

Estrategias para evitar la **PENALIDAD** por moras en ejecución de Obras Públicas



Autor: Luis Aguilar Huamaní, Ingeniero Civil de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, con posgrado en Ingeniería Vial en la Universidad de Piura, experiencia en obras viales, edificaciones, obras hidráulicas, miembro adjudicador para Junta de Resolución de Disputas CIP Piura, CIP La Libertad, Cámara de Comercio de San Martín, entre otros; especialista en gestión contractual de obras públicas, controversias y reclamaciones.



Uno de los principales riesgos que asume un Contratista en la ejecución de una obra pública, dentro del marco normativo de las contrataciones con Estado, es aquella que exige cumplir con el plazo de la prestación y, consecuentemente, lograr su culminación en una fecha definida, así como realizar la entrega de dicha infraestructura a la Entidad. Dicho riesgo implica poder asumir un “castigo” que corresponde a la penalidad por mora, la cual se acumula de forma diaria,

de manera automática. Esta penalidad resulta de la aplicación directa de la fórmula definida en el contrato y sirve para desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que se derive de dicho atraso.

Este incumplimiento puede alcanzar un máximo valor de hasta el 10% del monto contratado. A partir de ese monto, la Entidad puede resolver el contrato de ejecución de

obra y, con ello, generar, posteriormente, la ejecución parcial de la garantía bancaria y/o fianza de fiel cumplimiento que se encuentre en custodia por la Entidad. Adicionalmente, ante tal incumplimiento, una de las obligaciones que contrae el Contratista (en caso de atraso en la fecha de finalización de la obra por causas que se le puedan atribuir), es de asumir el pago integral de los servicios de inspección o supervisión. Este costo puede ser deducido del pago de las valorizaciones de avance de

obra y/o la liquidación de dicho contrato. Por otra parte, a lo largo de la ejecución contractual de una obra, el Contratista puede disponer, desde su inicio, de diversas oportunidades para lidiar con las situaciones que se presenten y afecten de manera negativa la programación vigente. En particular, se puede trabajar la ruta crítica para identificar situaciones no atribuibles a su accionar. Esta gestión debe ser aprovechada al máximo, pues cada causal que pueda ocurrir tiene un inicio y fin. Entonces, se debe plasmar en las

suficientes que se cumplan con los siguientes requisitos, de conformidad a la Opinión N°002-2021/DTN de la Dirección Técnico Normativo del OSCE: i) Que se configure alguna de las causales contempladas en RLCE, ii) Que el acaecimiento de cualquiera de estas causales implique la modificación de la Ruta Crítica del programa de ejecución de obra vigente, y iii) Que se cumplan las formalidades y procedimiento contemplados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE).

constructiva en su programa establecido respecto a su fecha prevista de culminación.

La no presentación de una solicitud de ampliación de plazo ocasiona que se pierda la oportunidad y derecho para solicitar una prórroga del plazo de obra y la extensión de la fecha de término, además de los efectos económicos del mismo, tales como los mayores gastos generales variables (costos indirectos) y costos directos asociados (tales como equipo y mano de obra directa). En el



anotaciones en el cuaderno de obra la manera que se desarrolle claramente la actividad afectada, además de la circunstancia ocurrida. De este modo, se puede sustentar la ampliación de plazo ante el Supervisor y no perder el derecho ante una presentación extemporánea (fuera de plazo legal), situación que ocurre ocasionalmente.

Se debe tener en cuenta, también, que para sustentar y obtener una ampliación de plazo contractual serán condiciones necesarias y

El análisis de la secuencia de la ruta crítica también incluye la posibilidad de evaluar, constantemente, la situación de aquellas partidas que no sean críticas en un primer momento. Es decir, estas partidas pueden "perder" su "holgura total" ante determinada circunstancia ajena y no imputable al Contratista en determinado periodo de la ejecución de la obra. En consecuencia, se pueden incorporar a la ruta crítica desde una fecha específica y pueden impactar de manera negativa a la secuencia

caso que, por algún motivo, no se hubiera formalizado la presentación de esta solicitud ante el Supervisor, pueden ayudar las anotaciones realizadas en caso se necesiten para "acreditar", durante la finalización de la obra, que el mayor tiempo transcurrido no le sea imputable y evitar la aplicación de la penalidad por mora en conformidad al Artículo 162.5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (RLCE) y la Opinión N° 012-2021/DTN de la Dirección Técnico Normativo del OSCE. Sin embargo,

ADMINISTRACIÓN CONTRACTUAL

si bien se puede evitar la no aplicación de dicha penalidad, siempre que la Entidad lo entienda así, no otorga ningún otro tipo de derecho al Contratista respecto a la percepción de algún beneficio económico (especialmente, mayores gastos generales). Es decir, se limita a la exoneración de dicha penalidad y también se evita al pago correspondiente a la extensión de los servicios de la Supervisión de Obra.

