

## OPINIÓN N° 017-2019/DTN

Solicitante: Jormel S.A.C.  
Asunto: Ejecución de garantía de fiel cumplimiento  
Referencia: Comunicación S/N con fecha de recibido 03.ENE.2019

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de la empresa Jormel S.A.C. formula consultas sobre la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

### 2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

De manera previa, es preciso señalar que las consultas presentadas se encuentran vinculadas a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la “anterior Ley”), y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el “anterior Reglamento”)<sup>1</sup>; motivo por el cual, serán absueltas bajo los alcances de dicha legislación (en adelante, la “anterior normativa de contrataciones del Estado”).

Las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1. “¿Corresponde ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento de forma PARCIAL, en proporción de su incumplimiento, una vez que quedó consentida la resolución PARCIAL del contrato, aplicando el artículo 169° del RLCE?”**  
(Sic).

2.1.1. En principio, es pertinente señalar que en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se comprometía a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras

---

<sup>1</sup> Normas vigentes hasta el 8 de enero de 2016.

que esta última se comprometía a pagar al contratista la contraprestación acordada. De esta forma, el contrato se entendía cumplido cuando ambas partes ejecutaban sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes.

En dicho contexto, se advierte que el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, tal situación no siempre se verifica durante la etapa de ejecución contractual, pues alguna de las partes podría verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, el artículo 44 de la anterior Ley preveía la posibilidad de que cualquiera de las partes pudiera resolver el contrato, ya fuera por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de las obligaciones contractuales (imputable a alguna de las partes)<sup>2</sup>.

2.1.2. En relación con lo señalado anteriormente, resulta oportuno anotar que el artículo 167 del anterior Reglamento, que regulaba la resolución del contrato, disponía lo siguiente:

*“Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.*

*Por igual motivo, **se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto**”.* (El énfasis es agregado).

Como se puede apreciar, el artículo en mención establecía que cualquiera de las partes podía resolver el contrato, de manera parcial o total. Para dicho efecto, la Entidad o el contratista, según fuera el caso, debía seguir el procedimiento de resolución de contrato previsto en el artículo 169 del anterior Reglamento, el cual se cita a continuación:

**“Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato**

*Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*

*(...) Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, **la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial,** comunicando mediante*

---

<sup>2</sup> Al respecto, el artículo 168 del anterior Reglamento establecía las causales de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de las partes; precisando que la Entidad podía resolver el contrato en los casos en que el contratista: (i) *incumpliera injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;* (ii) *haya acumulado el monto máximo de las penalidades;* o (iii) *paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

Asimismo, el contratista podía solicitar la resolución del contrato en los casos que la Entidad incumpliera injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplaban en las Bases o en el contrato.

carta notarial la decisión de resolver el contrato.

(...)

**La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.**

*De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento”.* (El énfasis es agregado).

Tal como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado preveía la posibilidad de resolver parcialmente el contrato ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo cual implicaba poner fin -únicamente- a aquella parte del contrato afectada por dicho incumplimiento<sup>3</sup>, siempre que la misma fuera separable e independiente del resto de obligaciones y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad.

2.1.3. Ahora bien, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, es importante señalar que el artículo 39 de la anterior Ley establecía cuáles eran las garantías que debían otorgar los postores y/o contratistas, según correspondiera; siendo estas, las siguientes: **(i) la garantía de fiel cumplimiento del contrato**, (ii) *por los adelantos*; y (iii) *por el monto diferencial de la propuesta*.

Al respecto, cabe indicar que dichas garantías debían cumplir con ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitían<sup>4</sup>.

En adición a ello, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas Opiniones<sup>5</sup> que tales garantías cumplían una doble función: **compulsiva y resarcitoria**. Eran **compulsivas, puesto que pretendían compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este**; asimismo, eran resarcitorias, puesto que pretendían, con su ejecución, indemnizar a la Entidad por los eventuales daños que hubiera sufrido debido al incumplimiento del contratista.

Así, en relación con **la garantía de fiel cumplimiento**<sup>6</sup>, el numeral 2 del artículo

<sup>3</sup> A mayor abundamiento sobre los alcances de la resolución parcial del contrato, se recomienda revisar la Opinión N° 001-2019/DTN.

<sup>4</sup> Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 39 de la anterior Ley. Asimismo, cabe señalar que de acuerdo al artículo 139 del anterior Reglamento, las empresas que emitían las garantías debían encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y debían estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publicada el Banco Central de Reserva del Perú.

<sup>5</sup> Como la Opinión N° 015-2018/DTN y la Opinión N° 206-2016/DTN, entre otras.

<sup>6</sup> El artículo 158 del anterior Reglamento establecía que la garantía de fiel cumplimiento —además de ser requisito indispensable para suscribir el contrato— debía ser emitida por una suma equivalente al diez

164 del anterior Reglamento establecía, expresamente, que **dicha garantía se ejecutaba, en su totalidad**, —y a simple requerimiento de la Entidad— solo cuando la resolución por la cual la Entidad resolvía el contrato por causa imputable al contratista, hubiera quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declaraba procedente la decisión de resolver el contrato. De esta manera, el monto de la garantía de fiel cumplimiento correspondía íntegramente a la Entidad, con independencia de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía que el mecanismo específico que tenía la Entidad para proteger sus intereses en el supuesto que el contrato fuera resuelto por causas imputables al contratista, consistía en la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en su **totalidad**.

Sobre el particular, corresponde precisar que dicho mecanismo respondía a la premisa de que todo contrato resuelto por causa imputable al contratista implicaba un perjuicio inmediato para la Entidad (por las prestaciones que no fueron ejecutadas en la forma y/o oportunidad pactadas en el contrato, y el costo económico que asumía la Entidad por las prestaciones incumplidas); razón por la cual, tal perjuicio debía ser cubierto por la garantía de fiel cumplimiento que se había otorgado a favor de la Entidad.

En ese sentido, y en concordancia con lo señalado previamente, se advierte que la finalidad principal de la garantía de fiel cumplimiento consistía en asegurar el cumplimiento del íntegro de las obligaciones que formaban parte del contrato. Por tanto, el incumplimiento del contratista de alguna de estas obligaciones, facultaba a la Entidad a resolver el contrato y, en consecuencia, a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, luego de cumplirse con las condiciones establecidas en el numeral 2) del artículo 164 del anterior Reglamento.

Por lo expuesto, en el marco de lo establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado, cuando un contrato era resuelto —total o parcialmente— por causas imputables al contratista, y esta resolución quedaba consentida, o se declaraba procedente la decisión de resolver el contrato por laudo arbitral consentido y ejecutoriado, la Entidad se encontraba facultada a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento en su totalidad, independientemente de la naturaleza de la prestación incumplida que motivaba dicha resolución<sup>7</sup>.

**2.2. “Si un laudo arbitral ha declarado válido la resolución parcial de un contrato, ¿Corresponde ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento de forma PARCIAL, en proporción de incumplimiento de ítems o sub-ítems de un contrato?” (Sic.)**

De conformidad con lo señalado al absolver la consulta anterior, en el marco de lo establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado, cuando un contrato era resuelto —total o parcialmente— por causas imputables al contratista,

---

por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

<sup>7</sup> En concordancia con el criterio contenido en el numeral 3.2 de la Opinión N° 001-2019/DTN.

y esta resolución quedaba consentida, o se declaraba procedente la decisión de resolver el contrato por laudo arbitral consentido y ejecutoriado, la Entidad se encontraba facultada a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento **en su totalidad**, independientemente de la naturaleza de la prestación incumplida que motivaba dicha resolución.

### 3. CONCLUSIÓN

En el marco de lo establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado, cuando un contrato era resuelto —total o parcialmente— por causas imputables al contratista, y esta resolución quedaba consentida, o se declaraba procedente la decisión de resolver el contrato por laudo arbitral consentido y ejecutoriado, la Entidad se encontraba facultada a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento en su totalidad, independientemente de la naturaleza de la prestación incumplida que motivaba dicha resolución.

Jesús María, 22 de enero de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

LAA/JDS