



Dirección Técnico Normativa
Opinión



Expediente N°: 106728
T.D.: 18349925

OPINIÓN N° 012-2021/DTN

Solicitante: Ministerio del Interior
Asunto: Calificación de retraso justificado como supuesto para la no aplicación de penalidad por mora
Referencia: Formulario S/N de fecha 21.DIC.2020 - Consultas de Entidades Pública sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director de la Oficina General de Infraestructura del Ministerio del Interior formula varias consultas relacionadas con la calificación del retraso como justificado, en el marco de la ejecución contractual, como supuesto para la no aplicación de penalidad por mora, bajo los alcances 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. CONSULTAS¹ 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° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA “Consultas de Entidades Públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado”, advirtiéndose que el segundo extremo de la consulta N°2 no puede ser absuelto en vía de opinión, al estar referido a un supuesto específico que parte de la necesidad de continuar supervisando la obra, respecto del cual se busca determinar qué documento debe emitirse para los fines pertinentes, aspecto que debe ser definido sobre la base del caso concreto, y que excede la habilitación legal otorgada a este despacho a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.



Dirección Técnico Normativa

Opinión

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“Teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: La solicitud y sustento presentado por un contratista para acreditar objetivamente que el retraso en la ejecución de una obra no le es imputable a él y califique como retraso justificado, ¿requiere de la evaluación y el pronunciamiento técnico del ¿Supervisor de obra?; ¿El pronunciamiento de la Entidad sobre la referida solicitud se comunica al contratista mediante una resolución o a través de cualquier otro documento?” (Sic).***

Sobre el cumplimiento contractual

- 2.1.1 En primer lugar debe señalarse que luego de suscrito el contrato, las partes —tanto el contratista como la Entidad— están obligadas a ejecutar las prestaciones a su cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato, teniendo en cuenta que el contratista debe ejecutar las prestaciones en favor de la Entidad, y esta última se compromete a pagar la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

En ese contexto, el cumplimiento oportuno y recíproco de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no siempre se cumple durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes puede incumplir de manera parcial o total, sus prestaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto distintas figuras jurídicas en virtud de las cuales las Entidades pueden cautelar el cabal cumplimiento de las prestaciones contractuales, así como el interés público que subyace a la contratación estatal.

Del retraso injustificado en la ejecución del contrato

- 2.1.2 Uno de los mecanismos que contempla dicha normativa ante el incumplimiento² injustificado de las obligaciones contractuales del contratista es la aplicación de penalidades por mora.

Sobre el particular, el numeral 161.4 del artículo 161 del Reglamento establece lo siguiente: *“Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento”*.

Así, ante el **retraso injustificado** del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplica, automáticamente -de conformidad con el numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento³-, una penalidad por mora por cada día de atraso,

² De conformidad con lo dispuesto en el numeral 161.1 del artículo 161 del Reglamento *“El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria”*. (El subrayado es agregado).

³ Dicho artículo establece expresamente lo siguiente: *“En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por*



Dirección Técnico Normativa

Opinión

la cual podía deducirse de cualquiera de los pagos o conceptos a los que hace referencia el dispositivo citado en el párrafo anterior.

De esta manera, la aplicación de la penalidad por mora no sólo tiene como fin cautelar la debida ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, desincentivando el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que, además, dicho mecanismo permite resarcir a la Entidad por el perjuicio que le genera el retraso injustificado en la ejecución del contrato, atribuible al contratista.

Sobre la justificación de un retraso no imputable al contratista

2.1.3 Tal como se indicó en los numerales precedentes, la normativa de contrataciones del Estado establece la aplicación automática de una "penalidad por mora" al contratista que, injustificadamente, se retrasa en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En esa medida, se advierte que un elemento importante para determinar la aplicación de penalidades por mora consiste en calificar si dicho retraso resulta o no- imputable al contratista.

Al respecto, el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento establece lo siguiente: "El 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." (El énfasis es agregado).