En esa línea, existe una última acción para que el Contratista solicite ante la Entidad la no aplicación de la penalidad por mora, el cual debe estar debidamente sustentado y acreditado, el cual debe fundamentarse, principalmente, sobre los hechos descritos en anotaciones realizadas. Para lograr dicho propósito, el Contratista debe enfocarse en considerar todos los periodos en los cuales haya existido condiciones adversas en la ejecución de la obra que impidieron ejecutar las actividades según el ritmo programado (o a un menor ritmo de lo previsto), así como restricciones ocurridas, además de otras demoras por situaciones ajenas (siempre que no se encuentren incluidas en alguna solicitud de ampliación de plazo otorgada durante la ejecución de la obra) que hayan derivado en retrasos respecto al programa vigente. De este modo, se identifican periodos que acumulan un “tiempo total y efectivo” que se reconoce para equilibrar el tiempo adicional que se necesitó para la finalización real de obra. Así, se justifica dicho retraso.

A modo didáctico, describiremos un caso particular:

En una obra de una duración de trescientos (300) días calendario, el Contratista sustenta una ampliación de plazo por treinta (30) días calendario de conformidad a un atraso ocurrido desde el día n°60 al día n°90. Este pedido, previamente a la recomendación del Supervisor, es aprobado por la Entidad y emite la resolución respectiva que desplaza la fecha de término de obra al 15 de mayo 2022 (fecha ilustrativa). En el momento de la parte final de ejecución de la obra, el Contratista se retrasa por alguna situación particular que no le permite finalizar la obra. Por esta razón, incurre en culminar la obra en una extensión adicional de veinticinco (25) días posteriores.

Con el atraso respecto a la fecha de finalización, tanto el Supervisor y la Entidad inician el cómputo de la penalidad diaria (mora), pues corresponde aplicarlo automáticamente, el cual se va cuantificando diariamente. Ante ello, el Contratista presenta un informe de su representante legal, en el cual informa que existieron dos (2) periodos de atraso por situaciones no imputables al Contratista. Este informe se sustenta objetivamente, a través de las anotaciones respectivas, que demuestran el atraso que ha existido entre



los días n°15 al n°25 y también entre los días n°180 al n°200, representando entre ambos un periodo efectivo acumulado de 30 días calendario. Luego de la evaluación técnica del Supervisor y aprobación de la Entidad respecto al origen de ambos atrasos que ocurrieron realmente en la ejecución de la obra, se arriba a la conclusión que fueron por situaciones no atribuibles al Contratista, con lo cual se reconoce y califica que ha existido un atraso justificado que se encuentra debidamente sustentado. Entonces, se determina que no procede la aplicación de la penalidad por mora que se tenía cuantificado, debido a que se ha justificado y aceptado treinta (30) días respecto a los veinticinco (25) días de atraso. Al respecto, se recomienda tener en cuenta que la calificación de dicho atraso justificado a favor del Contratista podría ameritar a que la Entidad requiera de un acto administrativo (resolución), mediante el cual se formalice el mismo, a efectos de que se considere la documentación técnica y legal necesaria que respalde la liquidación final de obra.

Por lo tanto, se puede apreciar que existe una estrategia contractual (que no implica la necesidad de iniciar un arbitraje que asumirá, seguramente, mayores plazos y costos) que puede ser utilizada por los Contratistas para

argumentar que el atraso en la finalización de la obra tuvo su origen por hechos y/o situaciones que no le hayan sido imputables. Para ello, se requiere, obligatoriamente, que los mismos se hayan descrito oportunamente en el cuaderno de obra, tal como lo especifica la obligación establecida en el Artículo 192.1 del RLCE respecto a que los hechos relevantes que ocurran durante la ejecución de la obra.

Esta estrategia puede incluir en caso de que sea desestimado dicho pedido por la Entidad y en caso lo estime conveniente el Contratista de presentar la controversia respectiva de este tema ante la Junta de Resolución de Disputas – JRD (en caso se encuentre implementado). Esta JRD podrá adoptar una decisión vinculante y de obligatorio cumplimiento para las partes, pues dicho mecanismo se encuentra facultado para resolver dicha discrepancia y otras en tanto no se haya producido la recepción de la obra, de acuerdo con la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD. Esta decisión de la JRD se ejecuta sin perjuicio de que, previamente de común acuerdo y a solicitud de las partes, se formule una función consultiva que logre prevenir el surgimiento de esta controversia, el cual puede formularse desde una reunión, audiencia o visita de la JRD.