



# La ansiada devolución de la Garantía de la Fianza del Fiel Cumplimiento en los contratos de obra pública

## The long-awaited return of the Performance Bond in Public Works Contracts

Sherin Limas\*

*Investigadora independiente*

### Resumen:

El presente artículo plantea la problemática generada por la retención de la carta fianza de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación practicada en los contratos de ejecución de obra, bajo el régimen general de contratación pública; los impactos que ello genera en la dinámica del sector construcción, específicamente, en los casos en los que la obra fue recibida a conformidad de la entidad. Además, se analiza el último cambio normativo – vigente desde el 2019 – el cual esboza una paliativa solución que propone la devolución e intercambio de fianza de fiel cumplimiento por un menor monto asegurado. Finalmente, se traza una perspectiva que permite identificar la solución más eficiente.

### Abstract:

This paper raises the problem generated by the retention of the performance bond until the consent of the settlement in the public works contracts; its impacts on the dynamics of the construction sector, specifically in public works cases. In addition, the latest regulatory change - in force since 2019 - is analyzed, it outlines a palliative solution that proposes the return and exchange the performance bond for a lower insured amount. Finally, a perspective that allows to identify the most efficient solution.

### Palabras clave:

Obra pública – Fianza de fiel cumplimiento – Liquidación de obra – Contrato de obra pública

### Keywords:

Public works – Performance bond – Final settlement – The public work contracts

### Sumario:

1. El estado de la cuestión – 2. Problemática actual – 3. Aspectos involucrados en la problemática planteada – 4. Conclusiones – 5. Bibliografía

\* Abogada por la PUCP. Asociada de DLA Piper Perú – Proyectos & Infraestructura y Arbitraje. Especialista en brindar asesoría contractual en la ejecución de obras viales, bajo la modalidad de obra pública y APPs, así como en distintos proyectos vinculados a la construcción de infraestructura pública y privada. Cuenta con amplia experiencia en el patrocinio de arbitrajes relacionados a disputas de contratos de construcción. ORCID iD: 0000-0003-2141-3712. Filiación Institucional: Investigadora independiente. Contacto: slimasc@pucp.pe  
Nota de la autora: El presente artículo tiene como finalidad desarrollar una sana crítica respecto al problema planteado, así como su impacto el sector construcción, en esa medida, resaltamos que este trabajo está basado en la práctica y experiencia profesional de la autora.

## 1. El estado de la cuestión

Resulta coincidente que entre la entrada en vigencia de la nueva Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225, sus últimas modificatorias y su Reglamento<sup>1</sup> (en adelante, la “Nueva Ley” y/o “Nuevo Reglamento”), y las repercusiones<sup>2</sup> que han tenido las investigaciones fiscales al “Club de la Construcción” y por el “Caso Lava Jato”, el sector construcción especializado en la ejecución de obra pública sufrió una gran desaceleración, materializándose en un menor número de contratos suscritos con el Estado<sup>3</sup>. Hoy en día, es altamente probable que esta desaceleración se agrave por los efectos económicos derivados de la pandemia del COVID-19 y el estado de emergencia decretado por el Gobierno peruano, que – en conjunto – retrasaron el desarrollo de procesos de selección y la adjudicación de nuevos proyectos.

A la fecha, se estima probable<sup>4</sup> que los únicos grandes proyectos de infraestructura de obra pública activos se encuentren en ejecución o en liquidación final, la mayoría de estos suscritos bajo la normativa anterior de contrataciones con el Estado, aprobada con el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la “Ley”), así como su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el “Reglamento”). Esto implica que las empresas constructoras con capacidad de asumir la adjudicación de grandes proyectos, requieran liberarse prontamente de estos contratos para adjudicarse nuevas obras, sobre todo porque – a la fecha – se conoce que la oferta de proveedores nacionales para ejecución de obra pública ha decrecido. Consecuentemente, los procedimientos de selección se encuentran expuestos a que se declaren como desiertos, impidiéndose el desarrollo de los proyectos de infraestructura pública.

¿Por qué ello es trascendente? Para responder esta interrogante resulta medular comprender que para la ejecución de Obras de infraestructura significativa (más de US\$ 100 Millones), como bien señala Montoya<sup>5</sup>, se requiere primordialmente que las empresas constructoras se asocien en consorcios. Con lo cual, no solo se distribuyen riesgos propios del negocio, sino también responsabilidades patrimoniales frente al Estado. Además, las empresas constructoras se consorcian para alcanzar la acreditación de la experiencia requerida en la ejecución de estos proyectos.

Por lo general, si una nueva empresa constructora pretende ingresar al negocio de la obra pública, es poco probable que sea admitida si no acredita la experiencia requerida en las bases de licitación, la cual en la mayoría de casos exige que se haya ejecutado previamente proyectos de infraestructura para el Estado. Finalmente, otra razón importante que promueve el consorcio empresarial, es que las empresas constructoras deben acreditar una importante capacidad financiera; caso contrario, no podrán acceder a la emisión de las garantías exigidas para la ejecución de las obras, como la Fianza de Fiel Cumplimiento y la de Adelanto Directo y/o Materiales.

Ahora, teniendo en cuenta que las garantías son emitidas por bancos o por aseguradoras autorizadas, estas exigen que las empresas constructoras tengan y conserven un historial crediticio y financiero óptimo, pero, sobre todo, que mantengan una capacidad financiera disponible; situación que les permita seguir asumiendo compromisos como deudores ante los fiadores para la emisión de nuevas garantías en la adjudicación de nuevos proyectos.

Bajo dicho escenario, cobra importancia la regulación de las garantías dentro de la normativa de contratación pública, específicamente el extremo de la devolución de estas garantías por parte de las entidades contratantes. Contrariamente a ello, una mala regulación supone que las empresas constructoras vean frenados sus flujos de capital y su capacidad financiera para asumir nuevas adjudicaciones.

1 La Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, vigente a partir del 30 de enero de 2019, fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1444; de la misma manera, su Reglamento, el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y N° 377-2019-EF, vigentes desde la misma fecha.

2 “La repercusión de las investigaciones del Club de la Construcción ha sido negativa en distintos ámbitos, pero el que nos interesa radica en el hecho de tener a las principales empresas constructoras peruanas investigadas por actos de corrupción, dado que esto disminuye ampliamente la oferta de proveedores para la ejecución de obra pública, ya sea porque aquellas no superan la crisis y cayeron en quiebra o e insolvencia; o porque – a pesar de no estar inhabilitadas de contratar con el Estado – es poco probable que sean candidatas ideales para consorciarse o para que se les adjudique nuevos proyectos, dado que los comités de selección podrían estar condicionados al escrutinio público. Véase en Karina Montoya, “Club de la Construcción: los tres primeros impactos en el sector Infraestructura”, *Revista Semana Económica*, 24 de enero, 2018, <https://n9.cl/xr92>

3 De acuerdo al portal CONOSCE del OSCE, se advirtió una disminución de los montos adjudicados entre los años 2018 al 2019. Véase “Estadísticas generales en contrataciones públicas”, Portal CONOSCE, OSCE, actualizado al 29 de octubre del 2020, <https://n9.cl/q8vhp>.

4 Según el diagnóstico profesional de la autora, esta estimación responde al estado actual del sector construcción, que ya venía desde el 2017 al 2019 mostrando desaceleración por el efecto del caso del Club de la Construcción. Así mismo el 2020 tuvo una evidente desaceleración producto del estado de emergencia decretado para evitar la propagación del Covid-19 en el sector construcción.

5 Montoya, “Club de la Construcción: los tres primeros impactos en el sector Infraestructura.”

En ese sentido, resulta necesario que la regulación de la devolución de las garantías sea lo más eficiente posible, no solo para evitar perjuicio económico en dichas empresas, sino también porque resulta conveniente para los intereses del propio Estado, a fin de reactivar la dinámica del negocio del sector construcción, especializado en la obra pública. Más aún en las circunstancias en las que actualmente nos encontramos, con obras paralizadas o durante la "reanudación"<sup>6</sup>, con una menor oferta de proveedores y con la capacidad financiera y técnica suficiente para adjudicarse nuevos proyectos.

## 2. Problemática actual

Como ya se ha señalado, a la fecha existen obras bajo el régimen de la Ley y el Reglamento que aún no han culminado su ejecución o se encuentran en espera de que culminen los arbitrajes iniciados para proceder con la liquidación. Aquello implica que las principales empresas constructoras sigan manteniendo vigentes sus garantías, viendo retenida su capacidad financiera y demás recursos. Con la culminación y la liquidación final de estos contratos, se tendrá como efecto inmediato la tan ansiada devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento<sup>7</sup> (en adelante, la "Fianza de FC" o la "Garantía", indistintamente) entregada a favor de las entidades contratantes.

La problemática planteada se centra en aquellos casos que, incluso cuando la obra ya ha sido ejecutada y recibida a conformidad de la entidad, esta no entrega en devolución la Garantía, manteniéndose la obligación del contratista de renovarla y mantenerla vigente para evitar su ejecución hasta que la liquidación final de la obra se encuentre consentida. Aquello en aplicación estrictamente literal del artículo 158° del Reglamento y 149.1° del Nuevo Reglamento.

La aplicación de dichos artículos pensados en un escenario ideal, conlleva a que la liquidación final se realice, inmediatamente, después de recibida la obra, que en el mejor de los casos se daba para el anterior Reglamento en un plazo de ciento treinta y cinco (135)<sup>8</sup> días calendario y ciento noventa y cinco (195)<sup>9</sup> días calendarios para el actual Nuevo Reglamento.

Dicho escenario, no obstante, es el menos común en la mayoría de los casos: primero, porque la liquidación de la obra está condicionada a que no existan controversias pendientes de resolver y, segundo, porque aun

6 Conviene precisar que, son innegables los efectos perjudiciales de la pandemia y del estado de emergencia nacional e inmovilización obligatoria, dado que todas las obras públicas se paralizaron totalmente durante por lo menos, cuatro meses. Situación que implica que los contratistas actuales tengan necesariamente que extender su permanencia de recursos por plazos adicionales, probablemente sin la rentabilidad proyectada, así como discutir los costos derivados de las nuevas condiciones de ejecución. Y, aun cuando existe un marco contractual que parece habilitar los reconocimientos de los impactos económicos a favor de los contratistas, lo real, es que la reanudación de proyectos no ha cumplido a cabalidad la necesidad generada, ya que muchas entidades públicas – al no tener criterios pre establecidos que les permitan evaluar y aprobar estos costos- vienen denegando el reconocimiento de estos. Decisiones de administración contractual justificadas o no, lo cierto es que existe una marcada tendencia a que funcionarios públicos se vean condicionados por el temor de que sus decisiones sean controvertidas por la Contraloría General de la República o, también, por el temor al escrutinio público; situación que complica el escenario actual.

Esta situación, lejos de ser prometedora, desincentiva a las empresas constructoras a contratar con el Estado. Un ejemplo que clarifica el contexto coyuntural es el planteado por la economista Roxana Barrantes, que evidencia la realidad del escrutinio constante que pasan los funcionarios públicos:

"(...) Un funcionario toma una decisión varios días antes del plazo de vencimiento, y la notifica otros varios días antes. Se abrió un proceso administrativo al funcionario responsable. ¿Motivo? Por no esperar hasta que el plazo se venza o, en interpretación de la Unidad de Control, 'por acelerar el proceso' (...)"

Véase Roxana Barrantes, "¿Aló Contraloría?" *Diario El Comercio*, 18 de junio, 2018, <https://n9.cl/dtpb>

7 En adelante, nos referiremos solo a la Garantía de Fiel Cumplimiento, en la medida que la problemática que se plantea en el presente artículo solo involucra la exigencia de la renovación de dicha fianza hasta la liquidación final del contrato de obra, de conformidad al artículo 158° del Reglamento y 149° del Nuevo Reglamento.

8 Sobre el particular, el cálculo de los 135 días calendario resulta de la sumatoria de los plazos legales previstos en el artículo 211° del Reglamento, para que el contratista presente su liquidación (60 días calendario), para que la entidad se pronuncie sobre ella (60 días calendario) y, nuevamente, el contratista observe el pronunciamiento de la Entidad (15 días calendario). Cabe precisar que este estimado puede variar de acuerdo al plazo final de cada obra.

9 El cálculo de los 195 días calendario resulta de la sumatoria de los plazos legales previstos en el artículo 209.1° del Nuevo Reglamento, que como podrá apreciarse resulta un plazo mayor al previsto en el anterior Reglamento. Sobre el particular, consideramos que esta modificatoria lejos de estar pensada en la eficiencia de las contrataciones públicas, complica más el proceso de liquidación de obra, incluyendo el pronunciamiento de la supervisión de obra. Cabe precisar que en los contratos de consultoría de obra pública (es decir, los de la supervisión) ya se incluía como parte de las obligaciones del supervisor la revisión de la liquidación presentada por el contratista, por lo tanto, en lo fáctico, ya se realizaba. Entonces, nos preguntamos, ¿era necesario que se incluya de forma expresa en la norma que la supervisión debe pronunciarse y ampliar el plazo para el procedimiento de liquidación? No resulta claro cuál es el objeto o la finalidad que persigue dicha modificatoria con ampliar el plazo. Si acaso era tener una regulación que ayude a las entidades con sus gestiones contractuales internas en cuanto a tener un mayor tiempo de revisión de las liquidaciones, consideramos que ese no es el camino, dado que hay un análisis de costos-beneficio en la regulación que no está siendo considerado, el cual radica en que la devolución de la garantía de fiel cumplimiento está vinculada al consentimiento de la liquidación final y es un costo trasladado al contratista que se materializa no solo en los montos en los que incurre para efectos de su renovación, sino que se retiene su capacidad financiera para que pueda solicitar nuevas fianzas similares, obstruyendo el flujo de su negocio. Ello a la larga resulta contraproducente para las entidades, ya que tendrán menos postores expertos para la adjudicación de nuevos proyectos.

cuando se practique la liquidación, el solo hecho de controvertirla en un arbitraje hace que no se tenga por consentida. Como consecuencia de ambos aspectos, no se puede devolver la Fianza de FC al contratista.

Sobre estas dos cuestiones, que impiden la devolución de la fianza de FC, es importante atender al hecho que en la ejecución de las obras públicas se evidencia una gestión contractual principalmente “adversarial” en la administración de los contratos. En otras palabras, durante la ejecución contractual, es común la existencia de por lo menos una controversia discutida en un arbitraje, generando que la liquidación final de obra no pueda practicarse hasta que dichas controversias culminen.

Lo anterior, responde a la propia finalidad del acto de liquidación, ya que – como veremos más adelante – se requiere tener los saldos y cuentas de toda la ejecución de obra para que -con ello- se calcule el monto final de la misma y así se verifique si existe un monto que pagar o devolver<sup>10</sup> a favor de alguna de las partes. Al tener arbitrajes en trámite, en los que se discutan temas como el reconocimiento de costos o de plazo a favor del contratista, dificultaría la realización completa e íntegra de la liquidación final de obra.

Es por dicha razón que, si existen controversias no se procede con la liquidación, lo cual como se aprecia, tiene total sentido y lógica. Sin embargo, lo cierto es que, lamentablemente – con mayor incidencia en los arbitrajes *ad hoc* –, los procesos arbitrales pueden durar, entre no menos de un (1) año y medio, hasta cuatro (4) años, en los casos más extremos<sup>11</sup>, situación que retrasa el proceso de liquidación y, por ende, su consentimiento. Como consecuencia de ello, la garantía debe continuar siendo renovada hasta que dichos arbitrajes culminen, de modo que puede llegar al absurdo de tener vigente una fianza de FC por más diez (10) años, después de recibida la obra<sup>12</sup>.

Esta problemática se complicó, con mayor fuerza, tras el inicio de las investigaciones fiscales por actos de corrupción en la ejecución de obras públicas entre las empresas constructoras y los funcionarios públicos, dado que se iniciaron distintos procesos penales, sobre aspectos vinculados directamente al reconocimiento de costos y/o plazos presuntamente aprobados mediante actos de colusión. Dicha situación ha generado que las entidades impidan el trámite de liquidación, no solo por controversias arbitrales, sino por un proceso penal, entendiendo que es una “controversia pendiente”.

Consideramos que esta interpretación equivocada – a nuestro criterio – responde a que la normativa, tanto la regulación anterior (artículo 211°) como el Nuevo Reglamento (numeral 9 del artículo 209°), señala que la liquidación no procede cuando existan “controversias” pendientes de resolver, sin realizar una precisión respecto a qué tipo de controversias se refiere. Al respecto, como se desarrollará más adelante, tampoco el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (en adelante, el “OSCE”) ha clarificado de forma nítida el sentido de dicha disposición, dado que, en distintas opiniones no ha sido claro en discriminar a las controversias arbitrales. Es por ello que creemos que esta situación venía – y aún continuará - agravando el escenario de la devolución de la garantía.

Aun cuando la reciente modificatoria de la normativa de contratación pública mantiene la regulación, respecto a la exigencia de mantener vigente la fianza de FC hasta el consentimiento de liquidación, lo cierto es que parte de la problemática planteada sí fue abordada con la incorporación del artículo 149° y 150° del Nuevo Reglamento. A través de estos se han establecido supuestos en los que la devolución de la garantía podría ser realizada antes del consentimiento de la liquidación, planteando incluso un supuesto de sustitución. Sin embargo, estos supuestos son excepcionales y tienen condiciones para su aplicación; circunstancia que no resuelve el problema medular ajustable a la mayoría de los casos.

Entonces, se advierte un problema que se arrastra de legislación en legislación, y que seguirá significando –entre otras razones<sup>13</sup>– un gran desincentivo en las empresas constructoras para seguir contratando la ejecución de obras públicas. Resulta perjudicial para el Estado, ya que reducirán el número de postores aptos

10 Se debe tener en cuenta que todo pago realizado en las valoraciones mensuales abonadas a los contratistas durante la ejecución de la obra, corresponden a pagos a cuenta y es en la liquidación final que se determina que pagos por mes sí correspondían aplicando los índices y reajustes correspondientes, de conformidad al artículo 197° del Reglamento y 194° del Nuevo Reglamento.

11 Dicha conclusión responde a la experiencia y al ejercicio profesional de la autora.

12 A modo de ejemplo, en el proyecto “Rehabilitación y Mejoramiento de Carretera Tarapoto – Juanjuí, Tramo: Km.11+00 al Km. 31+000, Provincia de San Martín, Departamento de San Martín, ejecutado bajo el Contrato N° 105-2006-MTC/20, el Contratista demandó la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, que se mantenía vigente por más de 10 años tras haber sido recibida la obra, controversia que se ventiló en el arbitraje signado con Exp. N° 001-2015/MARCPERU/ADM/MSCV, cuyo laudo se accede en <https://n9.cl/0yh0f>.

13 En las últimas décadas, la contratación pública viene atravesando una constante inestabilidad jurídica, que se ve materializada en las recurrentes modificatorias normativas. Además, la dación de regímenes excepcionales así como la legislación de reconstrucción con cambios y los acuerdos internacionales de G2G, dan fe de la huida del régimen general de contratación pública, lo cual evidencia que está o no está funcionando adecuadamente.

en los procesos de selección y; debido a la especialidad, experiencia y la capacidad financiera involucrada, la adjudicación de proyectos será más complicada, deteniendo el desarrollo de distintos nuevos proyectos.

### 3. Aspectos involucrados en la problemática planteada

Antes de abordar los aspectos, involucrados en la temática materia de análisis, conviene detenerse a examinar, en primer lugar, cómo estaba regulada la devolución de la fianza de FC en el Reglamento y cómo se aplicaba a la realidad de los casos y; en segundo lugar, se identificará los aciertos y desaciertos respecto a la modificatoria, plasmada en el Nuevo Reglamento, la cual incorpora supuestos en los que la devolución de la Garantía pueda realizarse, sin esperar a que la liquidación se encuentre consentida.

En efecto, estas cuestiones permitirán comprender por qué ambas regulaciones no solucionan la problemática planteada. Finalmente, la respuesta permitirá abordar los aspectos involucrados para una solución eficiente de la misma.

#### 3.1. Sobre la regulación de la devolución de la Fianza de FC en el anterior Reglamento y su aplicación

La normativa de contratación pública anterior establecía como única regla, que la devolución de la fianza de FC sea realizada -solo cuando- la liquidación final de obra quedaba consentida. La cuestión con ello, era que la liquidación solo podía ser practicada cuando no existieran controversias pendientes de resolver y su consentimiento estaba condicionado a que no existan controversias respecto a la misma, por lo que, el escenario de devolución de la fianza de FC era siempre lejano, en atención a que, lo frecuente, era y es que los arbitrajes iniciados durante la ejecución de la obra se mantengan vigentes tras el acto de recepción por el tiempo que suelen durar normalmente.

Entonces, por un lado, los contratistas se veían en la necesidad<sup>14</sup> de acudir a los tribunales arbitrales para el reconocimiento de plazo o costos incurridos y, por otro lado, como efecto de lo primero, tenían que soportar la postergación del acto de liquidación final de obra, en perjuicio de que no se libere su capacidad financiera depositada en la fianza de FC, así como incurrir en los costos de renovación de la misma.

Esta circunstancia motivó que los contratistas iniciaran demandas para la devolución de dicha garantía, aduciendo – por lo general – un abuso de derecho<sup>15</sup> por parte de la Entidad; sin embargo, se identificó una marcada tendencia en los tribunales arbitrales que apostaban por una interpretación literal del artículo 158° del Reglamento, denegando las pretensiones. Esto daba como resultado que los contratistas continúen renovando dicha fianza.

El problema se centraba en que – en la mayoría de los casos – los arbitrajes vigentes que impedían que se liquide las obras estaban relacionados al reconocimiento de costos a favor de los contratistas – esto significaba que no estaba en discusión ninguna ampliación de plazo que condicionara la aplicación de penalidades a favor de la entidad o alguna controversia respecto a una valorización o un deductivo que impactara en el resultado final de la liquidación; sin embargo, la obligación de mantener vigente la garantía continuaba en el tiempo, incluso cuando no existiese un riesgo material para su ejecución.

Ahora bien, cuando se iniciaron las investigaciones penales por casos de corrupción derivados del caso del Club de Construcción y los de Lava Jato, el problema se tornó más complicado, dado que los contratistas investigados se encontraban frente a la negativa de las entidades para proceder con la liquidación – aun cuando no existían arbitrajes vigentes– hasta que se resolvieran los procesos penales en curso, entendiéndose a estos como “controversias pendientes”, a partir del artículo 211° del Reglamento.

Como ya señalamos, cuando se consultó este tema al OSCE, éste no fue categórico al responder si se podían entender como “controversias pendientes” a los procesos penales o judiciales (cuando la reparación civil no estaba incluida en el proceso penal), dado que el OSCE indicó que no se podía paralizar el procedimiento de liquidación de obra ante la existencia de controversias que fueran ajenas a los “conceptos” que la normativa de contrataciones del Estado contemplaba, conforme se aprecia en la Opinión N° 022-2019/DTN.

14 Para contextualizar esa necesidad, se debe reconocer que existe una cultura adversarial en la administración contractual de las obras públicas.

15 Conforme lo señalamos, producto de la aplicación literal del artículo 158° se iniciaron muchos arbitrajes por devolución de cartas fianzas, laudos que se encuentran en las plataformas virtuales del OSCE, por acceso a la información pública. A modo de ejemplo, los siguientes Laudos, a los que se pueden acceder en: <https://n9.cl/j647>. En uno de estos laudos, a través de un voto disidente, se determinó que exigir mantener la fianza de fiel cumplimiento conlleva a perpetuar un abuso de derecho, situación que no resulta amparable en el ordenamiento jurídico peruano. Voto Disidente emitido en el Expediente Arbitral N° 326-5-13, proceso administrado en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

Sobre este punto, conviene precisar que es posible que en un proceso penal se ventilen actos de corrupción vinculados a la aprobación de ampliaciones de plazo o valorizaciones o adicionales, que justamente son conceptos regulados en la norma de contratación pública, por lo que algunas entidades interpretaban – de forma incorrecta – de que los procesos penales sí son controversias que pueden impedir el proceso de liquidación.

Para terminar, aun cuando no existían arbitrajes ni procesos penales que paralicen la liquidación, otro escenario que impedía la devolución de la fianza de FC radicó en el hecho que incluso practicada la liquidación, el contratista que no aceptaba o las observaciones realizadas por la entidad o la nueva liquidación realizada por esta, se veía obligado a iniciar otro arbitraje para controvertir el resultado final, situación que – independientemente de saldo a favor o en contra del contratista - tenía como efecto inevitablemente que se continúe renovando la garantía y tener por retenida la capacidad financiera de los contratistas.