De esta manera, la forma idónea de justificar el retraso es mediante la solicitud de ampliación de plazo presentada en la oportunidad señalada en la normativa; en adición a ello, la norma establece que el contratista puede solicitar a la Entidad no aplicar la penalidad por mora al haberse configurado un retraso justificado bajo los términos del numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, para lo cual deberá acreditar y sustentar de manera objetiva que el retraso en la ejecución del contrato obedece a una situación que no resulta imputable a él; así, a partir de la información proporcionada a la Entidad, ésta evalúa y, consecuentemente, **determina** si dicho retraso califica como uno "justificado", a efectos de no aplicar la penalidad por mora. Cabe resaltar que en este segundo supuesto, solamente se considera justificado el retraso cuando la Entidad así lo ha decidido.

Ahora bien, en atención al tenor de la consulta planteada, cabe anotar que dicha solicitud para la no aplicación de penalidad por mora puede presentarse en contratos de ejecución de obras, en los cuales la Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, tal como lo establece el artículo 187 del Reglamento.

mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo con la siguiente fórmula (...)"



Dirección Técnico Normativa

Opinión

En relación con lo anterior, es preciso indicar que conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley, la Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros, siendo que en el caso de contratos de obras tal supervisión se realiza con la participación efectiva del inspector o supervisor; de modo tal que, durante la ejecución de la obra, se cuenta permanente y directamente con el profesional que –en respaldo de la Entidad- ejerce el debido control de los trabajos a cargo del contratista ejecutor.

En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que tratándose de contratos de ejecución obras (los cuales están sujetos a supervisión) se requiere como requisito para la aprobación de ciertas solicitudes –tales como de prestaciones adicionales⁴, ampliaciones de plazo⁵ u otras modificaciones⁶-, **la opinión favorable de la supervisión**, a fin de que la Entidad adopte su decisión respecto de dichas solicitudes.

Así, en el marco de sus funciones y facultades, el inspector o supervisor –según corresponda- emite su opinión técnica y debidamente sustentada que permita a la Entidad pronunciarse sobre las solicitudes requeridas por el contratista (ejecutor de obra) como consecuencia de las ocurrencias anotadas en el cuaderno de obra, las cuales pueden presentarse directamente a la Entidad o al inspector o supervisor –según corresponda-, conforme a lo establecido en el numeral 192.1 del artículo 192 del Reglamento.

Bajo tales consideraciones, debe indicarse que si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora, la Entidad podrá basar su decisión no sólo en el sustento presentado por el contratista ejecutor de obra, sino también en la opinión de la supervisión que pudiera requerirse a ésta –en el marco del contrato de supervisión- para determinar si tal retraso resulta, o no, imputable al contratista ejecutor de obra y, en consecuencia, decidir sobre dicha solicitud.

Asimismo, cabe precisar que la normativa en mención no exige que tal decisión sea comunicada al contratista mediante una “resolución”, pudiendo la Entidad emplear cualquier documento emitido por el servidor o funcionario competente, según su organización interna y/o de acuerdo a lo previsto en el contrato, mediante el cual notifique su decisión.

2.2. *“Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 189 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: En caso de retraso justificado en la ejecución de una obra, objetivamente acreditado por el contratista y, considerando que dicho atraso*

⁴ Según lo dispuesto en el numeral 205.2 del artículo 205 del Reglamento, “(...) el inspector o supervisor, según corresponda, ratifica a la Entidad la anotación realizada, adjuntando un informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional (...)”.

⁵ De acuerdo a lo establecido en el numeral 198.2 del artículo 198 del Reglamento, “El inspector o supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la Entidad (...)”.

⁶ Conforme a lo previsto en el literal b) del numeral 160.1 del artículo 160 del Reglamento, “En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor”.



Dirección Técnico Normativa

Opinión

“puede producir una extensión de los servicios de inspección o supervisión, ¿a quién le corresponde asumir un mayor costo y pago por la referida extensión de servicios, al contratista ejecutor de la obra o a la Entidad?” (Sic).

2.3.

2.3.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el artículo 10 de la Ley establece que la Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros, siendo que en el caso de contratos de obras tal supervisión se realiza con la participación efectiva del inspector o supervisor, según corresponda. Así, durante la ejecución de la obra, se cuenta permanente y directamente con el profesional que –en respaldo de la Entidad- ejerce el debido control de los trabajos a cargo del contratista ejecutor.

En ese contexto, el numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley dispone que “Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra (...).” (El subrayado es agregado).

Como se advierte, si bien el contrato de supervisión es un contrato independiente del contrato de obra –en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas–, ambos se encuentran directamente vinculados, razón por la cual –generalmente–, los eventos que afectan la ejecución de la obra también afectan las labores del supervisor. En esa medida, el plazo de ejecución contractual de la supervisión se encuentra sujeto al plazo de ejecución de la obra, hasta la culminación de ésta.

Ahora bien, en caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista ejecutor, el artículo 189 del Reglamento ha previsto que el mayor costo que genere la extensión de los servicios de inspección o supervisión debe asumirlo dicho contratista⁷.

2.3.2. Al respecto se advierte que la norma es clara al establecer, como consecuencia del retraso atribuible al contratista ejecutor de obra, el correspondiente pago por la extensión de los servicios de supervisión de la obra, el cual debe asumir el contratista ejecutor como responsable de haber generado dicho retraso injustificado.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse que cuando la Entidad decide no aplicar penalidad por mora al contratista, atendiendo la solicitud y sustentos presentados conforme al numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento, se tiene como presupuesto el hecho de que el retraso en la ejecución del contrato no es imputable al contratista, situación que no justificaría que éste asuma los mayores costos derivados de la extensión del servicio del inspector o supervisor, al no cumplirse la condición que prevé el artículo 189 del Reglamento para su aplicación: que el atraso en la ejecución de la obra sea por causa imputable al contratista.

⁷ “En caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso puede producir una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista ejecutor de la obra asume el pago del monto correspondiente por los servicios indicados, el que se hace efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra. Durante la ejecución de la obra dicho costo es asumido por la Entidad.” (El énfasis es agregado).



Dirección Técnico Normativa

Opinión

Por tanto, en el supuesto que se configure un retraso que la Entidad considere justificado, que diera lugar a la no aplicación de la penalidad por mora al contratista – bajo los alcances del numeral 162.5 del artículo 165 del Reglamento-, el costo que genere la extensión del servicio del inspector o supervisor es asumido por la Entidad, toda vez que las obligaciones a que hace referencia el artículo 189 del Reglamento sólo recaerían en dicho contratista en la medida que el atraso incurrido en la ejecución de la obra hubiera sido imputable a éste.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora, la Entidad puede basar su decisión no sólo en el sustento presentado por el contratista ejecutor de obra, sino también en la opinión de la supervisión que pudiera requerirse a ésta a ésta –en el marco del contrato de supervisión- para determinar si tal retraso resulta, o no, imputable al contratista ejecutor de obra y, en consecuencia, decidir sobre dicha solicitud. Asimismo, cabe precisar que la normativa en mención no exige que tal decisión sea comunicada al contratista mediante una “resolución”, pudiendo la Entidad emplear cualquier documento emitido por el servidor o funcionario competente, según su organización interna y/o de acuerdo a lo previsto en el contrato, mediante el cual notifique su decisión.
- 3.2. Cuando se configure un retraso que la Entidad considere justificado, que diera lugar a la no aplicación de la penalidad por mora al contratista –bajo los alcances del numeral 162.5 del artículo 165 del Reglamento-, el costo que genere la extensión del servicio del inspector o supervisor es asumido por la Entidad, toda vez que las obligaciones a que hace referencia el artículo 189 del Reglamento sólo recaerían en dicho contratista en la medida que el atraso incurrido en la ejecución de la obra hubiera sido imputable a éste.

Jesús María, 2 de febrero de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/gms