

OPINIÓN N° 036-2024/DTN

Solicitante: Carboz Constructora y Minería E.I.R.L

Asunto: Alcances sobre la aplicación del numeral 149.5 del Reglamento

Referencia: Formulario S/N de fecha 13.MAY.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Omar Rolando Carbajal Soto, Representante Legal de la Empresa Carboz Constructora y Minería E.I.R.L, formula consultas relacionadas con lo dispuesto en el numeral 149.5 del artículo 149 del Reglamento.

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 Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1444 (en adelante, la “Ley”).

¹ En atención a la competencia conferida a esta 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°2 del TUPA del OSCE “*Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado*”, **advertiéndose que de las (4) consultas planteadas, la tercera de ellas** no cumple con dichos requisitos, toda vez que no se encuentra referida a la interpretación general sobre el sentido y alcance de algún dispositivo de dicha normativa, sino que plantea un determinado supuesto a fin de que este despacho defina cómo debería realizarse la retención prevista en el numeral 149.4 del artículo 149 del Reglamento; análisis que excede las competencias conferidas a esta Dirección, y que debe ser realizado por la propia Entidad contratante, considerando los elementos particulares del caso concreto. Por tal motivo, dicha consulta no podrá ser absuelta en el marco de la presente opinión.

- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus posteriores modificatorias (en adelante, el “Reglamento”)².

Precisado lo anterior, corresponde anotar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Cuál es la definición de "número total de pagos a realizarse" a la que se hace mención en el numeral 149.5 del RLCE? ¿Puede ser diferente el "número total de pagos a realizarse" de un contrato de ejecución de obra debido a la fecha del inicio del plazo de ejecución de obra, para obras con valorizaciones a periodos mensuales, con el número de pagos inicialmente considerados en las bases integradas, considerándolo como el número resultante de la división del plazo de ejecución (en d.c.) entre 30 d.c.?”

2.1.1. De manera preliminar, cabe señalar que las consultas que absuelve este despacho son aquellas referidas al sentido o alcances de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a casos o asuntos concretos.

En ese contexto, a continuación se brindarán alcances de carácter general relacionados con la interpretación de lo dispuesto en el numeral 149.5 del artículo 149 del Reglamento.

2.1.2. Precisado lo anterior, debe indicarse que el artículo 149 del Reglamento regula la presentación de la garantía de fiel cumplimiento como uno de los requisitos para perfeccionar el contrato.

Al respecto, dicha garantía debe cumplir las condiciones exigidas por Ley³, ser equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, y debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en caso de bienes o servicios y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Ahora bien, el referido artículo también contempla, para ciertos casos⁴, la

² 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 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 el Decreto Supremo N° 167-2023, vigente desde el 05 de agosto de 2023.

³ Conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley.

⁴ “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”. (El énfasis es agregado).

posibilidad de garantizar el contrato público suscrito mediante la modalidad de retención del diez por ciento (10%) del monto del contrato original, **porcentaje que es retenido por la Entidad periódicamente, conforme a lo dispuesto en el numeral 149.5 del Reglamento.**

En ese contexto, el referido numeral 149.5 establece que *“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”*. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, la citada norma dispone que la retención del monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato se efectúe, de forma prorrateada, durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse.

2.1.3. De esa manera, se advierte que el numeral 149.5 del artículo 149 del Reglamento contempla que la retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, lo que en un contrato de ejecución de obras con valorizaciones mensuales se refiere a la primera mitad del número total de valorizaciones a realizarse periódicamente.

2.2. *“Según el numeral 149.5 del RLCE se indica que la retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, (...), sin embargo, para el caso en que el número total de pagos a realizarse sea un número impar la primera mitad corresponde a un número decimal, hecho que no es concebido en el RLCE porque el número de pagos corresponde a un número natural. ¿La retención se efectúa en la primera mitad del número total de pagos a realizarse aproximada al número natural mayor o menor, en caso de número total de pagos impares?”*.

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el numeral 149.5 del artículo 149 del Reglamento contempla que la retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, lo que en un contrato de ejecución de obras con valorizaciones mensuales se refiere a la primera mitad del número total de valorizaciones a realizarse periódicamente.

En ese contexto, cabe anotar que en el marco de un contrato de ejecución periódica cuyo número total de pagos a realizarse sea impar, la retención aplicable se realiza -indistintamente- conforme a lo dispuesto en el numeral 149.5, esto es, durante la primera mitad del número de pagos a realizarse, lo que equivale a la primera mitad del número total de valorizaciones periódicas en contratos de ejecución de obra.

2.3. *“Las modificaciones contractuales respectivas al plazo de ejecución de una obra, como son la ampliación de plazo y suspensión de plazo, pueden modificar el número total de pagos Inicialmente considerados al Inicio del plazo de ejecución. ¿El monto de la retención para el fondo de garantía a la que indica el numeral 149.5 del RLCE se vería modificado por el nuevo número total de pagos debido a tales modificaciones? O ¿Cuál es la correcta interpretación del numeral 149.5 del RLCE para estas circunstancias, de modificaciones al plazo de ejecución de obra?”*.

2.3.1. Conforme a lo indicado al absolver la primera consulta, el numeral 149.5 del artículo 149 del Reglamento contempla que la retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, lo que en un contrato de ejecución de obras con valorizaciones mensuales se refiere a la primera mitad del número total de valorizaciones a realizarse periódicamente.

Por tanto, si el número total de pagos a realizarse (valorizaciones, en contratos de obra) varía en virtud de la aplicación de alguna figura propia de la ejecución contractual -como por ejemplo, la aprobación de prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo o suspensión del plazo, según el caso concreto-, corresponde a la Entidad contratante efectuar el cálculo respectivo para realizar la retención prorrateada del diez por ciento (10%) del monto del contrato original o vigente⁵, según sea el caso, durante la primera mitad de número total actualizado de pagos a realizarse.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El numeral 149.5 del artículo 149 del Reglamento contempla que la retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, lo que en un contrato de ejecución de obras con valorizaciones mensuales se refiere a la primera mitad del número total de valorizaciones a realizarse periódicamente.
- 3.2. En el marco de un contrato de ejecución periódica cuyo número total de pagos a realizarse sea impar, la retención aplicable se realiza -indistintamente- conforme a lo dispuesto en el numeral 149.5, esto es, durante la primera mitad del número de pagos a realizarse, lo que equivale a la primera mitad del número total de valorizaciones periódicas en contratos de ejecución de obra.
- 3.3. Si el número total de pagos a realizarse (valorizaciones, en contratos de obra) varía en virtud de la aplicación de alguna figura propia de la ejecución contractual -como por ejemplo, la aprobación de prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo o suspensión del plazo, según el caso concreto-, corresponde a la Entidad contratante efectuar el cálculo respectivo para realizar la retención prorrateada del diez por ciento (10%) del monto del contrato original o vigente, según sea el caso, durante la primera mitad de número total actualizado de pagos a realizarse.

Jesús María, 11 de junio de 2024

CARLA GABRIELA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

LAA.

⁵ De conformidad con el numeral 205.15 del artículo 205 del Reglamento, cuando se apruebe la prestación adicional de obra el contratista está obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.