



OPINIÓN N° 028-2021/DTN

Empresa: Consorcio Gestión Movilidad Lima

Asunto: Aplicación de penalidad

Referencia: Formularios S/N de fechas 01.FEB.2021 y 23.FEB.2021 - Consultas del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Representante Legal del Consorcio Gestión Movilidad Lima, formula consulta sobre la aplicación de penalidades en el marco de la anterior 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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 Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por D.S. N°056-2017- EF, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:



- 2.1 *“Confirmar que, en los contratos que involucran varias prestaciones, no es legalmente posible aplicar penalidad por mora a una prestación que, aun cuando tenga plazo de entrega establecido, no tiene asignado un monto de pago específico, ello en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por D. Leg. 1341, y su Reglamento.”*

Finalidad y función de la penalidad por mora.

- 2.1.1 En primer lugar, corresponde señalar que en el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado¹, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista podía determinar la aplicación de penalidades al contratista y/o la resolución del contrato.

Al respecto, es importante indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del anterior Reglamento, el contrato establecía las penalidades 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.

Asimismo, el citado artículo dispone en su numeral 161.2 que *“La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. (...)”*.

En esa medida, se advierte que las penalidades que había previsto la anterior normativa de contrataciones del Estado, eran: i) la ***“penalidad por mora” en la ejecución de la prestación***; y, ii) ***“otras penalidades”***; las cuales se encontraban reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del anterior Reglamento, respectivamente.

Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades era desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o el retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo.

- 2.1.2 Ahora bien, en relación con la ***“penalidad por mora”*** es preciso mencionar que ésta tenía por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los ***plazos*** establecidos en el contrato; por tanto, la penalidad por mora sancionaba el retraso en la ejecución de la prestación o prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

Adicionalmente a lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora cumplía una función resarcitoria ante los eventuales daños y perjuicios que el contratista hubiese ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concebía como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre

¹ Cabe precisar que la anterior normativa de contrataciones del Estado estaba conformada por la anterior Ley, su Reglamento y las disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.



que este incumplimiento hubiese sido imputable al deudor².

2.1.3 Conociendo la naturaleza de la penalidad por mora es preciso referirnos a su fórmula de cálculo, la cual se encontraba establecida en el artículo 133 del anterior Reglamento conforme a lo siguiente:

“162.1. 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. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a 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*

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora. (...). (El subrayado es agregado).

Como se observa, la penalidad por mora se aplicaba de manera automática ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de la prestación materia del contrato, para calcularse dicha penalidad se aplicaba una fórmula que determinaba la penalidad por cada día de atraso, fórmula que tenía en consideración el **monto y plazo vigentes del contrato** (o ítem) que debió ejecutarse o, **en el caso de contratos de ejecución periódica**, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

2.1.4 Respecto de este último punto, es preciso señalar que desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, éstos se dividen en contratos de “*ejecución única*” y contratos “*de duración*”; así, Messineo señala que un contrato será de “*ejecución única*”, cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad; en tanto que será “*de duración*” cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes³.

En relación con los contratos “*de duración*”, el referido autor señala que éstos se

² OSTERLING PARODI, Felipe. **Las Obligaciones**. Vol. VI. 5ª edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. Pág. 224.

³ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.



clasifican a su vez en contratos de “*ejecución continuada*” y de “*ejecución periódica*”, siendo que un contrato es de “*ejecución continuada*” cuando “*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)*”, y es de “*ejecución periódica*” cuando “*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, parágrafo), o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono)*”.⁴

Adicionalmente, De La Puente y Lavalley⁵ 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 ese sentido, y conforme al criterio contenido en diversas opiniones, entre ellas en la Opinión N° 089-2019/DTN, un contrato de ejecución periódica era aquel en el cual existían varias prestaciones las cuales eran ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

- 2.1.5 Por su parte, según De La Puente y Lavalley⁶, las “*prestaciones parciales*” estaban referidas a las **diversas prestaciones que los contratistas debían realizar en el tiempo durante el trámite de un contrato de ejecución periódica**, precisando que en este tipo de contratos el contratista debía efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente.

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

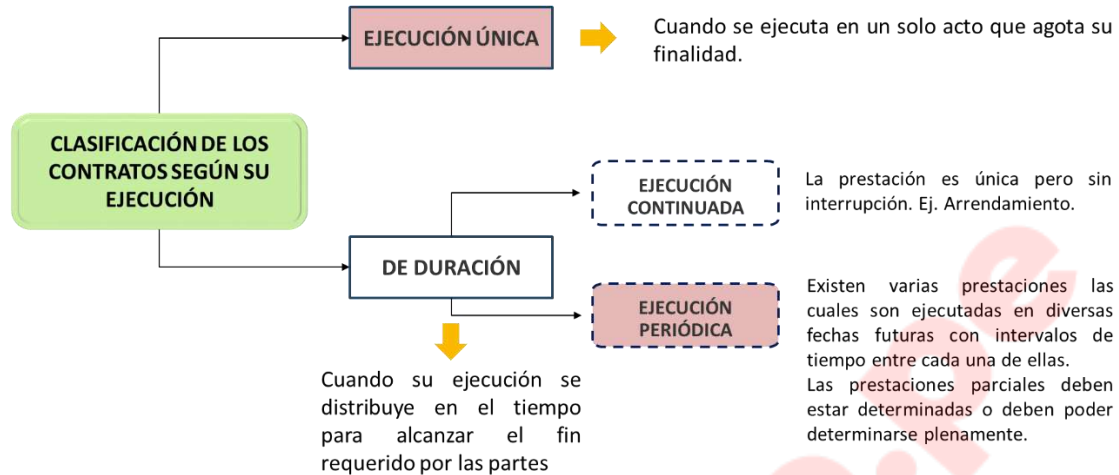
Así, tanto el plazo como el monto de la prestación parcial debían encontrarse definidos en el contrato o **debían poder ser definidos a partir de éste**, el cual estaba conformado por el documento que lo contenía, los documentos del procedimiento de selección que establecían reglas definitivas y la oferta ganadora,

⁴ Ídem, pág. 431.

⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLEY, Manuel. *El Contrato en general*, Tomo I, Lima: Palestra Editores S.R.L., segunda edición, 2003, pág. 184.

⁶ Ídem, pág. 184.

así como por los documentos derivados del procedimiento de selección que establecían obligaciones para las partes.



Como se observa, para la aplicación de la fórmula de penalidad diaria prevista en el artículo 133 del anterior Reglamento, la Entidad debía emplear tanto el "*monto*" como el "*plazo*" del contrato o del ítem, **salvo en los contratos que involucraban obligaciones de "ejecución periódica", en los cuales dicho cálculo debía realizarse tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación parcial materia de retraso.**

Asimismo, tal como se indicó previamente, a fin de que sea posible aplicar la penalidad por mora a las "prestaciones parciales" materia de retraso, tanto el "monto" como el "plazo" de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica debían estar contemplados en el contrato o **debían poder definirse a partir de él**⁷.

Aplicación de penalidades en contratos de ejecución única con entregas parciales.

2.7 Ahora bien, teniendo clara la distinción entre un contrato de ejecución única y aquellos de ejecución periódica, es pertinente anotar que, aun en el contexto de los contratos celebrados bajo el marco de lo establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado, cabía la posibilidad de que en un contrato de "ejecución única" se hubieran previsto entregas parciales.

En tal supuesto, la circunstancia de que se hubiesen contemplado tales entregas parciales no alteraba la naturaleza del contrato, es decir, **no cambiaba el hecho de que tal contrato hubiese sido de ejecución única**, en tanto la finalidad de dicho contrato sólo podía lograrse en la medida en que se ejecute la prestación en su integridad.

⁷ Conforme a lo señalado en las Opiniones N° 047-2020/OSCE, N° 008-2018/DTN, N° 263-2017/DTN y N° 119-2015/DTN.



