

OPINIÓN N° 043-2024/DTN

Solicitante: Renato Pinedo Arone
Asunto: Aplicación de penalidad por mora
Referencia: Formulario de solicitud de consulta recibido el 20.05.2024

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Renato Pinedo Arone formula varias consultas relacionadas con la aplicación de la penalidad por mora, en el marco de lo dispuesto por 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019 (en adelante, la “Ley”).
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019 (en adelante, el “Reglamento”).

Precisado lo anterior, corresponde anotar que las consultas formuladas son las siguientes:

¹ En atención a la competencia conferida a esta Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE “*Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la normativa de contrataciones del Estado*”, **advirtiéndose que de las cinco (5) consultas planteadas, la última de ellas no cumple con dichos requisitos, toda vez que no se encuentra referida a la interpretación general sobre el sentido y alcance de algún dispositivo de dicha normativa, sino que plantea un determinado supuesto a fin de que este despacho defina cómo debería aplicarse la penalidad por mora en dicho supuesto; análisis que excede las competencias conferidas por Ley a este despacho. Por tal motivo, dicha consulta no podrá ser absuelta en el marco de la presente opinión.**

2.1. ***“En el marco de los contratos de ejecución periódica, ¿debería la calificación de una prestación como "individual" basarse en sus características intrínsecas y no en la mera denominación asignada en las Bases Administrativas o Integradas o en el propio Contrato? En este sentido, ¿esta calificación se aplicaría exclusivamente a aquellas prestaciones cuya ejecución no guarde una relación directa o impacto sobre las demás prestaciones del contrato? Le agradecería confirmar esta interpretación”.***

2.1.1. De manera previa, es preciso indicar que las consultas que absuelve esta Dirección Técnico Normativa son aquellas formuladas de manera clara, genérica y referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado. En tal sentido la presente opinión tendrá por objeto precisar el alcance que tiene la expresión “prestación individual materia de retraso” ***en el marco de la aplicación de la penalidad por mora.***

Diferencia entre un contrato de ejecución única y uno de ejecución periódica

2.1.2. De acuerdo con lo señalado en diversas opiniones, el cálculo diario de la penalidad por mora aplicable a la prestación individual materia de retraso dependerá de la naturaleza del contrato, es decir, de si se trata de un contrato de ejecución única o uno de ejecución periódica. Por esta razón, reviste gran importancia diferenciar estos dos tipos de contratos.

En primer lugar, es preciso señalar que, desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se dividen en contratos de “ejecución única” y contratos “de duración”; así, Messineo² señala que un contrato será de “ejecución única” cuando éste se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad; por su parte, un contrato será “de duración” cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes.

Por ejemplo, un contrato de ejecución única en el marco de la normativa de contrataciones del Estado puede consistir en la elaboración de un Expediente Técnico de Obra. Así, independientemente que la Entidad decida, o no, dividir su ejecución en entregas parciales, la finalidad del contrato sólo se habrá cumplido cuando el contratista entregue y la Entidad obtenga el “producto final”, esto es, dicho expediente técnico.

Ahora bien, respecto de los contratos “de duración” cabe anotar que estos se subdividen en contratos de “ejecución continuada” y contratos de “ejecución periódica”. Por un lado, en los contratos de ejecución continuada “*la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única, pero sin interrupción*”³; es decir, la ejecución de la prestación discurre a través del tiempo sin solución de continuidad⁴; en otras palabras, en este tipo de contratos existe una duración del cumplimiento o ejecución que sirve para satisfacer intereses sociales o económicos duraderos⁵, ejemplo de este tipo de contratos lo constituye el contrato de arrendamiento.

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

³ Messineo, F. (1952) *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires-Argentina, Ediciones: Jurídicas Europa-América, pág. 431.

⁴ Osterling, F.; Castillo M. (2018) *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L, pág. 125-126.

⁵ Torres, A. (2018) *Acto Jurídico*, Tomo I Lima-Perú, Jurista Editores E.I.R.L., Sexta Edición, pág. 836.

Por su parte, en el contrato de ejecución periódica “(...) *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) (...)*”⁶.

Asimismo, De La Puente y Lavalle⁷ 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. (...)*”.

