

Expediente N° 157959
T.D. 25692059

OPINIÓN N° 119-2023/DTN

Solicitante: Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA

Asunto: Recepción, conformidad y aplicación de la penalidad por mora.

Referencia: Formulario S/N de fecha 02.NOV.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Unidad de Abastecimiento del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, formula varias consultas relacionadas al procedimiento de Recepción y Conformidad contemplado en 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. ***“¿Luego de presentado el entregable, al otorgarse al contratista un plazo para subsanar y este presenta la subsanación antes del vencimiento del plazo que se le otorgó para subsanar, en caso persistiera las observaciones al entregable, la aplicación de la penalidad, se calcula desde el día siguiente que presentó la subsanación o desde el día siguiente de vencido el plazo otorgado para subsanar por primera vez?” (Sic.).***

2.1.1. De manera preliminar, debe precisarse que este Organismo Técnico Especializado tiene competencia para desarrollar criterios interpretativos de alcance general sobre las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos. En ese sentido, no es posible determinar si, en el marco de una contratación en particular corresponde o no aplicar la penalidad por mora; aspecto que debe ser determinado a partir de la evaluación de los elementos que constituyen el caso que sea materia de análisis.

2.1.2. Precisado lo anterior, en principio, debe indicarse que cuando el contrato se perfecciona¹, las partes se encuentran obligadas a cumplir con todas las prestaciones a su cargo². Así, el contratista se encuentra obligado a ejecutar las prestaciones a su cargo, en el plazo y bajo las condiciones establecidas en el contrato, mientras que la Entidad se encuentra obligada a realizar el pago de la contraprestación una vez que haya dado su conformidad a las prestaciones ejecutadas por el contratista. En relación con ello, corresponde indicar que el Capítulo IV del Título VII del Reglamento establece las reglas y disposiciones aplicables frente al incumplimiento contractual. Así, el artículo 161 del Reglamento establece las penalidades que son aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales.

De esta manera, de conformidad con los artículos 161, 162 y 163 del Reglamento, frente al incumplimiento injustificado del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, pueden aplicarse la penalidad por mora y las otras penalidades, las cuales se encuentran previstas en los documentos del procedimiento de selección y, posteriormente, en el contrato que se perfecciona entre la Entidad y el postor ganador del procedimiento. Cabe precisar que, de acuerdo con el numeral 161.4 del artículo 161 del Reglamento, las 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 162 del Reglamento, “*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).

Como se advierte, la penalidad por mora se aplica de forma automática cuando el contratista se retrasa injustificadamente en el cumplimiento de sus obligaciones objeto del contrato, computándose desde el momento en que existe retraso y calculándose de manera diaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 162³ del

¹ Los artículos 137, 139 y 141 del Reglamento establecen las condiciones, requisitos, formalidades y el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato.

² Es pertinente señalar que el artículo 138 del Reglamento establece que el contrato se encuentra conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

³ El numeral 162.1 del artículo 162 del Reglamento establece la fórmula para realizar el cálculo para la penalidad por mora:

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

Reglamento.

- 2.1.3. Al respecto, el artículo 168 del Reglamento establece que la recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria, añadiendo que, para la conformidad, se “(...) requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias”.

Asimismo, los numerales 168.3, 168.4, 168.5 y 168.6 del artículo 168 del Reglamento establecen:

"168.3 La conformidad se emite en un plazo máximo de siete (7) días de producida la recepción, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario que debe emitir la conformidad. El mismo plazo resulta aplicable para que la Entidad se pronuncie sobre el levantamiento de observaciones, según corresponda.

168.4. De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (08) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de quince (15) días. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.

168.5. Cuando la Entidad exceda el plazo legal previsto para emitir la conformidad o pronunciarse sobre el levantamiento de las observaciones, los días de retraso no pueden ser imputados al contratista a efectos de la aplicación de penalidades.

168.6. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar lo previsto en el numeral 168.4 del presente artículo, sin considerar los días de retraso en los que pudiera incurrir la Entidad”.

Como se aprecia, la recepción exige que la Entidad realice las verificaciones que correspondan, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, sobre la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, para lo cual debe realizar las pruebas que fueran necesarias, evaluación que debe constar en un informe emitido por el funcionario responsable del área usuaria. Así, de existir observaciones, la Entidad otorga al contratista un plazo para realizar las subsanaciones que corresponden.

En el contexto en que existen observaciones a la prestación ejecutada por el

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: $F = 0.15$ ”.

contratista, las reglas son las siguientes:

La Entidad comunica sus observaciones al contratista, indicando claramente el sentido de éstas y otorga un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (8) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar, o en caso de consultorías, puede otorgar un plazo no menor de cinco (5) ni mayor de quince (15) días.

Otorgado el plazo para la subsanación, pueden suscitarse los siguientes escenarios:

- a) **El contratista subsana las observaciones de la Entidad dentro del plazo otorgado**; en este escenario **no** se aplica la penalidad por mora, o;
- b) **El contratista no cumple con subsanar las observaciones de la Entidad dentro del plazo**. En este caso, la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes; sin embargo, la Entidad **le aplicará al contratista la penalidad por mora** computando el retraso para el cálculo de la penalidad **desde el vencimiento del plazo para subsanar otorgado por la Entidad** al que se refiere el numeral 168.4 del Reglamento.

Como es de verse, según lo previsto en el artículo 168 del Reglamento, la Entidad puede realizar observaciones a las prestaciones ejecutadas por el contratista, en cuyo caso le otorga un plazo para subsanarlas conforme a lo dispuesto en el numeral 168.4; así, el contratista puede emplear **todo el plazo** que la Entidad le otorga para la subsanación de observaciones.

En conclusión, cuando la Entidad observa la prestación ejecutada por el contratista, otorga un plazo según las reglas establecidas en el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento para que este último, realice la subsanación que corresponde; solo en el caso que el contratista no cumpla con subsanar las observaciones dentro del plazo otorgado por la Entidad, se le aplicará la penalidad por mora computando el retraso para el cálculo de la penalidad **desde el vencimiento del plazo otorgado**.

2.2. ***“Dado que persiste las observaciones y se otorga un plazo para la subsanación del mismo, el cual es contabilizado a partir del día siguiente de notificado, dicha notificación al contratista se realizó en horario hábil para la Entidad, siendo subsanado por el Contratista el mismo día de notificado. ¿Corresponde la aplicación de penalidad por mora? De ser afirmativa la respuesta; ¿correspondería al área usuaria indicar en la conformidad los días de retraso en el que incurrió el contratista?”*** (Sic.).

2.2.1. Como se señaló anteriormente, el OSCE no puede, en vía de opinión, emitir pronunciamiento respecto de situaciones o casos concretos. Por tanto, no es posible determinar si, en el marco de un contrato en particular, corresponde —o no— la aplicación de la penalidad por mora, aspecto que debe determinarse a partir de la evaluación de los elementos que constituyen el caso.

2.2.2. Sin perjuicio de ello, debe precisarse —como ya se indicó— que **la conformidad consiste en** las verificaciones que la Entidad realiza, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, sobre la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, para lo cual debe realizar las pruebas que fueran necesarias.

2.2.3. Así, cuando la Entidad observa la prestación ejecutada por el contratista, otorga un plazo según las reglas previstas en el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento para que este último realice la subsanación que corresponde; solo cuando el contratista no cumpla con subsanar dentro del plazo otorgado por la Entidad para tales efectos, se le aplicará la penalidad por mora computando el retraso para el cálculo de la penalidad **desde el vencimiento del plazo que la Entidad le otorga al contratista para la subsanación.**

2.2.4. Otro supuesto que puede presentarse es cuando vencido el plazo otorgado por la Entidad para subsanar las observaciones, de acuerdo al numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento, el contratista no las hubiese subsanado a cabalidad, en este caso, de conformidad con el numeral 168.6 la Entidad puede otorgarle un plazo adicional, correspondiendo aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar otorgado conforme a lo previsto en el numeral 168.4.

En conclusión, en el escenario en que la Entidad hubiese observado la prestación ejecutada por el contratista y le hubiese otorgado un plazo para subsanar las observaciones según las reglas establecidas en el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento, la penalidad por mora solo se aplicará si el contratista no cumpliera con subsanar las observaciones de la Entidad dentro del referido plazo. De otro lado, si le hubiese dado un plazo adicional para la subsanación de acuerdo al numeral 168.6, se le aplicará la penalidad por mora computando el retraso desde el vencimiento del primer plazo otorgado. Adicionalmente, debe reiterarse que la conformidad consiste en las verificaciones que la Entidad realiza con relación a la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales respecto de las prestaciones ejecutadas por el contratista.

2.3. ***“¿A partir de cuando se computa el inicio del plazo para otorgar la conformidad, desde el día de la recepción del bien o entregable o desde el día siguiente de la recepción del bien o entregable?”*** (Sic.).

2.3.1. De acuerdo con lo establecido en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento —señalado anteriormente—, en el caso de los contratos de bienes, a partir del día siguiente en que recibe el bien que es objeto del contrato, la Entidad tiene un plazo máximo de siete (7) días para emitir la conformidad, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la Entidad tiene un plazo máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente en que el contratista presente el entregable para emitir la conformidad.

2.4. ***“Si la Entidad no emite la conformidad u observaciones dentro del plazo máximo establecido en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento, ¿Es posible que el contratista pueda asumir que se le ha otorgado la conformidad de manera tácita y de esta manera solicitar el pago de la contraprestación?”*** (Sic.).

2.4.1. Como se indicó anteriormente al absolver la primera consulta, el artículo 168 del Reglamento establece el procedimiento y los plazos que la Entidad debe cumplir para realizar la recepción y la conformidad, realizando la precisión que *“Cuando la Entidad exceda el plazo legal previsto para emitir la conformidad o pronunciarse sobre el levantamiento de las observaciones, los días de retraso no pueden ser imputados al contratista a efectos de la aplicación de penalidades”*.

Como es de verse, para poder emitir la conformidad, es necesario que la Entidad realice las verificaciones que correspondan, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, sobre la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, para lo cual debe realizar las pruebas que fueran necesarias, evaluación que debe constar en un informe emitido por el funcionario responsable del área usuaria, dentro del plazo establecido para tales efectos; al respecto, debe considerarse que el numeral 168.5 del artículo 168 del Reglamento ha contemplado la posibilidad de que la Entidad se retrase y no cumpla con realizar las verificaciones necesarias y otorgar la conformidad dentro del plazo, precisando que dicha situación no puede afectar al contratista con la aplicación de penalidades.

Así, queda claro que no puede entenderse como “otorgada” la conformidad por el solo vencimiento del plazo previsto en el artículo 168 del Reglamento; el silencio de la Entidad no importa su manifestación de otorgar la conformidad⁴. La conformidad solo puede ser otorgada una vez que la Entidad ha cumplido con realizar las verificaciones, el funcionario ha emitido el informe en donde estas constan y se sustentan, cumpliendo con lo previsto en el numeral 168.2 del artículo 168 del Reglamento.

- 2.4.2. Por otro lado, debe añadirse que el artículo 171 del Reglamento establece que “*La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los diez (10) días calendario siguientes de otorgada la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello, bajo responsabilidad del funcionario competente*”.

Como es de verse, la realización del pago está supeditado a la emisión de la conformidad por parte de la Entidad, no siendo posible efectuarlo si previamente no se ha cumplido con dicha condición. Así, a través de la emisión de la conformidad puede considerarse que una prestación ha sido ejecutada según los términos contractuales aplicables y —en consecuencia— generarse el derecho al pago.

- 2.4.3. En conclusión, en el marco del procedimiento para la recepción y conformidad establecido en el artículo 168 del Reglamento, el solo vencimiento del plazo que la Entidad tiene para emitir la conformidad no genera que esta pueda tenerse por “otorgada”; el silencio de la Entidad no importa su manifestación de otorgar la conformidad. La conformidad solo puede ser otorgada una vez que la Entidad ha cumplido con realizar las verificaciones, el funcionario ha emitido el informe en donde estas constan y se sustentan, cumpliendo con lo previsto en el numeral 168.2 del artículo 168 del Reglamento, y solo una vez que esta ha sido emitida se genera el derecho del contratista al pago de la contraprestación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Cuando la Entidad observa la prestación ejecutada por el contratista, otorga un plazo según las reglas establecidas en el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento para que este último realice la subsanación que corresponde; solo en el caso que el contratista no cumpla con subsanar las observaciones dentro del plazo otorgado por la Entidad, se le aplicará la penalidad por mora computando el retraso para el cálculo de

⁴ Sobre el particular, es pertinente precisar que el silencio de la Entidad no importa manifestación de voluntad, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Código Civil, en relación con los actos jurídicos, establece que “*El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado*”.

la penalidad desde el vencimiento del plazo otorgado.

- 3.2. Si la Entidad hubiese otorgado un plazo adicional para subsanar las observaciones de acuerdo al numeral 168.6, se le aplicará la penalidad por mora computando el retraso desde el vencimiento del primer plazo otorgado en virtud del numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento. La conformidad consiste en las verificaciones que la Entidad realiza con relación a la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales respecto de las prestaciones ejecutadas por el contratista.
- 3.3. De acuerdo con lo establecido en el numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento — señalado anteriormente—, en el caso de los contratos de bienes, a partir del día siguiente en que recibe el bien que es objeto del contrato, la Entidad tiene un plazo máximo de siete (7) días para emitir la conformidad, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la Entidad tiene un plazo máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente en que el contratista presente el entregable para emitir la conformidad.
- 3.4. En el marco del procedimiento para la recepción y conformidad establecido en el artículo 168 del Reglamento, el solo vencimiento del plazo que la Entidad tiene para emitir la conformidad no genera que esta pueda tenerse por “otorgada”; el silencio de la Entidad no importa su manifestación de otorgar la conformidad. La conformidad solo puede ser otorgada una vez que la Entidad ha cumplido con realizar las verificaciones, el funcionario ha emitido el informe en donde estas constan y se sustentan, cumpliendo con lo previsto en el numeral 168.2 del artículo 168 del Reglamento, y solo una vez que esta ha sido emitida se genera el derecho del contratista al pago de la contraprestación.

Jesús María, 30 de noviembre de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS