

## OPINIÓN N° 045-2024/DTN

Solicitante: Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad – Electro Sur Este S.A.A.

Asunto: Penalidad por mora

Referencia: Formulario S/N de fecha 03.JUN.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de Logística de la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad – Electro Sur Este S.A.A. formula varias consultas sobre la aplicación de la penalidad por mora regulada 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<sup>1</sup> 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.

---

<sup>1</sup> 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° 3 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que la consulta 4 no versa sobre la interpretación y el sentido de la normativa de contrataciones del Estado, sino que, a partir de una consulta previamente realizada, plantean un escenario y acciones de gestión administrativa realizadas por la Entidad solicitando que se indique si el criterio interpretativo resulta o no aplicable. Sobre el particular, debe aclararse que el OSCE tiene competencia para emitir criterios interpretativos sobre las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado de alcance general; así, la aplicación de dichos criterios no es automática, sino que debe determinarse a partir del análisis de todos los elementos propios del caso. Por tanto, se atenderán aquellas consultas que cumplen con los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿En el caso de un contrato que comprende una relación de ítems, el tope del 10% de la penalidad por mora a aplicar, establecido en el artículo 161.2 del RLCE, se determina tomando en cuenta el monto total del contrato que comprende todos los ítems o en función al monto del ítem que ha incurrido en retraso?” (Sic.).

2.1.1. En principio, es importante tener claro el concepto de “*procedimiento de selección según relación de ítems*”, el cual, según lo previsto en el artículo 39 del Reglamento, es un mecanismo para contratar bienes, servicios en general, consultorías u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a ocho (8) UIT, siempre que el órgano encargado de las contrataciones determine la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de dicha posibilidad; así, **cada ítem constituye un procedimiento independiente** dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal, con las excepciones previstas en el Reglamento, en consecuencia, **cada ítem adjudicado da origen a una relación jurídica independiente**.

2.1.2. Por otro lado, debe indicarse que, doctrinariamente, por la forma en cómo se ejecutan, los contratos se clasifican en contratos de “*ejecución única*” y contratos “*de duración*”. Así, según Messineo (1952) señala que los contratos de “*ejecución única*” son aquellos que siendo ejecutados en un solo acto agotan su finalidad, mientras que los contratos “*de duración*” son aquellos cuya ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar la finalidad requerida por las partes<sup>2</sup>.

A su vez, los contratos “*de duración*” se sub dividen en contratos de “*ejecución continuada*” y contratos de “*ejecución periódica*”.

Así, respecto de los contratos de “*ejecución continuada*”, Messineo precisa que en este tipo de contratos “*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)*”; por otra parte, sobre los contratos de “*ejecución periódica*”, el mismo autor señala que en estos “*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)*”<sup>3</sup>.

Asimismo, en relación con los contratos de “*ejecución periódica*”, De La Puente y Lavalle (2003) señala 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 (...)*”<sup>4</sup>.

---

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

<sup>3</sup> Ídem, pág. 431.

<sup>4</sup> De La Puente, M. (2003) *El Contrato en general, Tomo I*, Lima-Perú, Palestra Editores S.R.L., segunda edición, pág. 184.

De esta forma, puede colegirse que los contratos de "*ejecución única*" son aquellos cuyo objeto es alcanzado con la ejecución de una prestación final; esto es, una prestación que el contratista ejecutará a futuro y es la finalidad del contrato. Por otra parte, los contratos de "*ejecución periódica*", son aquellos que involucran la ejecución de varias prestaciones instantáneas del mismo carácter a ejecutarse a futuro, con una distancia temporal una de la otra; siendo esta manera de ejecución del contrato necesario para que éste alcance su finalidad.

Ahora bien, en relación con los contratos de "*ejecución única*", cabe la posibilidad de que en este tipo de contratos se hubieran previsto entregas parciales; en este contexto debe aclararse que, el haberse contemplado entregas parciales no alteran de ninguna forma la naturaleza del contrato, es decir, **el contrato continúa siendo de "ejecución única"**, dado que su finalidad solo podría lograrse en la medida en que se ejecute la prestación en su integridad. Sobre el particular, debe indicarse que las entregas parciales deben estar determinadas o poder determinarse plenamente, puesto solo así pueden efectuarse cada una de las contraprestaciones parciales, es decir, los pagos parciales correspondientes; así, a efectos de considerar una prestación particular como "*prestación parcial*", la Entidad debe verificar que tanto el monto como el plazo de esta puede determinarse indubitablemente de los documentos que conforman el contrato<sup>5</sup>.

2.1.3. Dicho lo anterior, debe tenerse claro que en el caso de los "*procedimientos de selección según relación de ítems*", en los que se agrupan varios ítems para convocarlos bajo las reglas de un procedimiento de selección principal, **cada ítem constituye un procedimiento de selección independiente**, en consecuencia, **una relación jurídica independiente**. De esta forma, cada ítem, a su vez, podría ser caracterizado como una relación jurídica contractual de *ejecución periódica* o de *ejecución única*, pudiendo contemplar, respectivamente, prestaciones parciales de ejecución periódica o entregas parciales para el cumplimiento de la prestación de ejecución única.

2.1.4. Por otra parte, debe indicarse que, el artículo 161 del Reglamento establece las penalidades que son 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, las penalidades aplicables son la penalidad por mora en la ejecución de la prestación y las otras penalidades; al respecto, el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento establece que ambas penalidades pueden alcanzar un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

En relación con la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, el artículo 162 dispone que esta se aplica automáticamente frente al retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, por cada día de atraso, y 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

---

<sup>5</sup> A mayor abundamiento, se recomienda dar lectura a la Opinión N° 008-2018/DTN.

*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, el artículo 162 del Reglamento establece que, para el cálculo de la penalidad por mora a aplicar, debe emplearse el plazo y el monto vigente del contrato o el **ítem** que debió ejecutarse o, en caso que el contrato involucre obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, se empleará el plazo y el monto de la prestación individual materia de retraso. Cabe reiterar que el límite máximo de la penalidad por mora es el diez por ciento (10%) del monto del contrato o del ítem que debió ejecutarse.

2.1.5. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento, el monto máximo de la penalidad por mora es del diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, en el contexto de relaciones jurídicas derivadas de un procedimiento de selección según relación de ítems, del monto del ítem que debió ejecutarse.

2.2. *“¿En el caso de un contrato que comprende una relación de ítems, a efectos de aplicar la fórmula de penalidad por mora establecida en el artículo 162.1 del RLCE, el monto y plazo que deben ser empleados en dicha fórmula corresponden al ítem que ha incurrido en demora o al monto y plazo del contrato que comprende la totalidad de los ítems?” (Sic.).*

2.2.1. Como se señaló al absolver la consulta anterior, debe tenerse claro que en el caso de los **“procedimientos de selección según relación de ítems”**, en los que se agrupan varios ítems para convocarlos bajo las reglas de un procedimiento de selección principal, ***cada ítem constituye un procedimiento de selección independiente, en consecuencia, una relación jurídica independiente.***

Así, de acuerdo con lo previsto en el artículo 162 del Reglamento, para aplicar la fórmula establecida en dicho dispositivo debe emplearse el **monto y plazo** del contrato vigente o, ***en el contexto de una relación jurídica derivada de un procedimiento de selección según relación de ítems, el monto y plazo correspondiente al ítem que debió ejecutarse;*** o, tratándose de un contrato ***“de ejecución periódica o “de ejecución única” que involucre “prestaciones parciales” o “entregas parciales”, respectivamente, al aplicar la fórmula debe emplearse el monto y plazo de la prestación parcial o la entrega parcial materia de retraso.***

2.3. *“¿En el caso de un contrato que comprende una relación de ítems y que, a su vez, cada ítem comprende “obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales”, en caso se produzca un atraso en la obligación de ejecución periódica o entrega parcial de uno de los ítems, la penalidad por mora se calcula en base al monto y plazo de la “obligación de ejecución periódica o entrega parcial” del ítem respecto del cual se ha producido la demora, o se calcula en base al monto y plazo de la obligación de ejecución periódica o entrega parcial de todos los ítems comprendidos en el contrato?” (Sic.).*

Como se indicó al absolver las consultas anteriores, en el caso de los **“procedimientos de selección según relación de ítems”**, en los que se agrupan varios ítems para convocarlos bajo las reglas de un procedimiento de selección principal, **cada ítem constituye un procedimiento de selección independiente**, en consecuencia, **una relación jurídica independiente**. De esta forma, cada ítem, a su vez, podría ser caracterizado como una relación jurídica contractual de *ejecución periódica* o de *ejecución única*, pudiendo contemplar, respectivamente, prestaciones parciales de ejecución periódica o entregas

parciales para el cumplimiento de la prestación de ejecución única.

Ahora, una vez identificado el ítem o relación jurídica respecto de la cual se analiza el retraso, si involucrara “obligaciones de ejecución periódica” o “entregas parciales”, para el cálculo de la fórmula establecida en el artículo 162 del Reglamento se emplearán el monto y el plazo de la prestación parcial de ejecución periódica o la entrega parcial que fuera materia de retraso.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1 De conformidad con lo establecido en el numeral 161.2 del artículo 161 del Reglamento, el monto máximo de la penalidad por mora es del diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, en el contexto de relaciones jurídicas derivadas de un procedimiento de selección según relación de ítems, del monto del ítem que debió ejecutarse.
- 3.2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 162 del Reglamento, para aplicar la fórmula establecida en dicho dispositivo debe emplearse el monto y plazo del contrato vigente o, en el contexto de una relación jurídica derivada de un procedimiento de selección según relación de ítems, el monto y plazo correspondiente al ítem que debió ejecutarse; o, tratándose de un contrato “de ejecución periódica o “de ejecución única” que involucre “prestaciones parciales” o “entregas parciales”, respectivamente, al aplicar la fórmula debe emplearse el monto y plazo de la prestación parcial o la entrega parcial materia de retraso.
- 3.3. Una vez identificado el ítem o relación jurídica respecto de la cual se analiza el retraso, si involucrara “obligaciones de ejecución periódica” o “entregas parciales”, para el cálculo de la fórmula establecida en el artículo 162 del Reglamento se emplearán el monto y el plazo de la prestación parcial de ejecución periódica o la entrega parcial que fuera materia de retraso.

Jesús María, 17 de julio de 2024

**CARLA FLORES MONTOYA**  
Directora Técnico Normativa (e)

JDS