En ese sentido, cada Entidad debía tener claro el tipo de contrato que estaba administrando, teniendo en cuenta los elementos que caracterizan y definen a cada uno de ellos. Así, los contratos de “ejecución única” eran aquellos que agotaban su finalidad con la ejecución de un solo acto, situación que no variaba aun habiéndose pactado la presentación de entregas parciales o entregables durante su ejecución; mientras que los contratos de ejecución periódica eran aquellos cuya ejecución se distribuía en el tiempo, involucraban varias prestaciones a ser ejecutadas a futuro, tenían el mismo carácter y guardaban una distancia temporal una de la otra⁸.

Ahora bien, considerando que la aplicación de la penalidad por mora sólo se producía ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, en el caso de aquellos contratos de “ejecución única” en donde se hubieran pactado entregas parciales *-de acuerdo con la normativa vigente hasta el 29 de enero de 2019-*, **no** sería posible aplicar la penalidad por mora ante el retraso el cumplimiento de dichas entregas parciales (o entregables), puesto que dicho supuesto no se subsume en lo establecido en el artículo 133 para efectos de aplicar la penalidad por mora.

Sin perjuicio de ello, debe mencionarse que el artículo 134 del anterior Reglamento había previsto que la Entidad podía establecer en los documentos del procedimiento de selección, penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre que estas fueran objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para tales efectos, debía incluirse los supuestos de aplicación de la penalidad —distintas al supuesto previsto en el artículo 133 del Reglamento—, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verificaría el supuesto a penalizar.

En esa medida, en el contexto de los contratos de “ejecución única” en donde se hubiera pactado el cumplimiento de entregas parciales (o entregables), resultaba posible la aplicación de “otras penalidades” ante el incumplimiento de dichas entregas parciales, siempre que las penalidades se encontraran establecidas en los documentos del procedimiento de selección⁹, de acuerdo a lo establecido en el artículo 134 del Reglamento.

Por tanto, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, tratándose de contratos de “ejecución única” que involucraban entregas parciales (o entregables), no era posible la aplicación de la penalidad por mora -prevista en el artículo 133 del anterior Reglamento- ante el retraso del contratista en el cumplimiento de estas¹⁰. En ese supuesto, era posible la aplicación de “otras

⁸ Para tales efectos, correspondía determinar –según las particularidades del cada caso concreto– si un contrato en específico era de ejecución única, de ejecución periódica, o si siendo de ejecución única contemplaba entregas parciales, ello a fin de determinar el modo en que se realizará la aplicación de penalidades.

⁹ El artículo 134 del anterior Reglamento indicaba que las “otras penalidades” debían haber sido previstas en las bases del procedimiento de selección; cabe precisar que las bases pasaban a formar parte del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 116 del anterior Reglamento.

¹⁰ Es importante mencionar que un contrato regido bajo lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y modificado por el Decreto Supremo N°056-2017- EF, tenía un marco normativo distinto al que



penalizaciones”, siempre y cuando éstas se hubieran encontrado previstas en los documentos del procedimiento de selección, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del anterior Reglamento¹¹.

2.2 “Confirmar que, si la Entidad descuenta de la retribución que corresponde al contratista, un importe por concepto de penalidad por mora, el contratista tendrá derecho a que se le restituya dicho importe, al determinarse que no correspondía aplicar tal penalidad.”

2.1.6. De manera previa, es necesario precisar que el OSCE no puede determinar, en el marco de un contrato en particular, si correspondía la aplicación de la penalidad por mora; dicha situación debe ser analizada y determinada conforme a los elementos propios del contrato bajo análisis.

Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que de acuerdo con el artículo 132 del anterior Reglamento, las penalidades se deducían de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según correspondiera o, si era necesario, se cobraba del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Ahora bien, en caso que la Entidad hubiera determinado que durante la ejecución del contrato se aplicó y dedujo **indebidamente** alguna penalidad, al momento de efectuar la liquidación o pago final -según lo que hubiera correspondido-, la Entidad tenía la oportunidad de reconocer al contratista el monto deducido indebidamente. De no reconocer al contratista dicho monto en tal oportunidad, este podía accionar en las vías correspondientes.

2.3 “Confirmar que, el contratista tiene derecho a que la Entidad le pague los intereses legales, por la demora en el pago de la parte de la retribución pactada, que le fue descontada indebidamente por aplicación de penalidad por mora, al determinarse que no correspondía aplicar tal penalidad.”

2.3.1 De manera previa, es necesario reiterar que el OSCE no puede determinar, en el marco de un contrato en particular, si correspondía la aplicación de la penalidad por mora o si se configuró alguna situación que generara el reconocimiento de intereses legales a favor del contratista, dado que dichas situaciones corresponden ser analizadas y determinadas conforme a los elementos propios del contrato bajo análisis.

Sin perjuicio de ello, de acuerdo con el artículo 39 de la anterior Ley “*en caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconoce al contratista los intereses legales correspondientes*”. En esa misma línea, el artículo 149 del anterior Reglamento disponía que “*en caso*

rige actualmente lo concerniente a la aplicación de la penalidad por mora, dado que con la normativa actual, en el caso de contratos de ejecución única que involucran entregas parciales, la penalidad por mora resulta aplicable ante el retraso en el cumplimiento de la prestación individual que fuera materia de retraso.

¹¹ Conforme a lo señalado mediante Opinión 175-2019/DTN.



de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”.

En ese sentido, la anterior normativa de contrataciones del Estado había previsto que el reconocimiento de intereses legales al contratista procedía ante el retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que este se hubiese debido a caso fortuito o fuerza mayor; dichos intereses se computaban desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

- 2.3.2 Sin perjuicio de lo señalado líneas arriba, debe indicarse que el numeral 45.1 del artículo 45 de la anterior Ley establecía que *“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes (...)*” (El subrayado es agregado).

Así, la conciliación y el arbitraje eran algunos de los mecanismos de solución de controversias que contemplaba la anterior normativa de contrataciones del Estado, en virtud de los cuales las partes podían dar solución a sus discrepancias, las que podían estar referidas, entre otras materias, a la aplicación de penalidades o al pago final.

Finalmente, en relación con lo señalado en el párrafo anterior, es importante añadir que de acuerdo con la Opinión N° 189-2019/DTN *“...en el caso de la aplicación de las penalidades, si estas eran deducidas durante la ejecución del contrato (de los pagos a cuenta) y el contratista disentía de su aplicación, podía recurrir a los [...] mecanismos de solución de controversias hasta antes de la culminación del contrato; por otra parte, si las penalidades eran deducidas al momento de realizar el pago final, el contratista tenía un plazo de treinta (30) días hábiles para someter su discrepancia a conciliación o arbitraje.”*

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Para la aplicación de la fórmula de penalidad diaria prevista en el artículo 133 del anterior Reglamento, la Entidad debía emplear tanto el "monto" como el "plazo" del contrato o del ítem que debió ejecutarse, salvo en los contratos que involucraran obligaciones de "ejecución periódica", en los cuales dicho cálculo debía realizarse tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación parcial materia de retraso.
- 3.2. A efectos de aplicar la penalidad por mora a las “prestaciones parciales” materia de retraso, tanto el “monto” como el “plazo” de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica debían estar contemplados en el contrato o debían poder definirse a partir de él.
- 3.3. En el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, tratándose de contratos de “ejecución única” que involucraban entregas parciales (o entregables), no era posible la aplicación de la penalidad por mora –prevista en el artículo 133 del anterior Reglamento- ante el retraso del contratista en el cumplimiento de estas. En ese supuesto, era posible la aplicación de “otras penalidades”, siempre y cuando



éstas se hubieran encontrado previstas en los documentos del procedimiento de selección, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del anterior Reglamento.

- 3.4. En caso que la Entidad hubiera determinado que durante la ejecución del contrato se aplicó y dedujo indebidamente alguna penalidad, al momento de efectuar la liquidación o pago final -según lo que hubiera correspondido-, la Entidad tenía la oportunidad de reconocer al contratista el monto deducido indebidamente. De no reconocer al contratista dicho monto en tal oportunidad, este podía accionar en las vías correspondientes.
- 3.5. La anterior normativa de contrataciones del Estado había previsto que el reconocimiento de intereses legales al contratista procedía ante el retraso en el pago por parte de la Entidad (salvo que este se hubiese debido a caso fortuito o fuerza mayor); dichos intereses se computaban desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Jesús María, 17 de marzo de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.