En tal sentido, 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.

- 2.1.3. Por su parte, según De La Puente y Lavalle⁸, las “*prestaciones parciales*” **están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar en el tiempo durante el trámite de un contrato de ejecución periódica**, precisando que en este tipo de contratos el contratista deberá efectuar *las mismas* prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.

Asimismo, las prestaciones parciales deben **estar determinadas o deben poder determinarse plenamente, pues solamente así puede efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, vale decir, los pagos parciales correspondientes.** De esta manera, si no es posible determinar la prestación parcial, no puede realizarse el pago parcial respectivo, y en consecuencia no podrá conocerse el monto de la referida prestación parcial.

De esta manera, tanto el plazo como el monto de la prestación parcial (en un contrato de ejecución periódica) deben encontrarse definidos en el contrato, el cual está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como por los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Los contratos de ejecución única pueden contemplar entregas parciales.

- 2.1.4. Teniendo clara la distinción entre un contrato de ejecución única y aquellos de ejecución periódica, es pertinente anotar que, en el marco de los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, **cabe la posibilidad de que en un contrato de ejecución única se haya pactado la ejecución de entregas parciales.**

⁶ Ídem, pág. 431.

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 Ídem, pág. 184.

Por ejemplo, cabe la posibilidad de que la Entidad, con la finalidad de asegurar la ejecución oportuna de un contrato de consultoría de obra, consistente en la elaboración de un expediente técnico, contemple que el contratista deberá entregar en determinadas fechas establecidas de antemano (en las bases) cada uno de los componentes que conforman el Expediente Técnico. En tal supuesto, la circunstancia de que se hubiesen contemplado tales entregas parciales no altera la naturaleza del contrato, es decir, **no cambia el hecho de que tal contrato de elaboración de expediente técnico sea un contrato de ejecución única**, pues la finalidad del contrato sólo será lograda en la medida en que se entregue el documento final, esto es, el expediente técnico de obra.

En suma, en los contratos de ejecución única, es una la prestación o conducta que habrá de satisfacer la finalidad pública de la contratación, la cual debe ejecutarse en el momento establecido en el contrato; no obstante, es posible que, como parte de la gestión del contrato, la entidad decida incorporar en los documentos del procedimiento de selección entregas parciales, esto es, actividades parciales (por ejemplo, entregas de cantidades parciales respecto de una cantidad total, entrega de avances parciales respecto de un documento que contiene un estudio final, entre otros) conducentes a garantizar la ejecución de la referida prestación de ejecución única.

Aplicación de la penalidad por mora

2.1.5. Ahora bien, en atención al tenor de la consulta planteada, que alude el término “prestación individual” a que se refiere el artículo 162 del Reglamento, que regula la aplicación de penalidad por mora, es importante señalar que según lo dispuesto en el numeral 162.1 del mencionado artículo, la penalidad por mora se aplica de manera automática por cada día de retraso y se calcula de acuerdo con la siguiente por fórmula:

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

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 descrita quedan claros los valores de “F”; ahora, respecto de los elementos “monto” y “plazo”, el numeral 162.2 del mismo artículo 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 materia de retraso”. (El énfasis es agregado).

Considerando lo desarrollado hasta este punto, del dispositivo citado debe entenderse que 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 de aquello que – ***a efectos de la mora***- se considera como *la prestación individual materia de retraso, la cual puede ser:* (i) la prestación parcial (para el caso de contratos de ejecución periódica) o (ii) la entrega parcial (contratos de ejecución única)⁹.

De esta manera, cuando ***en el marco de la aplicación de la penalidad por mora***, el artículo 162 del Reglamento emplea el término ***“prestación individual materia de retraso”*** hace referencia a las entregas parciales de los contratos de ejecución única o a las prestaciones parciales de los contratos de ejecución periódica.

2.2. *“En línea con lo anterior, se considera como prestación individual aquella que cuenta con una orden de compra individual y que es claramente identificable y distinguible de otras prestaciones dentro de un mismo contrato. ¿Es esta interpretación precisa?”.*

Como se anotó al absolver la consulta anterior, cuando en el marco de la aplicación de la penalidad por mora, el artículo 162 del Reglamento emplea el término ***“prestación individual materia de retraso”*** hace referencia a las entregas parciales de los contratos de ejecución única o a las prestaciones parciales de los contratos de ejecución periódica.

