

OPINIÓN N° 090-2021/DTN

Solicitante: Municipalidad Provincial de Bellavista

Asunto: Garantía de fiel cumplimiento

Referencia: Formulario S/N de fecha 01.SEP.2021 – Consulta de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Gerente de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Provincial de Bellavista realiza consulta sobre la devolución 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 sobre temas 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. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la solicitud planteada, en la presente Opinión se entenderá por:

- “Ley”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE “*Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado*”; advirtiéndose que, de las dos consultas planteadas, la segunda de ellas no cumple con dichos requisitos, debido a que está referida a un caso particular respecto del cual se solicita determinar si corresponde -o no- devolver al contratista el monto proporcional otorgado como garantía de fiel cumplimiento en función del avance en la prestación del servicio contratado; aspecto que excede las competencias conferidas a este despacho a través del literal n) del artículo 52 de la Ley. Por tanto, dicha consulta no podrá ser atendida en el marco de la presente opinión.

- “**Reglamento**”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

2.1. “¿Se puede devolver el cincuenta por ciento de dicha garantía² si es que existe una conformidad que supera el cincuenta por ciento de la prestación del servicio?”.

2.1.1 De manera previa, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado absuelve consultas **sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en **términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos**, toda vez que ello excedería las competencias conferidas a este despacho a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de ello, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances relacionados con la garantía de fiel cumplimiento, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2 En principio, corresponde indicar que el artículo 33 de la Ley establece que las garantías que deben otorgar los postores o contratistas —de corresponder—, son las de **fiel cumplimiento del contrato** y por los adelantos. 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 emitían³.

En relación con lo señalado, sobre **la garantía de fiel cumplimiento**, debe anotarse que esta tiene una doble función: (i) compulsiva, porque busca compeler u obligar al contratista a cumplir **con todas sus obligaciones contractuales**, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este; y (ii) resarcitoria, dado que a través de la ejecución de dicha garantía se pretende indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones del contratista⁴.

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*

² En atención al contenido de la solicitud presentada, se entiende que la consulta está referida a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento.

³ Conforme al numeral 33.2 del referido artículo, “*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. Dichas empresas 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.*” (El énfasis es agregado).

⁴ En concordancia con los criterios vertidos en las Opiniones N° 036-2015, N° 005-2015/DTN, N° 108-2014/DTN, entre otras.

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 énfasis es agregado).

Como se aprecia, la garantía de fiel cumplimiento constituye un requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato; así, el postor ganador debe entregarla a la Entidad por una suma **equivalente al 10% del monto del contrato original, siendo que dicha garantía debe mantenerse vigente durante todo el período de la ejecución contractual, hasta la conformidad de la recepción de la prestación contratada** (cuando el objeto sea la entrega de bienes o la prestación de servicios en general y consultorías en general, respectivamente).

De esta manera, se advierte que la garantía de fiel cumplimiento busca cautelar el correcto y oportuno cumplimiento del íntegro de las obligaciones que son parte del contrato⁵, y no sólo garantizar el cumplimiento de alguna o algunas prestaciones que comprenda dicho contrato⁶.

Por lo tanto, si una contratación de servicios –distintos a los de consultoría de obra– involucrara una serie de prestaciones a cargo del contratista, este debe respaldar el cumplimiento del total de sus obligaciones contractuales a través de una garantía de fiel cumplimiento⁷, la cual debe mantenerse vigente hasta la conformidad por la cabal ejecución del total de las prestaciones a su cargo, por un monto equivalente al 10% del contrato; en esa medida, dicho monto respalda un eventual incumplimiento de las obligaciones del contratista y el perjuicio ocasionado por este, independientemente del porcentaje de ejecución de tales prestaciones.

- 2.1.3 Finalmente, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la devolución proporcional de la garantía de fiel cumplimiento en función del porcentaje de ejecución en contratos que tienen por objeto la prestación de "servicios" (distintos a los de consultoría de obras); en consecuencia, tal garantía debe mantenerse vigente en el plazo y monto establecidos por dicha normativa, es decir, hasta la conformidad por la ejecución total de las prestaciones involucradas en el contrato de servicios, y por una suma equivalente al 10% del monto del contrato original, conforme a lo dispuesto en el artículo 149 del Reglamento.

3. CONCLUSIÓN

⁵ El contrato está 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.

⁶ En concordancia con dicho criterio, por ejemplo, la Opinión N° 099-2013/DTN señaló lo siguiente: "Si bien las obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta involucran la ejecución sucesiva de prestaciones de diversa naturaleza, la garantía de fiel cumplimiento asegura la adecuada y oportuna ejecución del íntegro de las prestaciones objeto del contrato, por lo que debe ser otorgada por el diez por ciento (10%) del monto total de este, con una vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato de obra; y no por "etapas" o prestaciones involucradas -elaboración del expediente técnico y ejecución de la obra-".

⁷ Salvo que se incurra en alguna de las excepciones previstas en el artículo 152 del Reglamento.

La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la devolución proporcional de la garantía de fiel cumplimiento en función del porcentaje de ejecución en contratos que tienen por objeto la prestación de “servicios” (distintos a los de consultoría de obras); en consecuencia, tal garantía debe mantenerse vigente en el plazo y monto establecidos por dicha normativa, es decir, hasta la conformidad por la ejecución total de las prestaciones involucradas en el contrato de servicios, y por una suma equivalente al 10% del monto del contrato original, conforme a lo dispuesto en el artículo 149 del Reglamento.

Jesús María, 28 de septiembre de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JEV