

OPINIÓN N° 039-2024/DTN

Solicitante: Programa Nacional de Conservación de Bosques para la Mitigación del Cambio Climático.

Asunto: Aplicación de la penalidad por mora

Referencia: Formulario S/N de fecha 06.MAY.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Claudia Elizabeth Bardales Cruz, Responsable de Logística del Programa Nacional de Conservación de Bosques para la Mitigación del Cambio Climático, consulta sobre la aplicación de la penalidad por mora en el contrato de arrendamiento de bienes.

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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N°30225 y sus modificatorias
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1 *“¿En el marco del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N°344-2018-EF, cuáles son los factores a aplicar para el cálculo de la penalidad por mora a contratos de duración de ejecución continuada, como es el caso de arrendamiento de inmuebles, por el retraso injustificado en la entrega del inmueble, considerando que, si bien la entrega del inmueble se realiza en un acto único, el pago que realiza la Entidad es de manera mensual?”. (Sic).*

2.1.1 En principio, es importante señalar que a continuación se desarrollarán aspectos generales relacionados a la aplicación de la penalidad por mora en los contratos de arrendamiento; en ese sentido, los criterios desarrollados en la presente opinión no necesariamente resultan

aplicables a la totalidad de los contratos de ejecución continuada, puesto que la aplicación dicha institución en este tipo de contratos debe analizarse teniendo en consideración las particularidades propias de cada objeto contractual.

- 2.1.2 Preciado lo anterior corresponder desarrollar algunos alcances respecto de la clasificación de los contratos desde la perspectiva de su ejecución. Así, de acuerdo con su ejecución los contratos se dividen en contratos de “**ejecución única**” y en contratos “**de duración**”.

Los contratos de ejecución única importan o suponen una sola ejecución; es decir, este tipo de contratos se agotan de manera instantánea con el cumplimiento de la prestación¹; no obstante, el agotamiento instantáneo en este tipo de contratos no significa que el contrato deba ejecutarse de manera inmediata, sino que su ejecución se realiza un solo acto que agota su finalidad, así por ejemplo el contrato de ejecución de obra constituye un contrato de ejecución única pues, si bien la actividad del contratista se dilata durante cierto periodo de tiempo para producir el resultado requerido, su ejecución sigue siendo instantánea, toda vez que su cumplimiento se produce cuando el contratista culmina la obra contratada².

Ahora bien, independientemente del agotamiento de su finalidad en un solo acto, es posible que los contratos de ejecución única sean ejecutados mediante entregas parciales. En efecto, cabe la posibilidad de que, en un contrato de ejecución única, como, por ejemplo, en un contrato de consultoría de obra consistente en la elaboración de un expediente técnico, se pacten entregas parciales en determinadas fechas establecidas de antemano. Esta circunstancia no altera la naturaleza del contrato, es decir, no cambia el hecho de que tal contrato sea de ejecución única, pues su finalidad solo será lograda en la medida en que se entregue el documento final, esto es, el expediente técnico de obra.

- 2.1.3 Por otro lado, los contratos “de duración” se subdividen en contratos de “ejecución periódica”, y contratos de “ejecución continuada”. En los contratos de ejecución periódica “(...) existen varias prestaciones (por regla general de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes”³; así pues, en este tipo de contratos “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. (...)”⁴; en otras palabras, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones parciales⁵ las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

¹ Osterling, F.; Castillo, M. (2018) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L, pág. 125.

² “(...) Aquí, el tiempo concierne a la producción del resultado, para lo que es necesario que la actividad del deudor se dilate durante cierto período de tiempo, y no a la ejecución que es, en cambio, instantánea; la duración actúa aquí en función del fin, no en función del tiempo (piénsese en el caso del contrato de obra por empresa, en el que el tiempo es necesario para que la obra ordenada se ejecute, pero donde, una vez lista la obra, la entrega se realiza un acto)” Mesinneo, F. *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 430.

³ Ídem. pág. 431.

⁴ De La Puente y Lavalle, M. (2003) *El Contrato en general*, Tomo I, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., Segunda Edición, pág. 184.

⁵ Según De La Puente y Lavalle, 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

Por su parte, en los contratos de ejecución continuada “*la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única, pero sin interrupción*”⁶; es decir, la ejecución de la prestación discurre a través del tiempo sin solución de continuidad⁷; en otras palabras, en este tipo de contratos existe una duración del cumplimiento o ejecución que sirve para satisfacer intereses sociales o económicos duraderos⁸, ejemplo de este tipo de contratos lo constituye el contrato de arrendamiento.

- 2.1.4 Realizadas las anotaciones anteriores y a propósito de la consulta formulada, corresponde desarrollar la aplicación de la penalidad por mora en el contrato de arrendamiento, para tales efectos en principio es necesario determinar qué se entiende por mora en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

Al respecto, al Anexo de definiciones del Reglamento establece que la mora es entendida como “*el retraso parcial o total, continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios en general, consultorías o ejecución de obras sujetos a cronograma y calendarios contenidos en los documentos del procedimiento de selección y/o contratos*”.

De la definición señalada se aprecia que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, **la mora es el retraso injustificado del contratista en el cumplimiento de la prestación materia de la contratación**; es decir, en la ejecución de la conducta destinada a la satisfacción de la finalidad pública en la oportunidad establecida en los documentos que conforman el contrato.

En ese sentido, para determinar el momento a partir del cual el contratista puede constituirse en mora, es necesario establecer **desde** cuándo es posible reclamar el efectivo cumplimiento de la prestación materia de la contratación; o, dicho de otro modo, desde cuándo la prestación deviene en exigible por haberse vencido el plazo para cumplir con el comportamiento esperado que habrá de satisfacer la finalidad pública del contrato; para tales efectos, será necesario conocer si la prestación es de ejecución única, periódica o continuada.

Así, por ejemplo, en un contrato de obra (contrato con prestación de ejecución única), el comportamiento esperado o prestación que satisfará la finalidad pública de la contratación es la culminación de la ejecución de los trabajos conforme a lo indicado en el expediente técnico de obra. De este modo, si llegada la fecha prevista en el contrato, se verificase que dichos trabajos no han culminado, se aplicará una penalidad por mora, en la medida de que dicho retraso sea injustificado

Por tanto, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, el contratista incurrirá en mora cuando no hubiese cumplido con ejecutar la prestación en el plazo establecido en el contrato, esto es, cuando no hubiese ejecutado la conducta que habrá de satisfacer la finalidad pública (hacer efectiva la entrega del bien, culminar con los trabajos de la obra o

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. Ídem, pág. 184.

⁶ Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones: Jurídicas Europa-América, pág. 431.

⁷ Osterling, F.; Castillo M. (2018) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L, pág. 125-126.

⁸ Torres, A. (2018) *Acto Jurídico*, Tomo I Lima-Perú, Jurista Editores E.I.R.L., Sexta Edición, pág. 836.

efectuar el servicio) en la oportunidad establecida en los documentos que conforman el contrato.

- 2.1.5 Ahora bien, en el contrato de arrendamiento de bienes en virtud del cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien a cambio de una renta convenida, la prestación a cargo del contratista consiste en entregar el bien materia del arrendamiento para que la Entidad contratante pueda hacer uso de él por determinado tiempo; en consecuencia, esta prestación satisfará la finalidad de la contratación, a partir del momento en que –de acuerdo con lo establecido en el contrato– el contratista efectúe la entrega del bien a la Entidad contratante a fin de que esta pueda usarlo. De este modo, **si llegado dicho momento la entrega del bien no se realiza, sino que es efectuada injustificadamente en un momento posterior, el contratista incurrirá en mora toda vez que no ha ejecutado la conducta esperada para satisfacer oportunamente la finalidad pública que subyace a la contratación.**

En este punto es importante señalar que la normativa de contrataciones del Estado sanciona el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones a su cargo con la aplicación automática de una penalidad por mora por cada día de atraso, la cual se calcula 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”*

Respecto de los valores del “monto” y “plazo” el numeral 162.2 del artículo 162 precisa 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”*.

Como se aprecia, la aplicación de la penalidad por mora depende del tipo de ejecución que presenta el contrato que sea materia de análisis. Así pues, si se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que siendo de ejecución única hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto (i) de las prestaciones parciales (para el caso de contratos de ejecución periódica) o (ii) de dichas entregas parciales (contratos de ejecución única). En caso se trate de un contrato cuya ejecución difiere de los señalados, como por ejemplo un contrato de ejecución única (que no contempla entregas parciales) o de ejecución continuada el cálculo de la penalidad debe efectuarse considerando el monto y plazo del contrato vigente que debió ejecutarse.

En ese sentido, cuando en los contratos de arrendamiento de bienes se verifique que el contratista incurra en un retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación a su cargo, la Entidad contratante deberá aplicarle automáticamente la penalidad por mora conforme a la fórmula prevista en el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento; considerando para ello el plazo y monto total del contrato vigente; cabe añadir que en este tipo de contratos el plazo vigente está determinado por el plazo de ejecución de la prestación previsto en el contrato, el cual excluye al plazo establecido para la entrega del

bien.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, el contratista incurrirá en mora cuando no hubiese cumplido con ejecutar la prestación en el plazo establecido en el contrato, esto es, cuando no hubiese ejecutado la conducta que habrá de satisfacer la finalidad pública (hacer efectiva la entrega del bien, culminar con los trabajos de la obra o efectuar el servicio) en la oportunidad establecida en los documentos que conforman el contrato.
- 3.2. Cuando en los contratos de arrendamiento de bienes se verifique el contratista incurra en un retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación a su cargo, la Entidad contratante deberá aplicarle automáticamente la penalidad por mora conforme a la fórmula prevista en el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento; considerando para ello el plazo y monto total del contrato vigente; cabe añadir que en este tipo de contratos el plazo vigente está determinado por el plazo de ejecución de la prestación previsto en el contrato, el cual excluye al plazo establecido para la entrega del bien

Jesús María, 18 de junio de 2024

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa

ZCH.