T.D.: 1636496

OPINIÓN Nº 064-2012/DTN

Entidad: ASSIS SERVICIOS GENERALES S.A.C.

Asunto: Aplicación de penalidades

Referencia: Comunicación recibida el 16.MAR.2012

---

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de ASSIS SERVICIOS GENERALES S.A.C. consulta sobre la aplicación de las penalidades previstas en los artículos 165 y 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor 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 i) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo Nº 1017 (en adelante, la "Ley"), y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF (en adelante, el "Reglamento").

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 "*¿Qué incumplimientos están sujetos a la aplicación de la penalidad por mora?*"

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que entre las penalidades que una Entidad le puede aplicar a un contratista, se encuentra la penalidad por mora, regulada en el artículo 165 del Reglamento.

Al respecto, el primer párrafo del referido artículo precisa que "*En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (...).*" (El subrayado es agregado).

De esta manera, **la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al contratista que, injustificadamente[1], se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato**.

Cabe precisar que la finalidad de esta penalidad es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad, en parte, por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le pudiera causar.

2.1.2 Adicionalmente, es necesario señalar que el artículo 165 del Reglamento ha previsto la fórmula[2] que debe utilizarse para calcular el monto de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista. Dicha fórmula considera como elementos del cálculo al monto y al plazo de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, precisándose que "*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*." (El subrayado es agregado).

Al respecto, debe precisarse que, desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos 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 partes[3].

Cabe precisar que Messineo excluye de los contratos de *"duración"* a aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de un resultado futuro, pues aun cuando en estos casos es necesario que la actividad del contratista se dilate en el tiempo para producir el resultado querido, la ejecución seguirá siendo

---

[1] El retraso en la ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya solicitado y/o aprobado la ampliación del plazo contractual, al no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175 del Reglamento.

[2] *"**Articulo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación***
(...)
En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

Donde F tendrá los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: F = 0.40.
b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: F = 0.25.
b.2) Para obras: F = 0.15.
(...)."

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

instantánea[4].

Ahora bien, los contratos "*de duración*" se sub dividen en contratos de "*ejecución continuada*" y contratos de "*ejecución periódica*". Messineo señala 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).*" [5]

En tal sentido, el cálculo de la penalidad diaria se realiza tomando en consideración el plazo y el monto del contrato vigente[6], salvo en los contratos de "*ejecución periódica*", en los cuales para el cálculo de la penalidad diaria debe tomarse en consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales[7] incumplidas.

Cabe precisar que, para determinar el monto de la penalidad por mora que debe aplicarse a un contratista, debe multiplicarse la penalidad diaria previamente calculada, por el número de días de atraso injustificado.

2.1.3 Finalmente, es importante indicar que el hecho que en los contratos de "*ejecución periódica*" el cálculo de la penalidad diaria se realice tomando en consideración el plazo y el monto de cada prestación parcial incumplida, no implica que el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la

---

[4] "*En relación a la función recién delimitada, de la duración se debe excluir del número de los contratos de ejecución continuada o periódica, el contrato que tiene por contenido la prestación de un resultado futuro: a la manera latina locatio operis (que ha de distinguirse de la locatio operarum, consistente, como es sabido, en poner a disposición de otra persona, que la utiliza, la propia energía de trabajo independientemente del producto de esta energía); casos: contrato de obra de por empresa, transporte, fletamento, prestación de obra intelectual. Aquí, el tiempo concierne a la producción del resultado, para lo que es necesario que la actividad del deudor se dilate durante cierto período de tiempo, y no a la ejecución que es, en cambio, instantánea; la duración actúa aquí en función del fin, no en función del tiempo (piénsese en el caso del contrato de obra por empresa, en el que el tiempo es necesario para que la obra ordenada se ejecute, pero donde, una vez lista la obra, la entrega se realiza uno actu).*" (El subrayado es agregado). MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 430.

[5] Ídem, pág. 431.

[6] La penalidad diaria se calcula respecto del monto y plazo del contrato vigente; es decir, respecto del monto y plazo del contrato al momento en que se aplica la penalidad.

[7] Según De la Puente y Lavalle, las "*prestaciones parciales"* están referidas a las diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar de forma continuada en el tiempo durante el trámite de la ejecución 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. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*, Tomo I, Lima: Palestra Editores, segunda edición, 2003, pág. 184.

prestación sea el diez por ciento (10%) del monto de cada prestación parcial incumplida.

Así, el primer párrafo del artículo 165 del Reglamento establece claramente que la Entidad puede aplicar la penalidad por mora "*(...) hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (...).*" (El subrayado es agregado).

De esta manera, independientemente de si el contrato es de "*ejecución única*", de "*ejecución continuada*" o de "*ejecución periódica*"[8], el monto máximo por el cual la Entidad puede aplicar la penalidad por mora al contratista, es el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

2.1.4 En virtud de lo expuesto, debe indicarse que la penalidad por mora, regulada en el artículo 165 del Reglamento, se aplica al contratista cuando este se retrasa injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato; constituyéndose de esta manera en un mecanismo coercitivo que salvaguarda el cumplimiento debido y oportuno de las obligaciones asumidas por el contratista.

Cabe precisar que en caso la Entidad realice observaciones[9] al cumplimiento de la prestación ejecutada dentro del plazo contractualmente establecido, sólo se aplicará la penalidad por mora en los supuestos previstos en los artículos 176[10] y 210[11] del Reglamento, según se trate de bienes y servicios, o de obras, respectivamente.

2.2 "*¿Es procedente que la Entidad en forma unilateral modifique las penalidades distintas a lo señalado en el Art. 165º del Reglamento de la Ley, y para su aplicación, cómo se calculan estas penalidades?*" (sic).

---

[8] Cabe precisar que, en los contratos de "*ejecución periódica*", la sumatoria de las penalidades por mora aplicadas por el incumplimiento de las prestaciones parciales, no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

[9] Las observaciones pueden estar referidas al cumplimiento parcial o defectuoso de la prestación.

[10] El cuarto párrafo del artículo 176 del Reglamento -aplicable a la contratación de bienes y servicios- establece que *"De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendarios. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan."* (El subrayado es agregado).

[11] El primer párrafo del numeral 2 del artículo 210 del Reglamento -aplicable a obras- establece que *"De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna"*. Asimismo, el numeral 5 del mismo artículo establece que *"Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. (...)."* (El subrayado es agregado).

2.2.1 El artículo 166 del Reglamento establece lo siguiente: "*En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.*" (El subrayado es agregado).

De acuerdo con el artículo citado, las Entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan penalidades distintas a la penalidad por mora, las que se calculan de forma independiente a la penalidad por mora y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse.

Ahora bien, esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

(i) La objetividad implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;

(ii) Por su parte, la razonabilidad implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.

(iii) Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

De esta manera, la previsión de penalidades distintas a la penalidad por mora en las Bases de un proceso de selección, implica observar los parámetros antes mencionados, esto con la finalidad de evitar que durante la ejecución contractual surjan discrepancias entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de estas penalidades.

2.2.2 En este punto, es importante precisar que, en el supuesto que en las Bases de un proceso de selección se establezcan penalidades distintas a la penalidad por mora que no sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, cualquier participante en el proceso puede observarlas, correspondiendo al Comité Especial absolver las observaciones formuladas.

En caso la absolución no se adecúe a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, el participante puede solicitar la elevación de las

observaciones a las Bases ante el Titular de la Entidad o el OSCE, según corresponda[12], para la emisión de pronunciamiento sobre el particular.

No obstante, una vez integradas las Bases no cabe modificación respecto de estas; por lo que, al presentar su propuesta, el postor se somete a las condiciones establecidas en dichas Bases, asumiendo la obligación de celebrar y ejecutar el contrato bajo dichas condiciones, de resultar ganador de la buena pro.

2.2.3 Adicionalmente, el artículo 143 del Reglamento establece que *"Durante la ejecución del contrato, en caso el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la Entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista."* (El subrayado es agregado).

De acuerdo con el artículo citado, una vez celebrado el contrato, este puede incorporar modificaciones que no impliquen variación alguna en las condiciones originales que motivaron la selección del contratista, pues, de lo contrario, se vulnerarían los principios que inspiran las contrataciones del Estado, entre estos, el de Transparencia[13], Imparcialidad[14], Eficiencia[15] y Trato Justo e Igualitario[16], al otorgarse un trato preferente a favor del postor ganador de la buena pro –y contratista de la Entidad, a partir de la celebración del contrato-, en perjuicio de los demás postores que adecuaron sus propuestas a las condiciones establecidas en las Bases del proceso de selección.

