

Pasos a seguir para el estudio de este capítulo

Paso 1.- Lea el texto del capítulo “Las garantías en la ejecución contractual y penalidades”, que trabajaremos del 26 al 30 de noviembre.

Paso 2.- Puede escribir al docente y/o tutor si tuviera alguna duda o pregunta de este capítulo.

Paso 3.- Prosiga con el estudio del capítulo. Luego pase al capítulo 3.

Índice

I. Garantías.

A. Requisitos y condiciones.

1. Incondicionalidad.
2. Solidaridad.
3. Irrevocabilidad.
4. De realización automática en el país al solo requerimiento de la Entidad

B. Clases de garantías en la fase de ejecución contractual.

1. Garantía de fiel cumplimiento.
2. Garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias.
3. Garantía por el monto diferencial de propuesta.
4. Garantía por adelantos.

C. Excepciones de presentación de las garantías de fiel cumplimiento.

D. Caso particular de la micro y pequeña empresa (MYPE).

E. Ejecución de garantías.

F. Opiniones recomendadas emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

II. Penalidades.

A. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

B. Otras penalidades.

C. Acumulación del monto máximo de penalidad.

D. Los contratos complementarios y las penalidades.

Introducción

Las garantías tienen como finalidad asegurar el cumplimiento del contrato ya formalizado y las responsabilidades del contratista derivadas del mismo. De otro lado, tienen una relación directa con las penalidades establecidas en la norma de contratación pública, para los casos en que los contratistas incumplen sus obligaciones contractuales o las cumplen en forma parcial, tardía o defectuosa.

Las garantías y las penalidades cumplen una doble función:

- Compulsiva: lo que pretenden es compeler u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el contrato (y/o en la Ley y en el Reglamento) y a la ejecución de las garantías que presentó para garantizar su obligación.
- Resarcitoria: a través de su ejecución y aplicación, respectivamente, se busca indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

Respecto a las garantías, nuestra norma de contratación pública¹ regula las siguientes:

- Garantía de seriedad de oferta².
- Garantía de fiel cumplimiento del contrato.
- Garantía por los adelantos.
- Garantía por el monto diferencial de propuesta.

La primera de ellas, la garantía de seriedad de oferta³, tiene como finalidad garantizar la vigencia de la oferta. Debe ser presentada por los postores solamente durante el proceso de selección y por tanto, su utilidad se agota con el perfeccionamiento del contrato respectivo.

En ese sentido, dado que el objeto de este capítulo es el análisis de las garantías que se deben presentar para la ejecución contractual, desarrollaremos las garantías relacionadas directamente con dicha etapa.

¹ Artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado.

² Revisar la [Opinión N° 036-2009/DTN](#)

³ Artículo 157° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

I. Garantías

El término garantía contiene en esencia la finalidad de brindar seguridad, protección o certeza sobre algo. En este contexto, la Ley y su Reglamento, normas que tienen como objetivo principal lograr la contratación eficiente de bienes, servicios y obras para que las Entidades del Sector Público puedan cumplir con sus funciones encomendadas frente a la comunidad, ha regulado las garantías que los postores y/o contratistas deben presentar durante un proceso de contratación pública.

A. Requisitos y condiciones

Las particularidades⁴ que deben contener las garantías a fin de que una Entidad las acepte, son las siguientes:

1. Incondicionalidad

La ejecución de la garantía que respalda la obligación hasta determinado monto, no se encuentra sujeta a condición alguna.

2. Solidaridad

Se refiere a la responsabilidad compartida respecto al pago de la deuda; es decir, tanto el deudor (proveedor que contrata con el Estado) como el fiador (empresas que emiten la garantía), son indistintamente responsables del pago de la deuda.

Es preciso considerar que las garantías en materia de contratación pública establecen un tope que viene a ser el monto hasta por el cual se ha garantizado determinada obligación.

3. Irrevocabilidad

El deudor y el fiador garantizarán la obligación mientras se encuentre vigente la garantía. Por tanto, esta no puede ser anulada de manera unilateral.

4. De realización automática en el país al solo requerimiento de la Entidad

Se refiere a la obligación que tienen las empresas emisoras de las garantías, de no oponerse a su ejecución. Deben honrarlas dentro del plazo máximo de tres (03) días; en caso contrario, generará responsabilidad solidaria, dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad y serán sujetos de sanción por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.

⁴ Artículo 39° de la Ley y Artículo 155° del Reglamento

Las empresas habilitadas para emitir las garantías deben estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva. Sobre el particular, el OSCE emitió el [Comunicado N° 007-2009/OSCE-PRE](#), en el cual se indica la relación de instituciones del Sistema Financiero y de Seguros autorizadas para emitir cartas fianzas.

De otro lado, mediante [Opinión N° 112-2009/DTN](#) el OSCE precisó que el cheque de gerencia, al constituir un título valor cuya función principal es la de ser un medio de pago, no reviste el carácter de una garantía.

En lo que respecta a la Entidad, frente a la presentación de una garantía acorde a las exigencias indicadas anteriormente, queda claro que se encuentra obligada a aceptarla bajo responsabilidad.

B. Clases de garantías en la fase de ejecución contractual

Las garantías establecidas en materia de contratación pública para la fase de ejecución contractual, tienen como objetivo garantizar el cumplimiento de los contratos celebrados por las Entidades del Sector Público, en los cuales se encuentran comprometidos intereses y recursos públicos; no obstante, tienen su propia naturaleza en función a un objeto o situación en particular.

1. Garantía de fiel cumplimiento

Esta garantía⁵ tiene como objetivo respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista, de todas las obligaciones que asumió frente a la Entidad, según lo estipulado en el contrato y lo dispuesto en las Bases integradas y la oferta ganadora⁶.

En el siguiente cuadro indicamos sus características:

FICHA I: GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO

CARACTERÍSTICA	COMENTARIO
Exigibilidad	La garantía de fiel cumplimiento es un requisito indispensable para suscribir el contrato; salvo que nos encontremos en alguna de las excepciones establecidas en el Artículo 161º del Reglamento.

⁵ Artículo 158º del Reglamento.

⁶ Artículo 142º del Reglamento.

<p>Oportunidad de presentación</p>	<p>Debe presentarse durante el procedimiento de suscripción del contrato.</p> <p>Al respecto, el OSCE a través de la Opinión N° 006-2010/DTN, señaló que la Entidad puede fijar una plazo referencial, anterior al plazo para la suscripción del contrato, para que el postor ganador de la Buena Pro remita los documentos requeridos en las Bases, incluida la garantía de fiel cumplimiento, a efectos de que las áreas correspondientes efectúen las calificaciones pertinentes. No obstante, en ningún caso, el incumplimiento de remitir la documentación en el plazo referencial fijado, podría generar que se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro.</p> <p>De otro lado, mediante la Opinión N° 119-2009/DTN, el OSCE precisó que la normativa de contratación pública no había previsto la subsanación de las garantías durante la etapa de ejecución contractual, es decir, después de haberse suscrito el contrato.</p>
<p>Monto</p>	<p><u>Regla general:</u> debe ser equivalente al 10% del monto del contrato original.</p> <p><u>Reglas específicas:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ En los contratos periódicos de suministros de bienes, prestación de servicios, de ejecución y consultoría de obras, que se tengan que celebrar con las Micro y Pequeñas Empresas, dichas empresas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el 10% del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad. ✓ En el caso de los contratos para ejecución de obras, el beneficio de retención antes indicado será posible si: <ul style="list-style-type: none"> • Por el monto, el contrato a suscribirse corresponde a una Adjudicación de Menor Cuantía, Directa Selectiva o a una Directa Pública. • El plazo de ejecución de la obra es igual o mayor a sesenta (60) días calendario. • El pago a favor del contratista considera por lo menos dos (02) valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.

OVigencia	<p>En el caso de bienes y servicios, hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista.</p> <p>En el caso de ejecución y consultoría de obras públicas, hasta el consentimiento de la liquidación final.</p> <p>Para el caso de contratos que tengan una vigencia superior a un (01) año, las Entidades pueden aceptar que el ganador de la Buena Pro presente, antes de la suscripción del contrato, la garantía de fiel cumplimiento con una vigencia de un (01) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad o de ser el caso, el consentimiento de la liquidación.</p>
------------------	--

2. Garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias

Esta garantía⁷ tiene como objetivo respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista, de las prestaciones accesorias (distintas de la prestación principal) a las que se encuentra obligado frente a la Entidad según lo estipulado en el contrato, así como lo dispuesto en las Bases Integradas y la oferta ganadora.

Adicionalmente y en concordancia con lo indicado en la [Directiva N° 009-2009-OSCE/CD](#), la obligación de cumplir las prestaciones accesorias tiene su sustento en la vinculación que sigue manteniendo el contratista con la Entidad, independientemente de la prestación principal a la que se encuentra obligado y para la cual, como se indicó, existe la obligación de presentar una garantía de fiel cumplimiento.

Como aspectos relevantes de la mencionada Directiva, encontramos:

- i) Que, los contratos relacionados a la prestación principal y a las prestaciones accesorias, pueden estar contenidas en uno o dos documentos.
- ii) Que, en el supuesto que ambas prestaciones (tanto la principal como la accesoría) se encuentren en un mismo documento, estas deben estar claramente diferenciadas, en lo que respecta, entre otros, al precio y plazo de cada prestación.
- iii) Que, una vez cumplida la prestación principal a satisfacción de la Entidad, se debe aprobar la liquidación del contrato y darle el tratamiento correspondiente a la garantía que afianzaba dicha prestación, de igual forma para la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias.

En el siguiente cuadro señalamos sus características:

⁷ Artículo 159° del Reglamento.

FICHA II: GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR PRESTACIONES ACCESORIAS

CARACTERÍSTICA	COMENTARIO
Exigibilidad	La garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias es un requisito indispensable para suscribir el contrato, salvo que nos encontremos en alguna de las excepciones establecidas en el Artículo 161º del Reglamento.
Oportunidad de presentación	Esta garantía debe presentarse durante el procedimiento de suscripción del contrato. Las consideraciones adicionales, establecidas en la Opinión N° 006-2010/DTN y en la Opinión N° 119-2009/DTN , le son aplicables a la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias (como se indicó en la Ficha I).
Monto	Según la Directiva N° 009-2009-OSCE/CD , para determinar el monto de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, es necesario que se haya individualizado los montos correspondientes a la(s) prestación(es) principal(es) y a la(s) prestación(es) accesorias(s) en las Bases del proceso de selección y en cada propuesta económica presentada. El postor ganador de la Buena Pro deberá otorgar dicha garantía por una suma equivalente al 10% del valor total de las prestaciones accesorias, según lo que haya declarado en su oferta.
Vigencia	La Directiva N° 009-2009-OSCE/CD establece que la garantía debe ser renovada periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas. En el caso de bienes y servicios distintos a los de consultoría de obras, debe tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista; y, en el caso de ejecución y consultoría de obras, hasta el consentimiento de la liquidación final.

3. Garantía por el monto diferencial de propuesta

Esta garantía⁸ tiene como objetivo garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, protegiendo a las Entidades contratantes de ofertas temerarias, como las propuestas económicas que de manera anormal se encuentran muy por debajo del valor referencial

⁸ Artículo 160º del Reglamento.

establecido en las Bases del proceso, las mismas que podrían ser de difícil o imposible cumplimiento.

Como parte de las Opiniones que el OSCE viene emitiendo sobre la garantía por el monto diferencial de la propuesta, encontramos a las siguientes: [Opinión N° 038-2010/DTN](#) y [N° 049-2010/DTN](#), las cuales precisan que los valores que se deben tomar en cuenta para sacar el cálculo de la garantía por el monto diferencial de la propuesta, son el valor referencial del proceso de selección que es único y el monto de la propuesta económica del postor, independientemente que aquella incluya el IGV o no.

En el siguiente cuadro indicamos sus características:

FICHA III: GARANTÍA POR EL MONTO DIFERENCIAL DE PROPUESTA

CARACTERÍSTICA	COMENTARIO
Exigibilidad	<p>Constituye un requisito indispensable para suscribir el contrato.</p> <p>La obligatoriedad de su presentación se configura de la siguiente forma:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Para la contratación de servicios, cuando la propuesta económica es inferior al valor referencial en más del 10% de este. ✓ Para la contratación de bienes, cuando la propuesta económica es inferior al valor referencial en más del 20% de éste. <p>El monto mínimo admisible de la propuesta económica para el caso de ejecución y consultoría de obras es de 90% del valor referencial⁹. Por ello, en dichos casos no es exigible la presentación de la garantía por el monto diferencial de propuesta.</p>
Oportunidad de presentación	<p>Durante el procedimiento de suscripción del contrato.</p> <p>Las consideraciones adicionales establecidas en la Opinión N° 006-2010/DTN y en la Opinión N° 119-2009/DTN le son aplicables a la garantía por el monto diferencial de propuesta (como se indicó en la Ficha I).</p>
	<p>El 25% de la diferencia entre el valor referencial del proceso y la</p>

⁹ Según el artículo 39° del Reglamento.

<p>Monto</p>	<p>propuesta económica.</p> <p>Ejemplo: Para una contratación de bienes</p> <p>Valor referencial del proceso = S/. 200 000.00 Monto de propuesta económica = S/. 130 000.00</p> <p>Como vemos, la propuesta económica (S/. 130 000.00) es inferior al valor referencial (S/. 200 000.00) en más de 20% de dicho valor. Por tanto, en el presente caso debe exigirse la presentación de la garantía por el monto diferencial de la propuesta.</p> <p>Ahora bien, el monto de la garantía lo obtendremos aplicando el 25% al resultado de la siguiente resta:</p> <p>Valor referencial del proceso = S/. 200 000.00 - Monto de propuesta económica = S/. 130 000.00 ----- S/. 70 000.00</p> <p>En este ejemplo, el 25% de S/. 70 000.00 es igual a S/. 17 500.00. Por tanto, este es el monto que debe tener la garantía por el monto diferencial de la propuesta.</p> <p>Mediante la Opinión N° 059-2010/DTN, el OSCE precisó que a efectos de establecer la obligatoriedad en la presentación de la garantía por el monto diferencial de propuesta para aquellos postores que gocen del beneficio de la Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, se tomará en cuenta el monto del valor referencial del proceso de selección que es único e incluye el IGV y el monto de la propuesta económica del postor, independientemente que esta incluya o no el IGV.</p>
<p>Vigencia</p>	<p>Deberá tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios.</p> <p>En el caso de contratos que tengan una vigencia superior a un (01) año, y antes de la suscripción del contrato, las Entidades pueden aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía por el monto diferencial, con una vigencia de un (01) año; con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad o de ser el caso, el consentimiento de la liquidación.</p>

4. Garantía por adelantos

En principio, es importante hacer recordar que los adelantos dentro del marco de la normativa de Contratación Estatal, tienen como propósito financiar la

ejecución de las prestaciones del Contratista, para el cumplimiento óptimo del contrato.

Ahora bien, sólo a solicitud del Contratista y siempre que haya sido previsto en las Bases, las Entidades podrán entregar adelantos en los casos, montos y condiciones señalados en el Reglamento y, para que ello proceda, el Contratista deberá garantizar el monto total de éste¹⁰.

Las Bases podrán establecer para bienes o servicios, adelantos directos a favor del Contratista hasta por un monto que no exceda en conjunto el 30% del monto total del contrato¹¹.

Las Bases podrán establecer para obras, adelantos directos al Contratista hasta por un monto que en conjunto no excedan el 20% del monto del contrato original y para el caso de adelantos para materiales e insumos, que estos no superen el 40% del monto del contrato original¹².

Bajo ese contexto, esta garantía¹³ tiene como objetivo garantizar la amortización total del adelanto entregado por la Entidad al contratista.

En el siguiente cuadro señalamos sus características:

FICHA IV: GARANTÍA POR ADELANTOS

CARACTERÍSTICA	COMENTARIO
Exigibilidad	La garantía por adelantos es un requisito indispensable para que la Entidad pueda efectuar el adelanto solicitado por el contratista, que ha sido previsto en las Bases del proceso.
Oportunidad de presentación	Debe presentarse antes de que la Entidad proceda a la entrega del adelanto solicitado por el contratista.
Monto	Sólo puede entregarse los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto.
Vigencia	Debe tener una vigencia mínima de tres (03) meses, que será renovada trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto.

¹⁰ Según el artículo 38° de la Ley.

¹¹ Según el artículo 171° del Reglamento,

¹² Según los artículos 186°, 187° y 188° del Reglamento.

¹³ Artículo 162° del Reglamento.

	Mediante Opinión N° 053-2010/DTN el OSCE precisó que la devolución de la garantía por adelantos se encuentra directamente relacionada con la amortización del adelanto entregado; es decir, que la garantía por adelantos será devuelta al contratista una vez que este haya amortizado el adelanto recibido.
--	---

C. Excepciones de presentación de las garantías de fiel cumplimiento

La normativa de contratación pública¹⁴ establece ciertas excepciones a la obligación general de presentar garantías de fiel cumplimiento. Ello, debido al riesgo de incumplimiento sería improbable.

En el siguiente cuadro indicamos los supuestos:

FICHA V: EXCEPCIONES DE PRESENTACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO

N°	EXCEPCIÓN	COMENTARIO
1	<p>Contratos derivados de procesos de Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios que no provengan de procesos declarados desiertos.</p> <p>Dicha excepción también será aplicable en los contratos derivados de procesos de selección según relación de ítems, cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía.</p>	<p>En este caso el riesgo de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales es improbable.</p> <p>Además, por regla general, las exigencias de los procesos de menor cuantía son menores a aquellas establecidas para las Licitaciones o Concursos Públicos, por el monto comprometido.</p>
2	<p>Contratos de servicios derivados de procesos de Adjudicación Directa Selectiva o de procesos de selección según relación de ítems cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación Directa Selectiva.</p>	<p>Adicionalmente a lo comentado para la excepción N° 1 del presente cuadro, el riesgo de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales en estos casos es improbable, pues las prestaciones pactadas deben ser ejecutadas y sobre ellas debe</p>

¹⁴ Artículo 161° del Reglamento.

		emitirse la conformidad para que proceda el pago.
3	Adquisición de bienes inmuebles.	En este caso el riesgo de la Entidad se disipa mediante la información y documentación que los Registros Públicos pueda publicar y expedir sobre el bien inmueble materia del contrato de compraventa.
4	Contratación ocasional de servicios de transporte cuando la Entidad recibe los boletos respectivos contra el pago de los pasajes.	El riesgo de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales es improbable debido a la naturaleza y cuantía de la contratación.
5	Contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.	<p>Dado que la Entidad es la que arrienda el bien, el riesgo de incumplimiento de pago se traslada al contratista.</p> <p>Por el contrario¹⁵, en este tipo de contratos la garantía será presentada por la Entidad a favor del arrendador en los términos previstos en el contrato.</p>
6	Las contrataciones complementarias celebradas, cuyos montos se encuentren en los supuestos previstos en los numerales 1) y 2) del presente cuadro.	Las razones que sustentan esta excepción, son iguales a las comentadas para las excepciones N° 1 y N° 2 del presente cuadro.
7	La garantía por el monto diferencial de la propuesta no se presentará en los casos previstos en los numerales 1, 3, 4, 5 y para la celebración de las contrataciones complementarias.	Las razones que sustentan esta excepción, son iguales a las comentadas para las excepciones N° 1, N° 2, N° 3, N° 4 y N° 5 del presente cuadro.

D. Caso particular de la micro y pequeña empresa (MYPE)

Según la [Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa](#), en las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios, así como en

¹⁵ Según lo dispone el artículo 163° del Reglamento.

la ejecución y consultoría de obras, las Entidades prefieren a los ofertados por las MYPE, siempre que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas.

