

T.D: 14541001

OPINIÓN N° 045-2019/DTN

Solicitante: Capítulo de Ingeniería Civil del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú

Asunto: Sustitución de la garantía de fiel cumplimiento en obras

Referencia: Carta N° 047-2019-CIC-CDL-CIP

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Presidente del Capítulo de Ingeniería Civil del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú consulta sobre la sustitución de la garantía de fiel cumplimiento en obras.

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 acápite 9 del anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTA 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 desde el 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1 “SI EL ARTÍCULO 150° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, APROBADO CON DECRETO SUPREMO N° 344-2018-EF, REQUIERE LA VERIFICACIÓN DE LAS DOS CONDICIONES QUE MENCIONA, A LA VEZ, O SI BASTARÍA CON QUE SE

DÉ ALGUNA DE ELLAS Y, EN ESTE ÚLTIMO CASO, CÓMO SE ESTABLECERÍA CUÁL APLICAR, A ELECCIÓN DE QUÉ PARTE Y, BAJO QUÉ PROCEDIMIENTO Y PLAZO.” (sic).

- 2.1 En primer lugar, corresponde indicar que el numeral 33.1 del artículo 33 de la Ley establece que las garantías que deben otorgar los postores, adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son: (i) la garantía de fiel cumplimiento; y, (ii) las garantías por los adelantos brindados. Dichas garantías deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitían¹.

Al respecto, 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 el 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 subrayado es agregado).

En relación con lo indicado, debe señalarse que la garantía de fiel cumplimiento tiene una doble función: (i) compulsiva, debido a que busca compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía presentada; y, (ii) resarcitoria, dado que, a través de su ejecución, indemniza a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que hubiera sufrido debido al incumplimiento de las obligaciones del contratista².

Como se aprecia, la garantía de fiel cumplimiento es un requisito indispensable para la suscripción del contrato; así, el postor ganador de la Buena Pro debe entregarla a la Entidad **por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y con una vigencia que abarque todo el período comprendido para la ejecución de la obra, hasta el consentimiento de la liquidación final.**

- 2.2 Ahora bien, aun cuando –en principio– la garantía de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación de obra por un importe equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto un supuesto en el que resulta procedente solicitar la sustitución de dicha garantía.

¹ Cabe señalar que, el numeral 33.2 del artículo 33 de la Ley establece que las empresas que emitan las garantías deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

² En concordancia con los criterios vertidos en las Opiniones N° 036-2015, N° 005-2015/DTN, N° 108-2014/DTN, entre otras.

Así, el artículo 150 del Reglamento establece que procede la sustitución de la garantía de fiel cumplimiento en el caso de obras, según el siguiente detalle:

“(...) 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 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.” (El subrayado y resaltado son agregados).

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado comprende un mecanismo que permite a los contratistas -una vez que se anota la culminación de la obra- solicitar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento inicialmente presentada (diez por ciento del monto contractual), sustituyéndola por una de menor importe (cinco por ciento del monto contractual).

De esta manera, la regulación contemplada en el artículo 150 del Reglamento, al permitir la disminución de la garantía de fiel cumplimiento, tiene como propósito la reducción de los costos relacionados al mantenimiento de esta última desde el momento en que se procede con su remplazo hasta el consentimiento de la liquidación de la obra.

En este punto, es importante resaltar que el mecanismo previsto en el artículo 150 del Reglamento **no puede afectar la función resarcitoria que la garantía de fiel cumplimiento ejercería, ante un eventual incumplimiento del contratista;** de esta manera, es necesario que, en el caso de operar la sustitución bajo análisis, el monto garantizado se mantenga inalterable, esto es, por un importe equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual.

En consecuencia, a efectos de solicitar la sustitución de la garantía de fiel cumplimiento, **el contratista no solo debe cumplir con presentar una garantía emitida por el cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente, sino también debe efectuarse la retención del mismo importe por parte de la Entidad.**

Por lo tanto, puede concluirse que la sustitución de la garantía de fiel cumplimiento en el caso de obras, al amparo de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, es procedente cuando se verifique el cumplimiento concurrente de los dos (2) requisitos contemplados en el artículo 150 del Reglamento, es decir: (i) que la Entidad haya retenido el cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente a solicitud del contratista; y, (ii) que el contratista presente una garantía de fiel cumplimiento equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente.

3. CONCLUSIÓN

La sustitución de la garantía de fiel cumplimiento en el caso de obras, al amparo de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, es procedente cuando se verifique el cumplimiento concurrente de los dos (2) requisitos contemplados en el artículo 150 del Reglamento, es decir: (i) que la Entidad haya retenido el cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente a solicitud del contratista; y, (ii) que el contratista presente una garantía de fiel cumplimiento equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente.

Jesús María, 26 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

MAMV.