

OPINIÓN N° 034-2024/DTN

Solicitante: Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Huánuco
Asunto: Garantía de fiel cumplimiento
Referencia: Formulario de solicitud de consulta recibido el 09.MAY.2024

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Huánuco formula una consulta referida a la garantía de fiel cumplimiento de acuerdo con lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado sobre variación de la garantía de fiel cumplimiento 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias².
- “**Reglamento**” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias³.

¹ En atención a la competencia conferida a esta Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la 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 (2) consultas planteadas, la segunda no cumple con los requisitos establecidos, toda vez que para su atención requiere necesariamente del análisis del caso concreto, situación que excede la facultad prevista en el literal n) del artículo 52 de la Ley. Por tal motivo, la consulta **no** será absuelta en el marco de la presente Opinión.

² Realizadas mediante Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero 2019; Ley N° 31433, vigente desde el 07 de marzo de 2022.

³ Realizadas mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N° 168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N° 250-2020-EF, vigente desde el 05 de setiembre de 2020; Decreto Supremo N° 162-2021-EF, vigente desde el 12 de julio de 2021; Decreto

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

“¿Es posible realizar el cambio del tipo de garantía de fiel cumplimiento, de retención a carta fianza durante la ejecución del contrato?” (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.

Las mencionadas garantías 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 garantías⁴; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Por su parte, 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 que cuenten con clasificación de riesgo B o superior.

- 2.2. Al respecto, debe tenerse presente que, de conformidad al artículo 149 del Reglamento, 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

Supremo N° 234-2022-EF, vigente desde el 28 de octubre de 2022; Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022; y, Decreto Supremo N°167-2023-EF, vigente desde el 05 de agosto de 2023.

⁴ Para tal efecto, es necesario la revisión de exigencias previstas por la normativa del sector que regulen la materia.

del mismo". (El énfasis es agregado)

Como se advierte, las Micro y Pequeñas Empresas (MYPES) ganadoras de la Buena Pro de contratos de ejecución periódica, 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.

Ahora bien, durante la ejecución del contrato, el contratista que tiene la calidad de 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 33 de la Ley y el artículo 148 del Reglamento⁵, la cual, en caso sea aceptada por la Entidad⁶, no debe afectar la obligación del contratista de garantizar a la Entidad, de manera continua, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento para efectuar la variación de la garantía de fiel cumplimiento⁷ durante la ejecución contractual, es posible que la Entidad—en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad— autorice la variación de la garantía de una retención a una carta fianza o póliza de caución a solicitud del contratista que tiene la calidad de MYPE, siempre que la garantía cumpla con las condiciones y requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley y 148 del Reglamento, cautelando que se mantenga la cobertura del 10% del monto contractual durante todo el periodo correspondiente, y de esa manera, la Entidad no se encuentre desprotegida ante un eventual incumplimiento por parte del contratista.

3. CONCLUSIÓN

La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento para efectuar la variación de la garantía de fiel cumplimiento durante la ejecución contractual, sin embargo, es posible que la Entidad—en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad— autorice la variación de la garantía de una retención a una carta fianza o póliza de caución a solicitud del contratista que tiene la calidad de MYPE, siempre que la garantía cumpla con las condiciones y requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley y 148 del Reglamento, cautelando que se mantenga la cobertura del 10% del monto contractual durante todo el periodo correspondiente, y de esa manera, la Entidad no se encuentre desprotegida ante un eventual incumplimiento por parte del contratista.

Jesús María, 5 de junio de 2024

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

PMR.

⁵ Y demás normas del sector que regulen la materia.

⁶ Sobre el particular, véanse las Opiniones N^{os} 121-2015-DTN y 128-2023-DTN

⁷ Ni para la devolución de lo retenido. Cabe indicar que, la devolución de la garantía de fiel cumplimiento en el marco de lo dispuesto por el artículo 150 del Reglamento, corresponde a un supuesto distinto al desarrollado en la presente Opinión.