Es pertinente precisar que, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 142 del Reglamento, el contrato se encuentra conformado por *"(...) el documento*

---

[12] De acuerdo con el penúltimo y antepenúltimo párrafos del artículo 28 de la Ley, si el valor referencial de un proceso es igual o mayor a trescientas unidades impositivas tributarias (300 UIT), la competencia para emitir pronunciamiento sobre las observaciones a las Bases corresponde al OSCE; en cambio, si el valor referencial es menor a 300 UIT, corresponde al Titular de la Entidad.

[13] "***Principio de Transparencia:*** *Toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación de las adquisiciones y las contrataciones. Salvo las excepciones previstas en la Ley y el Reglamento, la convocatoria, el otorgamiento de buena pro y resultados deben ser de público conocimiento.*" Numeral 5) del artículo 3 de la Ley.

[14] "***Principio de Imparcialidad:*** *Los Acuerdos y Resoluciones de los funcionarios y dependencias responsables de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la Ley y el Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.*" Numeral 3) del artículo 3 de la Ley.

[15] "***Principio de Eficiencia:*** *Los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final.*" Numeral 4) del artículo 3 de la Ley.

[16] "***Principio de Trato Justo e Igualitario:*** *Todo postor de bienes, servicios o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley.*" Numeral 8) del artículo 3 de la Ley.

que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato." (El subrayado es agregado).

2.2.4 En consecuencia, las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

No obstante, una vez celebrado contrato, no es posible que la Entidad modifique, unilateralmente, las penalidades distintas a la penalidad por mora establecidas en éste.

Finalmente, cualquier controversia que se genere entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley.

2.3 ***"¿Para la aplicación de la penalidad, la Entidad debe seguir el debido procedimiento establecido; y si no existe, cómo se aplica el procedimiento para proceder con la penalidad en contra del contratista?"*** (sic).

A efectos de absolver la presente consulta, evaluaremos los dos supuestos en los que la normativa de contrataciones del Estado contempla la aplicación de penalidades.

El primer supuesto corresponde a la aplicación de la penalidad por mora. Al respecto, el artículo 165 del Reglamento establece que la aplicación de esta penalidad es automática, por el solo retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Asimismo, el mencionado artículo prevé la forma de cálculo de la penalidad diaria, la que debe multiplicarse por el número de días de incumplimiento para de obtener el monto total de la penalidad que debe aplicarse al contratista.

El segundo supuesto se refiere a la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento. En este caso, el contrato debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

En tal sentido, el procedimiento para la aplicación de la penalidad por mora se encuentra previsto en el artículo 165 del Reglamento; asimismo, el procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe haber sido previsto por la Entidad en el contrato[17].

[17] Como se ha señalado en el punto 2.2.3 de la presente opinión, el contrato se encuentra conformado

Cabe precisar que si en el caso de las penalidades distintas a la penalidad por mora, en el contrato no se ha previsto los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, o la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos; y ello genera una controversia entre la Entidad y el contratista sobre la aplicación de estas penalidades, dicha controversia debe ser resuelta mediante conciliación y/o arbitraje, según lo previsto en el artículo 52 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

3.1 La penalidad por mora, regulada en el artículo 165 del Reglamento, se aplica al contratista cuando éste se retrasa injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

3.2 Las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

3.3 Una vez celebrado contrato, no es posible que la Entidad modifique, unilateralmente, las penalidades distintas a la penalidad por mora establecidas en éste.

3.4 El procedimiento para la aplicación de la penalidad por mora se encuentra previsto en el artículo 165 del Reglamento; asimismo, el procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe haber sido previsto por la Entidad en el contrato.

3.5 Cualquier controversia que se genere entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de la penalidad por mora o de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley.

Jesús María, 10 de mayo de 2012

AUGUSTO EFFIO ORDÓÑEZ
Director Técnico Normativo

MPC/CVP.

---

por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.