Precisado lo anterior, cabe anotar que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto qué elementos o condiciones de la prestación materia de retraso, en el marco de una contratación, deben concurrir necesariamente a fin de individualizarla respecto de las demás prestaciones que integran dicha contratación; sin perjuicio de ello, debe indicarse que a fin de aplicar la penalidad por mora, conforme a lo dispuesto en el numeral 162.2 del Reglamento, deben identificarse en el contrato el monto y plazo de ejecución correspondientes a la prestación individual materia de retraso injustificado, sobre la cual recaería la penalidad por mora.

2.3. *“Cuando se ha identificado una prestación individual sujeta a retraso en su ejecución ¿la penalidad se calculará exclusivamente en función de esta prestación individual y no incluirá a otras? ¿Podría confirmar esta interpretación?”.*

Tal como se indicó al absolver la primera consulta, para la aplicación de la fórmula de la penalidad por mora contemplada en el artículo 162 del Reglamento, en caso se tratase de un contrato de ejecución periódica o uno de ejecución única que hubiera contemplado entregas parciales, se considerará el plazo y monto de la prestación individual materia de retraso, la que -según corresponda- será: (i) la entrega parcial del contrato de ejecución única o (ii) la prestación parcial del contrato de ejecución periódica.

2.4. *“La penalidad impuesta por el retraso en una prestación individual debe guardar una relación de proporcionalidad y razonabilidad con respecto al daño causado por el incumplimiento. En ese sentido, el importe de la penalidad no debería ser ni excesivo en comparación con el daño causado, ni confiscatorio en relación con el valor de la prestación individual afectada por el retraso ¿Podría corroborar esta*

⁹ 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.

interpretación?”.

Sobre el particular es preciso mencionar que la finalidad de la penalidad por mora es desincentivar **el incumplimiento por parte del contratista del plazo de ejecución establecido en el contrato**, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que representa el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En relación con lo anterior, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no exige para la determinación de la aplicación de la penalidad por mora que se verifique o calcule el perjuicio económico generado por el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación a su cargo, bastando la sola aplicación de la fórmula contemplada en el artículo 162 del Reglamento, conforme a lo desarrollado en la presente Opinión. Sin perjuicio de ello, es preciso añadir que, de conformidad con el artículo 161 del Reglamento, el monto máximo acumulado por la aplicación de la penalidad por mora no puede exceder el diez (10) por ciento del monto del contrato vigente.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Cuando en el marco de la aplicación de la penalidad por mora, el artículo 162 del Reglamento emplea el término “prestación individual materia de retraso” hace referencia a las entregas parciales de los contratos de ejecución única o a las prestaciones parciales de los contratos de ejecución periódica.
- 3.2. Para la aplicación de la fórmula de la penalidad por mora contemplada en el artículo 162 del Reglamento, en caso se tratase de un contrato de ejecución periódica o uno de ejecución única que hubiera contemplado entregas parciales, se considerará el plazo y monto de la prestación individual materia de retraso, la que -según corresponda- será: (i) la entrega parcial del contrato de ejecución única o (ii) la prestación parcial del contrato de ejecución periódica.
- 3.3. La normativa de contrataciones del Estado no exige para la determinación de la aplicación de la penalidad por mora que se verifique o calcule el perjuicio económico generado por el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación a su cargo, bastando la sola aplicación de la fórmula contemplada en el artículo 162 del Reglamento, conforme a lo desarrollado en la presente Opinión. Sin perjuicio de ello, es preciso añadir que, de conformidad con el artículo 161 del Reglamento, el monto máximo acumulado por la aplicación de la penalidad por mora no puede exceder el diez (10) por ciento del monto del contrato vigente.

Jesús María, 02 de julio de 2024



Firmado digitalmente por FLORES
MONTROYA Carla Gabriela FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.07.2024 17:36:16 -05:00

CARLA GABRIELA FLORES MONTROYA
Directora Técnico Normativa (e)