

OPINIÓN N° 128-2023/DTN

Solicitante: Rafael Yvanoff Montoya Álvarez
Asunto: Garantía de fiel cumplimiento
Referencia: Formulario de solicitud de consulta recibido el 28.NOV.2023

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Rafael Yvanoff Montoya Álvarez formula una consulta referida a la garantía de fiel cumplimiento de acuerdo con lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado y la posibilidad de reemplazarla durante la ejecución del contrato.

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 sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

“Considerando que la normativa de contrataciones, permite que la garantía de fiel cumplimiento pueda ser cubierto por carta fianza de caución, o con la retención del monto correspondiente del contrato bajo las condiciones establecidas en la norma ¿es posible solicitar el cambio de la garantía de fiel

cumplimiento que se ha otorgado inicialmente con una retención del contrato original, por una garantía de carta fianza o póliza de caución durante la ejecución del contrato de obra?” (Sic.).

- 2.1. En primer lugar, 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.

En relación con ello, el artículo 148 del Reglamento establece que los postores y/o contratistas presentan como garantías, cartas fianza o pólizas de caución, las cuales deben ser emitidas por entidades que se encuentren bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

- 2.2. Por otra parte, el artículo 149 del Reglamento establece que la garantía de fiel cumplimiento, es un requisito indispensable para perfeccionar el contrato, así, el postor ganador entrega dicha garantía a la Entidad por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, la que debe 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.

Asimismo, los numerales 149.4 y 149.5 del artículo 149 del Reglamento establecen que:

“149.4. 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. En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio solo procede cuando:

- a) El procedimiento de selección original del cual derive el contrato a suscribirse sea una Adjudicación Simplificada;*
- b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,*
- c) El pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas, en función del avance de obra”.*

149.5. 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”.

Como se advierte, las Micro y Pequeñas Empresas (MYPES) que ganen la Buena Pro tienen el beneficio de elegir una forma alternativa de garantía distinta a la

prevista de forma general —ya señalada en el numeral 2.1—, que consiste en que la Entidad constituya un depósito, afectando un porcentaje de los pagos a cuenta que le corresponden al contratista durante la ejecución del contrato.

- 2.3. Ahora bien, durante la ejecución del contrato, el contratista (en este caso, MYPE) podría solicitar la variación de la garantía de fiel cumplimiento de una retención a una carta fianza que reúna los requisitos previstos en el artículo 148 del Reglamento, la cual, en caso sea aceptada por la Entidad, no debe afectar la obligación del contratista de garantizar a la Entidad, de manera continua, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De esta forma, aun cuando se varíe la garantía, el contratista debe seguir cumpliendo con su obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento de manera ininterrumpida, y la Entidad debe encontrarse siempre debidamente protegida ante un eventual incumplimiento por parte del contratista.

Cabe añadir que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento para efectuar la variación de la garantía de fiel cumplimiento, en el caso de las MYPES, de la retención a una carta fianza o póliza de caución; de esta manera, la Entidad, puede adoptar la decisión de gestión de autorizar la variación de la garantía, aceptando la carta fianza o la póliza de caución, cautelando que la misma cumpla con las condiciones y requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley y 148 del Reglamento.

3. CONCLUSIÓN

La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento para efectuar la variación de la garantía de fiel cumplimiento, en el caso de las MYPES, de la retención a una carta fianza o póliza de caución; de esta manera, la Entidad, puede adoptar la decisión de gestión de autorizar la variación de la garantía, aceptando la carta fianza o la póliza de caución, cautelando que la misma cumpla con las condiciones y requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley y 148 del Reglamento.

Jesús María, 29 de diciembre de 2023



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 29.12.2023 17:01:50 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS