

OPINIÓN N° 048-2024/DTN

Solicitante: Consultoría & Construcción Grupo Pégola S.A.C.
Asunto: Retraso justificado
Referencia: Formulario de solicitud de consultas del sector privado o sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Representante Legal de la Empresa Consultoría & Construcción Grupo Pégola S.A.C. formula varias consultas sobre la justificación del retraso, en el contexto de los contratos celebrados al amparo de 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 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. “¿La calificación de un retraso como justificado de acuerdo con el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, implica que no se aplicará la penalidad por mora al Contratista, a pesar que los trabajos de la obra se continúen ejecutando posterior al vencimiento del plazo de ejecución contractual?” (Sic.).

2.1.1. De manera preliminar, debe indicarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a hechos concretos.

- 2.1.2. Precisado lo anterior, en principio debe indicarse que cuando se celebra un contrato al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, el escenario que se espera es el cumplimiento oportuno y recíproco de las obligaciones a cargo de cada una de las partes; no obstante, algunas veces dicha situación no ocurre, puesto que alguna de ellas puede incumplirlas de manera total o parcial, así, los efectos jurídicos de dicho incumplimiento dependerán de si este es, o no, imputable a alguna de las partes.
- 2.1.3. En relación con ello, el artículo 161 del Reglamento establece que el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales; así, las penalidades que pueden aplicarse son la penalidad por mora y las otras penalidades.

El artículo 162 del Reglamento establece que, “*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*” (el resaltado y subrayado son agregados). Asimismo, establece la fórmula para realizar el cálculo de dicha penalidad:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

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

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 la Entidad debe aplicar automáticamente la penalidad por mora, en caso el contratista incurra en un retraso injustificado en el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo.

- 2.1.4. Sobre el particular, debe indicarse que el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento establece que un retraso se justifica “(...) a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo”. Al respecto, es pertinente resaltar que es la Entidad quien califica el retraso del contratista como justificado o no, evaluando la solicitud presentada por el contratista y, en el caso que califique el retraso como justificado, la consecuencia jurídica es la no aplicación de la penalidad por mora.

En caso de los contratos de ejecución de obra, el retraso en la ejecución de la prestación que genera la aplicación de la penalidad por mora se configura cuando los trabajos no han

sido culminados dentro del plazo de ejecución contractual vigente. De este modo, la calificación como justificado de este retraso por parte de la entidad supone que los trabajos se han venido ejecutando pese a que el plazo de ejecución contractual se ha vencido.

En conclusión, de acuerdo con lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, cuando el contratista incurre en un retraso, este solo puede justificarse (i) a través de la solicitud de ampliación debidamente aprobada, o (ii) cuando acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Si, en un contrato de obra, el retraso en la culminación de los trabajos es calificado como justificado por la Entidad, no se aplica la penalidad por mora por los días en que se hubiese acreditado que el retraso no resulta imputable al contratista.

2.2. “¿De acuerdo con el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento debe interpretarse que, configurado un retraso justificado, los trabajos del Contratista después del vencimiento formal del plazo de ejecución hasta la culminación efectiva de los trabajos, deben de controlarse, valorizarse y pagarse conforme a las reglas contractuales? Ello considerando que en la Opinión N° 107-2022/DTN, se ha señalado que “en el supuesto que se configure un retraso justificado aprobado por la Entidad, ello implicará una situación en la que los trabajos de la obra se continuaron ejecutando pese a que el plazo formal del contrato se encontraba vencido” (Sic.).

2.2.1. De manera previa, debe indicarse que en el marco de los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, el escenario que se espera es que las partes cumplan respectivamente con las obligaciones a su cargo. Así, el contratista se obliga a ejecutar el contrato en las condiciones y en el plazo que este establece y, a su vez, la Entidad se obliga a efectuar el pago cuando el contratista cumple con ejecutar sus prestaciones a su conformidad.

Así, en el marco de los contratos de ejecución de obra, el artículo 35 del Reglamento ha previsto que puede emplearse alguno de los siguientes **sistemas de contratación**:

- a) **A suma alzada**, “aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas (...) en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento. // Tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico de obra, en ese orden de prelación; debiendo presentar en su oferta el desagregado de partidas que la sustenta. El mismo orden de relación se aplica durante la ejecución de la obra”.
- b) **Precios unitarios**, “aplicable en (...) obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. // (...) // En el caso de obras, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas y las cantidades referenciales, que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución”.
- c) **Esquema mixto de suma alzada y/o precios unitarios**, “En el caso de obras, cuando en el expediente técnico de obra uno o varios componentes técnicos corresponden a magnitudes y cantidades no definidas con precisión, se contratan bajo el sistema de precios unitarios, en tanto los componentes, cuyas cantidades y magnitudes estén definidas en el expediente técnico de obra, se contratan bajo el sistema de suma alzada”.

A lo anterior, debe aunarse que el artículo 194 del Reglamento establece que en el caso de obras, los pagos se realizan mediante **valorizaciones**, las cuales tienen el carácter de pagos a cuenta y son elaboradas el último día de cada período previsto en las bases, por el inspector o supervisor y el contratista. De esta forma, los numerales 194.2, 194.3 y 194.4 según el sistema de contratación empleado en el contrato, las valorizaciones:

- a) **En obras contratadas bajo el sistema a suma alzada:** “(...) durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados aplicando las partidas y precios unitarios del desagregado de partidas que dio origen a la propuesta y que fuera presentada al momento de ofertar, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. (...) // (...) se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra”.
- b) **En obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios:** “(...) durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. Las valorizaciones por mayores metrados en contratos a precios unitarios no deben considerar gastos generales. Cuando la ejecución de mayores metrados genere una ampliación de plazo, los mayores gastos generales variables se pagan de acuerdo a lo señalado en el artículo 199. // (...) se valoriza hasta el total de los metrados realmente ejecutados (...)”.

Como se advierte, en todos los casos, los trabajos requeridos para realizar la obra son los que se encuentran determinados en el contrato, y es a través de las valorizaciones — realizadas sobre la base de los avances físicos— que se determinan los pagos que la Entidad tiene que realizar a favor del contratista; **el plazo es un elemento que debe encontrarse determinado en el contrato, sin embargo, no es en función del plazo en que la Entidad determina los pagos.**

2.2.2. Preciado lo anterior, como se indicó al absolver la consulta anterior, de acuerdo con lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, cuando el contratista incurre en un retraso, este solo puede justificarse (i) a través de la solicitud de ampliación debidamente aprobada, (ii) cuando acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable; si el retraso del contratista es calificado como justificado por la Entidad, no se le aplica la penalidad por mora, y tampoco da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

2.2.3. Preciado lo anterior, en este punto debe indicarse que en la Opinión N° 107-2022/DTN se desarrolla un criterio aplicable a contratos de supervisión de obra, en un contexto en el que, se califica un retraso como justificado. Así, en la referida Opinión se indica que *“En el supuesto que se configure un retraso justificado aprobado por la Entidad, ello implicará una situación en la que los trabajos de la obra se continuaron ejecutando pese a que el plazo formal del contrato se encontraba vencido. En este escenario, durante el periodo que va desde el vencimiento formal del plazo de ejecución hasta la culminación efectiva de los trabajos y su correspondiente anotación, resultará indispensable que el supervisor de obra continúe desarrollando sus actividades de supervisión efectivas. Siendo así, dichas actividades de supervisión, de conformidad con lo establecido en el literal d) de artículo 35 del Reglamento, deberá pagarse conforme a la tarifa pactada, esto es, sin que resulte necesaria la presentación de alguna documentación especial que sustente los costos incurridos durante el referido periodo”.*

2.2.4. Ahora bien, como se anotó, en el contexto que regula el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, cuando durante la ejecución de un contrato de obra la Entidad califica el

retraso del contratista como justificado, esto implica que los trabajos de la obra se continuaron ejecutando pese a que el plazo formal del contrato se encontraba vencido.

Bajo esa consideración, dado que es obligación del contratista ejecutar todos los trabajos físicos que exige el contrato de obra independientemente de que los culmine después de vencido el plazo, considerando lo establecido en el artículo 186¹ del Reglamento, se puede afirmar que incluso en el escenario en que se hubiesen realizado trabajos fuera del plazo contractual, el inspector o supervisor debe encontrarse de manera permanente en la obra y velar por su correcta ejecución.

Adicionalmente, cabe indicar que, conforme a la Opinión N°006-2024/DTN, la sola justificación del retraso no es una modificación contractual, es decir, no implica un incremento en el plazo del contrato. Se trata de la sola calificación como “justificado” del retraso en la culminación de los trabajos de la obra, que evita la aplicación de la penalidad por mora. No implica, por tanto, el reconocimiento de mayores gastos generales variables ni de mayores costos directos.

2.2.5. En suma, el retraso del contratista que es calificado por la Entidad como justificado solo implica que no se le aplicará la penalidad por mora por ese retraso que no le es imputable; los trabajos realizados encontrándose el plazo de ejecución ya vencido deben contar con la supervisión del supervisor o inspector, según corresponda, y pagarse de acuerdo con las reglas establecidas en el contrato.

2.3. ***“¿La disposición prevista en el numeral 198.7 del artículo 198 del Reglamento, sobre presentar la programación CPM y su respectivo calendario de avance de obra valorizado actualizado, con excepción de lo referido al pago de gastos generales ni costos directos, aplica también ante la calificación de un retraso como justificado por parte de la Entidad, en el virtud de lo dispuesto en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, para un adecuado control de las actividades de la obra, dado que estas continuarán ejecutándose luego de culminado el plazo contractual?” (Sic.).***

2.3.1. En principio, debe indicarse que el artículo 198 del Reglamento regula la figura de **modificación contractual** de ampliación de plazo.

Por otro lado, como se indicó anteriormente, el retraso del contratista calificado como justificado por la Entidad **no constituye una modificación contractual**, puesto que solo implica que se ha justificado -en una causa no imputable al contratista- el retraso en la culminación de los trabajos, por lo cual, el único efecto jurídico es la no aplicación de la penalidad por mora y el no pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo por ese retraso. Ahora bien, dicho escenario no enerva que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 186 del Reglamento, incluso en ese escenario en que el plazo se encuentra vencido, la obra debe contar con la supervisión del supervisor o el inspector, según corresponda.

2.3.2. Por tanto, el artículo 198 del Reglamento regula el procedimiento a seguir en el marco de la figura de la modificación contractual de ampliación del plazo de ejecución de obra, por tanto, su contenido no es aplicable en el escenario en que se califica como justificado el

¹ El numeral 186.1 del artículo 186 del Reglamento establece que:

“186.1. Durante la ejecución de la obra, se cuenta, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. En una misma obra, no se puede contar de manera simultánea con un inspector y un supervisor. El inspector es un servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra”.

retraso del contratista puesto que en este contexto no se efectúa ninguna modificación contractual². En este escenario, el supervisor o inspector es quien continúa supervisando de manera permanente los trabajos en la obra.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. De acuerdo con lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, cuando el contratista incurre en un retraso, este solo puede justificarse (i) a través de la solicitud de ampliación debidamente aprobada, o (ii) cuando acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Si, en un contrato de obra, el retraso en la culminación de los trabajos es calificado como justificado por la Entidad, no se aplica la penalidad por mora por los días en que se hubiese acreditado que el retraso no resulta imputable al contratista.
- 3.2. El retraso del contratista que es calificado por la Entidad como justificado solo implica que no se le aplicará la penalidad por mora por ese retraso que no le es imputable; los trabajos realizados encontrándose el plazo de ejecución ya vencido deben contar con la supervisión del supervisor o inspector, según corresponda, y pagarse de acuerdo con las reglas establecidas en el contrato.
- 3.3. El artículo 198 del Reglamento regula el procedimiento a seguir en el marco de la figura de modificación contractual de ampliación del plazo de ejecución de obra, por tanto, su contenido no es aplicable en el escenario en que se califica como justificado el retraso del contratista puesto que en este contexto no se efectúa ninguna modificación contractual. En este escenario, el supervisor o inspector es quien continúa supervisando de manera permanente los trabajos en la obra.

Jesús María, 8 de agosto de 2024

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

JDS

² Para mayor abundamiento sobre la diferencia entre justificación de retraso y ampliación de plazo en el marco de un contrato de obra, puede revisarse la Opinión N°006-2024-DTN, en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/5138901-opinion-n-006-2024-dtn>.