

OPINIÓN N° 125-2019/DTN

Entidad: Autoridad Portuaria Nacional

Asunto: Incremento o disminución de la garantía de fiel cumplimiento con ocasión de las modificaciones convencionales al contrato

Referencia: Oficio N° 0536-2019-APN-GG-UAJ

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de la Autoridad Portuaria Nacional formula varias consultas sobre el incremento y/o la disminución de la garantía de fiel cumplimiento con ocasión de las modificaciones convencionales al contrato que generen variación en el precio.

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-EF¹.

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 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“¿Se debe solicitar al contratista el incremento o disminución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato presentada, a fin de que guarde coherencia con*

¹ El Decreto Legislativo N° 1444 y el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, entraron en vigencia el 30 de enero de 2019.

el monto del contrato actualizado en mérito a la aprobación de una modificación convencional con variación del precio?”. (Sic).

- 2.1.1. En principio, corresponde señalar que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos; así, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley, sus modalidades, montos, condiciones y excepciones se encuentran regulados en el Reglamento.

Sobre el particular, este Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas Opiniones² que las garantías que se exigen en el marco de los procesos de contratación pública cumplen una doble función: **compulsiva** y **resarcitoria**. Son compulsivas, puesto que pretenden compeler u obligar al contratista a cumplir **con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este**; asimismo, son resarcitorias, puesto que pretenden, con su ejecución, indemnizar a la Entidad por los eventuales daños que hubiera sufrido debido al incumplimiento del contratista.

Al respecto, el numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento establece que *“Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador debe entregar 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 debe mantenerse 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 resaltado es agregado).

Del dispositivo citado se desprende que, como regla general, en los contratos celebrados bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado³, **la suma de la garantía de fiel cumplimiento debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original**, la cual **debe mantenerse vigente hasta la culminación del contrato**.

- 2.1.2. Precisado lo anterior, es pertinente señalar que el artículo 34 de la Ley establece determinados supuestos en virtud de los cuales el contrato puede ser modificado, lo que en ciertos casos también implica la variación del precio pactado.

Entre tales supuestos, se encuentran la aprobación de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones y las modificaciones convencionales al contrato, las cuales admiten la posibilidad de variar el precio del contrato, conforme a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento.

En ese orden de ideas, la normativa de contrataciones del Estado dispone el límite hasta por el cual, una Entidad, puede aprobar la ejecución de **prestaciones**

² Sírvase revisar las Opiniones N°017-2019/DTN, N° 015-2018/DTN y N° 206-2016/DTN, entre otras.

³ Salvo en aquellos casos en que la normativa de contrataciones del Estado establece excepciones a la presentación de garantías. Dichas excepciones son establecidas en el artículo 128 del Reglamento.

adicionales y/o la reducción de prestaciones⁴; asimismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 139.3 del artículo 139 del Reglamento, “*En caso de adicionales, el contratista debe aumentar de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado. En caso de reducciones puede solicitar la disminución en la misma proporción*”. (El énfasis es agregado).

Como se observa, **en la medida que dichas modificaciones implican la variación del precio del contrato**, la normativa dispone el **deber del contratista de aumentar proporcionalmente el monto de las garantías que hubiera presentado**, cuando se aprueba la ejecución de prestaciones adicionales. Por su parte, **en el caso de reducciones, se admite la disminución del monto de tales garantías, lo cual es solicitado por el contratista**.

Ahora bien, tratándose de las **modificaciones convencionales** que regula el artículo 34-A de la Ley, se advierte que aquellas también **pueden implicar la variación del precio del contrato**, lo que supone que este puede incrementarse o disminuir, según lo amerite el supuesto que genera la modificación.

En ese contexto, el numeral 3 del artículo 142 del Reglamento establece que, para que operen las **modificaciones convencionales**, se debe contar –entre otros requisitos y formalidades- con el informe del área de presupuesto y la certificación correspondiente, **en caso la modificación implique la variación del precio**.

Así, de una lectura sistemática de las disposiciones citadas, se sigue que la *ratio legis*⁵ de las normas que regulan la garantía de fiel cumplimiento es que el monto del contrato vigente se encuentre, precisamente, garantizado.

2.1.3. Por lo expuesto, la aprobación de **una modificación convencional puede implicar la variación del precio del contrato**, conforme a los términos de la Ley y el Reglamento, en cuyo caso se genera la necesidad de que el contratista actualice el monto de la garantía de fiel cumplimiento, proporcionalmente, en función del incremento o disminución del precio que produjera dicha modificación.

2.2. “*Tomando como referencia lo indicado en la OPINIÓN N° 206-2018/DTN, en el caso de una modificación convencional sustentada en el incremento de la remuneración mínima vital, ¿es necesario solicitar al contratista el incremento de la garantía de fiel cumplimiento acorde al incremento del monto del contrato?*”. (Sic).