Bajo ese contexto, dicha norma, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 39° de la Ley y el artículo 155° del Reglamento, establece que para el caso de suministro periódico de bienes, prestación de servicios de ejecución periódica, ejecución y consultoría de obras que celebren las MYPE, estas podrán optar, como sistema alternativo a la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, por la retención de parte de las Entidades de un diez por ciento (10%) del monto total del contrato.

La retención de dicho monto se efectuará de forma prorrateada, durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

El beneficio antes indicado procede para el caso de los contratos de ejecución de obras, en los siguientes supuestos:

- Si por el monto, el contrato corresponde a una Adjudicación de Menor Cuantía o Adjudicación Directa (Selectiva o Pública).
- Si el plazo de ejecución de la obra es igual o mayor a 60 días calendario.
- Si el pago a favor del contratista considera, cuanto menos, dos (02) valorizaciones periódicas en función del avance de obra.

E. Ejecución de garantías

La normativa de contratación pública¹⁶ establece que al simple requerimiento de la Entidad, las garantías se ejecutarán en los siguientes supuestos:

Mediante la [Opinión N° 043-2010-ONP](#), el OSCE precisó respecto a la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y por el monto diferencial de la propuesta, que la Entidad solo podía ejecutar dichas garantías una vez que el laudo arbitral que declaraba procedente la resolución del contrato, quedaba consentido y ejecutoriado.

FICHA VI: EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

SUPUESTO	CONSIDERACIONES
Ejecución de garantías de fiel	Contra la ejecución de estas garantías, el contratista

¹⁶ Artículo 164° del Reglamento.

<p>cumplimiento y por el monto diferencial de propuesta:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Cuando no se renueva oportunamente. ✓ Cuando la liquidación queda consentida. ✓ Cuando el laudo declare precedente la resolución del contrato por parte de la Entidad. ✓ Cuando el contratista no haya cancelado el saldo a su cargo luego de la liquidación. 	<p>no tiene derecho a interponer reclamo alguno.</p> <p>Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses.</p> <p>En el caso de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna, porque se considera amortizado el adelanto otorgado.</p> <p>El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.</p> <p>La ejecución de la garantía será en su totalidad.</p>
---	---

F. Opiniones recomendadas emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

- [Opinión N° 082-2009/DTN](#). Concluye que:
 - i) Las garantías reales se constituyen a favor de un acreedor sobre bienes, muebles o inmuebles, de propiedad del deudor para garantizar el cumplimiento de la obligación u obligaciones de este. Por ello, no podría exigírsele a los postores otorgar cartas fianzas como garantías reales del cumplimiento de la garantía técnica otorgada por el postor; máxime si la garantía técnica es una obligación que asume el fabricante o vendedor de determinados bienes, por la sola venta del bien, con la finalidad de garantizar su idoneidad durante determinado plazo.
 - ii) En caso una Entidad considere necesario adoptar medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación del contratista de prestar la garantía técnica durante el plazo pactado, podría establecer en las Bases del proceso una garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias que garantice tal obligación
- [Opinión N° 123-2009/DTN](#). Concluye que:
 - i) Si bien compete a las Entidades determinar en las Bases de sus procesos de selección el tipo de garantía que aceptarán, no podrían aceptar un cheque de gerencia, pues la Ley de Títulos Valores prohíbe que estos cheques sean emitidos en garantía.

- ii) Las Entidades no podrían aceptar depósitos en sus cuentas bancarias en calidad de garantías, pues si bien cumplen una función similar a estas, no son emitidos por terceros bajo el ámbito de la SBS o que estén considerados en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que publica el Banco Central de Reserva del Perú, como lo requiere la normativa de contratación pública.

II. Penalidades

Las penalidades en la ejecución contractual, constituyen un mecanismo de resarcimiento para la Entidad, la cual se genera cuando por culpa del contratista, existe atrasos en el cumplimiento de las prestaciones pactadas (penalidad por mora¹⁷) o una ejecución deficiente según el objeto contractual (otras penalidades establecidas en las Bases¹⁸).

A. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

Mediante [Opinión N° 027-2010 2010/DTN](#) el OSCE señala que la penalidad por mora tiene por finalidad incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato.

De lo expresado, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas y se constituye como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

Adicionalmente expresa que la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista ha ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío. De esa forma, se la concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor.

La penalidad por mora es aplicada en caso de retraso injustificado en la ejecución de la prestación a cargo del contratista. Se aplica por cada día de atraso hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

La penalidad será deducida de:

¹⁷ Según el artículo 165° del Reglamento.

¹⁸ Según el artículo 166° del Reglamento.

- **De los pagos a cuenta:** Cuando los pagos de una contratación de bienes o servicios es de forma periódica¹⁹ o, para el caso de obras, en cada valorización que se efectúe según lo previsto en las Bases²⁰.
- **Del pago final o en la liquidación final:** Cuando la Entidad procede a efectuar el pago luego de haberse emitido la conformidad de la prestación del bien o servicio contratado²¹ o, para el caso de obras y consultorías de obras²², cuando se procede con la liquidación del contrato respectivo.
- **Del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta:** Luego de haberse verificado la configuración de la penalidad y uno de los supuestos que conllevan a que la Entidad ejecute las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta, según lo desarrollado en la Ficha VI del presente capítulo.

En todos los casos antes indicados, la penalidad se aplicará de manera automática y se debe calcular según la siguiente fórmula:

$$\text{La penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}}$$

Valor F	Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días	Para bienes, servicios y ejecución de obras	F = 0.40
	Para plazos mayores a sesenta (60) días	Para bienes y servicios	F = 0.25
		Para obras	F = 0.15
Monto y plazo en días se refieren:	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Al contrato. ✓ Al ítem. ✓ A la ejecución periódica a la prestación parcial. 		

En el supuesto que la prestación a cargo del contratista haya sido cumplida de manera defectuosa, la Entidad tiene la potestad de establecer un plazo para que las observaciones sean subsanadas en la oportunidad debida, durante el cual no procede la aplicación de penalidades.

¹⁹ Artículo 180° del Reglamento.

²⁰ Artículo 197° del Reglamento.

²¹ Artículos 177° y 180° del Reglamento.

²² Artículos 179° y 211° del Reglamento.

En caso la Entidad considere, debido a la magnitud de las observaciones efectuadas a la prestación a cargo del contratista, como no ejecutada la prestación, no procederá otorgar un plazo para subsanar dichas observaciones y por tanto, deberá aplicar las penalidades correspondientes, o de ser el caso, proceder a la resolución del contrato conforme lo dispuesto en el artículo 166º del Reglamento²³.

B. Otras penalidades

El Reglamento señala que se puede establecer penalidades distintas a la penalidad por mora hasta un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades, de ser el caso, se calculan de forma independiente a la penalidad por mora, es decir, que el contratista puede haber incurrido en la penalidad máxima por mora (10%) y el monto máximo por otras penalidades (10%).

Las penalidades deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria y, adicionalmente, acompañadas de un procedimiento claro.

A continuación, daremos algunos ejemplos de penalidades específicas distintas a la penalidad por mora, que podrían ser utilizadas por las Entidades considerando la particularidad de cada objeto contractual.

Ejemplos:

1. Penalidades para servicios

- Penalidad “*Uniforme*”: Por cada persona designada por el contratista que incumpla el uso del uniforme, o el uso inadecuado del mismo (Sucio, rotos y otros), incluyendo el administrador.
- Penalidad “*Identificación*”: Por cada persona designada por el contratista que incumpla con el uso de Fotochek.
- Penalidad “*Hoja de Vida*”: Por falta de entrega de hojas de vida de cada persona reemplazada para brindar el servicio.
- Penalidad “*Ausencia*”: Por la ausencia de personal según el requerimiento mínimo solicitado y ofertado.
- Penalidad “*Materiales*”: Cuando el (los) trabajador(es) del contratista no cuente(n) con los materiales requeridos o que los tenga(n) incompletos.

²³ Revisar Opinión N° 027-2010/DTN.

- Penalidad "*Implementos de Protección Personal*": Cuando el contratista no cumpla con dotar a su personal de los elementos de seguridad.

2. Penalidades para bienes

- Penalidad "*Cronograma*": Cuando el contratista incumple o cambia la programación de distribución de los bienes objeto del contrato.
- Penalidad "*Documentos*": Cuando el contratista incumple con remitir las certificaciones, garantías, manuales, entre otros, de los bienes adquiridos por la Entidad.
- Penalidad "*Condiciones de Entrega*": Cuando el contratista incumple con entregar los bienes en el lugar o con los controles de seguridad establecidos en el contrato.
- Penalidad "*Accesorios*": Cuando el contratista incumple con entregar el kit de mantenimiento del bien contratado.

3. Penalidades para obras

- Penalidad "*Materiales o Herramientas*": Cuando el (los) trabajador(es) del contratista no cuente(n) con los materiales requeridos o que los tenga(n) incompletos.
- Penalidad "*Seguridad de Obra y Señalización*": Cuando el contratista no cuente con los dispositivos de seguridad en la obra tanto peatonal o vehicular, incumpliendo las normas, además de las señalizaciones solicitadas por la Entidad.
- Penalidad "*Indumentaria e Implementos de Protección Personal*": Cuando el contratista no cumpla con dotar a su personal de los elementos de seguridad.
- Penalidad "*Cartel de Obra*": Cuando el contratista no coloque el cartel de la obra dentro del plazo establecido en las especificaciones técnicas.
- Penalidad "*Valorizaciones*": Cuando el contratista no efectúe las valorizaciones en el plazo establecido en las Bases.
- Penalidad "*Pruebas y Ensayos*": Cuando el contratista no realiza las pruebas y ensayos oportunamente para verificar la calidad de los materiales y las dosificaciones.

- Penalidad “*Residente de Obra*”. Cuando el residente no se encuentra en forma permanente en la obra.

Ejemplos de penalidades distintas a las penalidades por mora aplicables al servicio de seguridad y vigilancia:

ITEM	DESCRIPCIÓN	PENALIDAD
1	No contar con carné visible de identificación personal del servicio de vigilancia vigente (DISCAMEC).	S/. 50,00 y retiro del agente en forma inmediata.
2	Tener licencia de uso de armas caduco y/o no contar con licencia de uso de armas que corresponda al arma en uso.	S/. 100,00 y retiro del agente en forma inmediata.
3	Tener carné de identificación personal caduco.	S/. 50,00 y retiro del agente en forma inmediata.
4	Cambiar personal de vigilancia sin aviso y/o autorización de la Oficina de Logística.	S/. 50,00 y retiro del agente en forma inmediata.
5	No brindar descanso al personal mediante el agente “descansero”.	S/. 100,00 al detectar la situación infractora.
6	Cubrir dos turnos continuos con el mismo agente.	S/.100,00 entendiéndose “por no cubierto el puesto”.
7	Reemplazar al agente o supervisor con personal que no cumpla con el mismo perfil según los términos de referencia.	S/. 50,00 y retiro del agente i en forma inmediata.
8	Puesto de vigilancia no cubierto	S/. 100,00 por hora hasta el tope de dos (02) horas por día y hasta un máximo acumulado de doce (12) horas.

C. Acumulación del monto máximo de la penalidad

Si el contratista ha acumulado el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo de otras penalidades, la Entidad se encuentra facultada para resolver el contrato.

Esta es una de las causales de resolución del contrato por incumplimiento establecida en el Reglamento²⁴. En este caso es suficiente comunicar al contratista la decisión de resolver el contrato mediante carta notarial.

²⁴ En el numeral 3 del artículo 168º del Reglamento.

D. Los contratos complementarios y las penalidades

Mediante [Opinión N° 074-2008/DOP](#) y [Opinión N° 007-2010/DTN](#) el OSCE señaló que el contrato complementario debe incorporar las penalidades especiales previstas en el contrato original, sin que se pueda efectuar supresiones, modificaciones o adiciones que generen regulaciones más onerosas para el proveedor o que, por el contrario, fueran más beneficiosas.