

OPINIÓN N° 057-2020/DTN

Entidad: Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento del Mantaro S.A.
Asunto: Garantía de fiel cumplimiento
Referencia: Oficio N° 063-2020-EPSMMSA/GG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento del Mantaro S.A. formula consultas sobre 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 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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 Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por D.S. N° 056-2017- EF, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿Es posible continuar con la retención de la garantía de fiel cumplimiento por el servicio de consultoría de obra (supervisión de obra)?”

2.1.1 En primer término, es importante señalar que el artículo 126 del Reglamento (concordante con el artículo 33 de la Ley) prescribía que el postor ganador de la

buena pro se encontraba obligado a entregar a la Entidad una garantía de fiel cumplimiento equivalente al 10% del monto del contrato original, como uno de los requisitos indispensables para el perfeccionamiento del contrato.

Asimismo, el artículo 126 del Reglamento señalaba que el tipo de garantía que debía otorgar el postor y/o contratista podían ser la carta fianza y/o la póliza de caución, lo cual era establecido en los documentos del procedimiento de selección.

Por su parte, el numeral 126.3 del artículo 126 del Reglamento, indicaba que "*En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, **así como en los contratos de consultoría en general, de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las micro y pequeñas empresas, estas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, porcentaje que es retenido por la Entidad.** (...)*". (El resaltado es agregado).

En este sentido, las Micro y Pequeñas Empresas (MYPE) que ganaban la Buena Pro tenían el beneficio de elegir una forma alternativa de garantía distinta a la prevista de forma general que consiste en que la Entidad constituyera un depósito, afectando un porcentaje de los pagos a cuenta que le correspondían al contratista durante la ejecución del contrato¹.

2.1.2 Ahora bien, de conformidad con el artículo 33 de la Ley y con el numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, la garantía de fiel cumplimiento debía encontrarse 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.

Conforme a lo anterior, en el caso que la prestación correspondiera a una consultoría de obras, la garantía de fiel cumplimiento –la que podía corresponder a una retención conforme al numeral 126.3 del artículo 126 del Reglamento– debía encontrarse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final. Así, la normativa de contrataciones del Estado no había considerado algún supuesto que habilitara a la Entidad a continuar reteniendo el monto a que se refería el numeral 126.3 del artículo 126 del Reglamento, con posterioridad al consentimiento de la liquidación final.

2.2 “¿Cómo deberíamos proceder a cautelar los intereses del Estado?”

Tal como se indicó en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado están referidas sobre el sentido y alcances de la normativa de contrataciones del Estado; por lo tanto, no es posible emitir opinión sobre una situación en particular. No obstante, se brindarán alcances generales sobre la figura de responsabilidad del contratista responsable de la supervisión de la obra.

¹ De conformidad con el numeral 126.3 del artículo 126 del Reglamento: “*La retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo*”.

Al respecto, el artículo 40 de la Ley establecía que el contratista era responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo de acuerdo a lo establecido en el contrato, precisando que en el caso de los contratos de bienes y servicios, el contratista era responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

En ese sentido, en los contratos de consultoría de obras para la supervisión de la obra, la responsabilidad del contratista por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos era por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad, conforme se indicara en los documentos del procedimiento de selección.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, así como en los contratos de consultoría en general, de ejecución y consultoría de obras que celebraban las Entidades con las micro y pequeñas empresas, estas últimas podían otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, porcentaje que era retenido por la Entidad.
- 3.2. De conformidad con el numeral 126.3 del artículo 126 del Reglamento, la garantía de fiel cumplimiento debía encontrarse 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.
- 3.3. La normativa de contrataciones del Estado no había considerado algún supuesto que habilitara a la Entidad a continuar reteniendo el monto a que se refería el numeral 126.3 del artículo 126 del Reglamento, con posterioridad al consentimiento de la liquidación final.
- 3.4. En los contratos de consultoría de obras para la supervisión de la obra la responsabilidad del contratista por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos era por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad, conforme se indicara en los documentos del procedimiento de selección.

Jesús María, 30 de julio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.