⁴ Dichos límites varían en función del objeto del contrato. Tratándose de bienes y servicios, el límite para la aprobación de prestaciones adicionales es el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. Igual porcentaje aplica para la reducción de prestaciones. En el caso de obras, para la aprobación de prestaciones adicionales, el límite varía entre el quince por ciento (15%) y el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original, según corresponda, conforme a lo dispuesto en dicha normativa.

⁵ “*Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el “qué quiere decir” la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella*”. RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 242.

Tal como se indicó precedentemente, 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, **sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos**; en esa medida, no es posible determinar si, en el marco de un caso en particular, resultan aplicables, o no, los criterios vertidos en una Opinión⁶, toda vez que ello excedería las atribuciones conferidas por Ley a este despacho.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reiterar que la aprobación de una modificación convencional puede implicar la variación del precio del contrato, conforme a los términos de la Ley y el Reglamento, en cuyo caso se genera la necesidad de que el contratista actualice el monto de la garantía de fiel cumplimiento, proporcionalmente, en función del incremento o disminución del precio que produjera dicha modificación.

- 2.3. ***“De ser positivas las respuestas a las consultas anteriores, ¿cuál sería la oportunidad más idónea para la presentación de la nueva garantía de fiel cumplimiento? A nuestro entender debería ser antes de la suscripción de la adenda que materialice la modificación convencional y la misma debe ser solicitada al contratista por el Órgano Encargado de las Contrataciones de la Entidad; favor precisar este procedimiento”***. (Sic).

Sobre el particular, debe precisarse que la normativa de contrataciones del Estado –vigente hasta el 29 de enero de 2019- no establece un procedimiento ni plazo específico para que el contratista actualice el monto de la garantía de fiel cumplimiento como consecuencia de la aprobación de una modificación convencional al contrato.

No obstante, respecto de la oportunidad para actualizar el monto de dicha garantía, producto de una modificación contractual, este Organismo Técnico Especializado señaló en la Opinión N° 110-2018/DTN⁷, lo siguiente:

“Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un plazo

⁶ Al respecto, es pertinente señalar que la Opinión N° 206-2018/DTN desarrolla alcances generales sobre las modificaciones convencionales, en aplicación del artículo 34-A de la Ley, cuando se produzca un incremento de la remuneración mínima vital. Al respecto, la mencionada Opinión indica que (ver numeral 3): *“En caso se produzca un incremento de la remuneración mínima vital durante la ejecución contractual, **y ello determine el incremento del costo de las prestaciones** asumidas por el contratista, debe considerarse que el hecho sobreviniente al perfeccionamiento no imputable a alguna de las partes es la entrada en vigencia de la norma legal que incrementa la remuneración mínima vital; en esa medida, la Entidad podrá realizar las modificaciones contractuales que considere pertinentes, en función de lo previsto en el artículo 34-A de la Ley y 142 del Reglamento (...)”*. (El resaltado es agregado).

⁷ Sobre el particular, debe señalarse que el análisis de la Opinión N° 110-2018/DTN se desarrolla bajo el marco de lo establecido en la Ley N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341, y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

- Por otra parte, resulta pertinente señalar que el numeral 157.3 del artículo 157 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019, establece que el incremento de las garantías debe ser realizada en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles de ordenada la prestación adicional.

determinado dentro del cual se deban aumentar proporcionalmente las garantías otorgadas como consecuencia de la aprobación de una prestación adicional, ello no obsta que dicha exigencia deba ser cumplida conforme al plazo y a las disposiciones que, para tal efecto, establece cada Entidad; la cual —en atención al cumplimiento de los fines, metas y objetivos que persigue a través de la contratación— debe garantizar la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos, adoptando las decisiones de gestión que resulten más eficientes durante el proceso de ejecución del contrato, tales como fijar el plazo que tiene el contratista para aumentar, de manera proporcional, las referidas garantías”.

En ese mismo sentido, con motivo de la aprobación de una modificación convencional que genere variación en el precio del contrato, corresponde a la Entidad —en una decisión de gestión - establecer el plazo perentorio que tendrá el contratista para actualizar el valor de la garantía de fiel cumplimiento, el cual debe ser razonable y coherente con el propósito de cautelar la ejecución de dicha garantía frente a un eventual incumplimiento de las obligaciones vigentes del contratista.

2 CONCLUSIONES

- 3.1. La aprobación de una modificación convencional puede implicar la variación del precio del contrato, conforme a los términos de la Ley y el Reglamento, en cuyo caso se genera la necesidad de que el contratista actualice el monto de la garantía de fiel cumplimiento, proporcionalmente, en función del incremento o disminución del precio que produjera dicha modificación.
- 3.2. Con motivo de la aprobación de una modificación convencional que genere variación en el precio del contrato, corresponde a la Entidad —en una decisión de gestión- establecer el plazo perentorio que tendrá el contratista para actualizar el valor de la garantía de fiel cumplimiento, el cual debe ser razonable y coherente con el propósito de cautelar la ejecución de dicha garantía frente a un eventual incumplimiento de las obligaciones vigentes del contratista.

Jesús María, 18 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JDS