

OPINIÓN N° 018-2022/DTN

Entidad: Asesores Técnicos Asociados S.A.
Asunto: Vigencia de la garantía de fiel cumplimiento
Referencia: Formulario de Solicitud de Consulta de fecha 09.FEB.2022

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Representante Legal de la empresa Asesores Técnicos Asociados S.A., formula varias consultas relacionadas a la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, en el marco 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 en términos genéricos y vinculadas 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF, el Decreto Supremo N° 250-2020-EF y Decreto Supremo N° 162-2021-EF.

En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que las consultas N° 3 y 4 no han sido planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, por lo que no resulta posible, en vía de opinión, definir las acciones a adoptar ante una situación en concreto, toda vez que ello excedería la habilitación legal conferida a través de lo establecido en el artículo 52 de la Ley. Considerando lo señalado, se atenderá sólo la primera y segunda consulta.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Después de haber perfeccionado un contrato con una entidad, ¿corresponde mantener vigente la garantía del fiel cumplimiento durante el tiempo que no pueda darse inicio al plazo de ejecución contractual debido a que, por culpa de la entidad contratante, no se han cumplido las condiciones previstas en el contrato (por ejemplo, entrega de terreno, contratación del supervisor, etc.)?” (Sic).

2.1.1 En primer lugar, es necesario recalcar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos. En esa medida, el OSCE no puede determinar, en vía de opinión, las acciones a adoptar en un determinado contexto, toda vez que dicho aspecto debe ser definido a partir de lo que dispone la normativa de contrataciones del Estado al respecto, y la evaluación de los elementos que componen el caso que es materia de análisis.

Precisado lo anterior, a continuación, se desarrollarán alcances generales sobre el tema materia de consulta y lo que dispone la normativa de contrataciones del Estado en relación con la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento.

2.1.2. Al respecto, debe indicarse que el artículo 33 de la Ley establece que “*Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos*”, precisando que “*Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento*”². (El subrayado y resaltado son agregados).

Sobre el particular, el artículo 149 del Reglamento establece que “*Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta se mantiene vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras*”. (El resaltado y subrayado son agregados).

Como puede advertirse, la normativa de contrataciones del Estado establece que la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente, en el caso de consultoría de obras, desde el perfeccionamiento del contrato **hasta el consentimiento de la liquidación final**³.

² En adición, el segundo párrafo del artículo 33 de la Ley establece que “*Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten*”.

³ Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 150 del Reglamento establece la posibilidad de sustituir la garantía de fiel cumplimiento en contratos de ejecución de obras y consultorías de obra, conforme a lo siguiente:
“*A partir de la fecha en que el residente anota en el cuaderno de obra la culminación de esta, el contratista puede solicitar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones:*
a) *Que la Entidad haya retenido el cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente a solicitud del contratista. La retención*

2.2. “*En caso de ser afirmativa la pregunta anterior y considerando que ha transcurrido un plazo excesivo sin iniciar el plazo de ejecución contractual ¿Qué compensación y/o resarcimiento corresponde en favor del consultor? y ¿Qué mecanismo corresponde aplicar para que el consultor solicite la compensación y/o resarcimiento?*” (Sic).

2.2.1 De manera previa, debe señalarse que este Organismo Técnico Especializado no tiene competencia para pronunciarse respecto de situaciones o casos concretos. En esa medida, el OSCE no puede determinar si, en el marco de la ejecución de un contrato en particular, corresponde algún tipo de compensación económica o resarcimiento al contratista por determinadas circunstancias que se hubiesen podido presentar, así como tampoco es posible definir qué acciones debe adoptar el contratista ante dicho escenario, debiendo ello analizarse de acuerdo a las particularidades de cada caso.

Sin perjuicio de ello, a continuación, se brindarán alcances generales vinculados a la consulta formulada.

2.2.2 Al respecto, es importante señalar que de acuerdo con el artículo 142 del Reglamento, **el plazo de ejecución contractual** inicia: (i) al día siguiente del perfeccionamiento del contrato, (ii) desde la fecha que se establezca en el contrato, o (iii) desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso.

Llegado a este punto, cabe precisar que, de acuerdo con el numeral 10.1 del artículo 10 de la Ley, la Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros⁴. Así, por ejemplo, tratándose de contratos de ejecución de obra o de servicios (atendiendo a su complejidad), la Entidad puede contratar a un supervisor externo para que controle las labores realizadas por el contratista.

Así, el numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley dispone lo siguiente: “*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 o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento (...)**”.* (El subrayado y resaltado es agregado).

En esa misma línea, los numerales 142.3 y 142.5 del artículo 142 del Reglamento precisan que, tratándose de contratos de supervisión de obra o de supervisión de servicios, el plazo de ejecución contractual está vinculado a la duración de la obra supervisada o del servicio supervisado, respectivamente.

se realiza a partir de la segunda mitad del número total de valorizaciones a realizarse, conforme lo previsto en el calendario de avance de obra valorizado.

b) *El contratista presente una garantía de fiel cumplimiento equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente.”*

⁴ El hecho de que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

2.2.3 Ahora bien, tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado establece que la garantía de fiel cumplimiento debe encontrarse vigente, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, desde el perfeccionamiento del contrato hasta la conformidad de la recepción de la prestación, y en el caso de consultoría de obras hasta el consentimiento de la liquidación final.

En ese contexto, podrían presentarse situaciones en las que, pese a haberse suscrito el contrato, el inicio de las prestaciones a cargo del contratista, es decir, el inicio del plazo ejecución contractual (de un contrato de supervisión, por ejemplo) no pueda empezar⁵ debido a que el mismo está supeditado a cierta condición (como el inicio del plazo de ejecución de la prestación a supervisar, por ejemplo) que no ha sido cumplida por motivos imputables a la Entidad.

De ser este el caso, y en tanto ello esté ocasionando un perjuicio económico al contratista, este mantiene su derecho a recurrir a la vía correspondiente para solicitar un resarcimiento.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 45 de la Ley ha previsto 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, según el acuerdo de las partes.

3. CONCLUSIÓN

La normativa de contrataciones del Estado establece que la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente, en el caso de consultoría de obras, desde el perfeccionamiento del contrato hasta el consentimiento de la liquidación final.

Jesús María, 22 de marzo de 2022



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22.03.2022 21:26:47 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP

⁵ Es importante precisar que el plazo de vigencia del contrato es distinto al plazo de ejecución contractual, toda vez que este último corresponde al período en que el contratista debe cumplir con ejecutar las prestaciones a su cargo; en ese sentido, el plazo de ejecución contractual está comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato.