concurso oferta, la penalidad por mora aplicada sobre un retraso en la etapa de elaboración del expediente técnico sumada con aquella aplicada sobre un retraso en la ejecución de la obra no podrá exceder el 10% del monto del contrato vigente, esto es, aquel que incluye ambas prestaciones.

2.4 *“Asimismo, solicitamos que la DTN del OSCE aclare si el concepto “ítem o prestación parcial” es un equivalente a “componente” para efectos de aplicar la penalidad, en atención al tenor de la normativa”*

Como se indicó, en la aplicación del artículo 162 del Reglamento, el término “ítem” hace referencia a aquellos contratos provenientes de procedimientos de selección por relación de ítems; de este modo, considerando que cada ítem constituía un procedimiento de selección independiente y, por tanto, cada uno constituía una relación jurídica independiente, si un mismo proveedor resultó ganador en más de un ítem, el monto máximo de la penalidad por mora aplicable debía determinarse en atención al monto total vigente del ítem cuyas prestaciones se hubieran afectado por el retraso injustificado.

En cuanto al término “prestación parcial” hace referencia a las prestaciones que se ejecutan periódicamente en el marco de un contrato de ejecución periódica. En este caso, en caso de retraso injustificado en dichas prestaciones parciales, para calcular la penalidad diaria deberá considerarse el monto y plazo de dichas prestaciones parciales. No obstante, cabe aclarar que una cuestión distinta es el monto máximo que se puede acumular por aplicación de la penalidad por mora, este será de 10% del monto del contrato vigente.

Finalmente, cabe precisar que, para efectos de la aplicación de la penalidad por mora, la normativa de Contrataciones del Estado no considera un término o variable que denomine

“componente”; razón por la cual, esta Dirección no puede determinar si este implica, se encuentra implicado o es idéntico a los términos “prestación parcial” o “ítem”. Sin perjuicio de ello, en cuanto a la aplicación de la penalidad por mora en aquellos contratos de obra bajo la modalidad de concurso oferta, se deberá considerar lo indicado en el numeral 2.1.2 de la presente opinión.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el marco de un contrato bajo la modalidad concurso oferta, si ocurriese un retraso en la etapa de elaboración del expediente técnico, al tratarse de un contrato de ejecución única, para el cálculo de la penalidad diaria deberá considerarse el monto y plazo total de la prestación correspondiente a la elaboración del expediente técnico y no los del contrato que incluye también la ejecución de la obra. Ahora, si para esta etapa de elaboración de expediente técnico se hubiesen contemplado entregas parciales, ante un eventual retraso en estas últimas, la penalidad se aplicará considerando el monto y plazo de dichas entregas parciales.
- 3.2 En el marco de un contrato bajo la modalidad concurso oferta, si ocurriese un retraso en la etapa de ejecución de obra, al tratarse también de un contrato de ejecución única, para *el cálculo de la penalidad diaria*, deberá considerarse el monto y plazo total de la prestación correspondiente a la ejecución de la obra y no los del contrato que incluye también la elaboración del expediente técnico.
- 3.3 Distinta al cálculo de la penalidad por mora diaria es la cuestión del monto máximo acumulable por dicha penalidad; este es, en cualquier caso, el 10% del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse. De este modo, en el marco de una obra contratada bajo la modalidad concurso oferta, la penalidad por mora aplicada sobre un retraso en la etapa de elaboración del expediente técnico sumada con aquella aplicada sobre un retraso en la ejecución de la obra no podrá exceder el 10% del monto del contrato vigente, esto es, aquel que incluye ambas prestaciones.
- 3.4 Para efectos de la aplicación de la penalidad por mora, la normativa de Contrataciones del Estado no considera un término o variable que denomine “componente”; razón por la cual, esta Dirección no puede determinar si este implica, se encuentra implicado o es idéntico a los términos “prestación parcial” o “ítem”. Sin perjuicio de ello, en cuanto a la aplicación de la penalidad por mora en aquellos contratos de obra bajo la modalidad de concurso oferta, se deberá considerar lo indicado en el numeral 2.1.2 de la presente opinión.

Jesús María, 22 de mayo de 2024

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RVC