Por consiguiente, el panorama de la regulación anterior no atendía el supuesto en el que la obra se encontraba íntegramente ejecutada y recibida a conformidad de la propia entidad; tampoco, el escenario en que los arbitrajes vigentes no versaran sobre penalidades o montos a favor de la entidad que puedan condicionar que la liquidación final de obra resulte con un saldo a favor de esta; menos, el escenario en que la negativa de proceder con la liquidación por parte de la entidad sea injustificada y/o basada en procesos ajenos a los establecidos en la norma de contratación pública; y, finalmente, resultaba tan irracional que no se atiende el escenario en que – practicada la liquidación – exista un saldo a favor del contratista, pero este opte por controvertir otros conceptos de liquidación en un arbitraje, y tampoco se pudiera devolver la fianza de FC.

### **3.2. La modificatoria del Nuevo Reglamento plantea alternativas de solución**

Frente a dicho panorama normativo, poco amigable con las necesidades e intereses legítimos<sup>16</sup> de los contratistas -a pesar de que estos sí cumplían con la ejecución integral de la obra, que es nada menos que la obligación principal del contrato de obra pública-se propuso la modificatoria, pero conforme -ya adelantamos- solo incluyó supuestos en los que la devolución de la Garantía podía realizarse antes del consentimiento de la liquidación y el supuesto de sustitución de dicha garantía, que procedemos a evaluar a continuación.

#### *3.2.1. Respecto a los supuestos de devolución de la Fianza de FC antes del consentimiento de la liquidación*

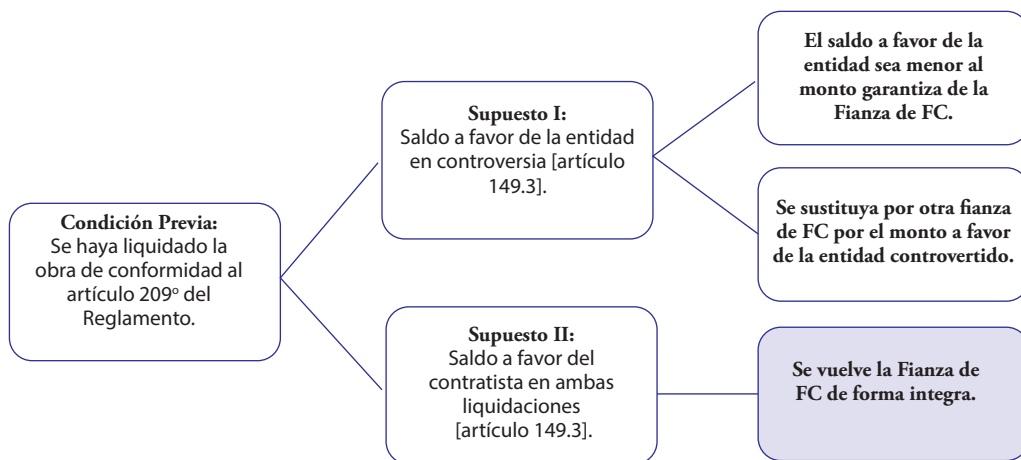
Así pues, el Nuevo Reglamento no modificó la regla general de mantener vigente la Fianza de FC hasta que quede consentida la liquidación, a pesar de que generaba los problemas antes descritos desde la anterior normativa; sin embargo, lo acertado de la modificatoria es que se estableció supuestos en los que el Contratista podría acceder – de forma excepcional – a su devolución antes de que la liquidación quede consentida.

Dicha modificatoria se encuentra recogida en el artículo 149° del Nuevo Reglamento, donde se incluyeron dos supuestos de devolución de la fianza de FC, teniendo como condición previa que la obra se haya liquidado (de acuerdo a lo establecido al artículo 209° del Nuevo Reglamento<sup>17</sup>). Dichos supuestos se detallan en el siguiente cuadro:

16 En nuestra opinión, resulta legítimo que un contratista pretenda la devolución de la fianza de Fiel Cumplimiento, en la medida que acredite que cumplió con la ejecución de la obra encargada, obteniendo la conformidad de la entidad contratante, a través de acto de recepción final de obra.

17 Al respecto, la exigencia de que la liquidación sea finalmente practicada, de conformidad con el artículo 209° del Nuevo Reglamento, implica que se haya cumplido todos los supuestos, como el de no tener controversias pendientes de resolver (que, como señalamos, era uno de los inconvenientes más recurrentes en los casos con la anterior norma) y/o que se haya cumplido con el proceso de liquidación, es decir, que hayan transcurrido los 195 días calendario, periodo en el que tanto la supervisión, como la entidad emiten pronunciado respecto a la liquidación final.





(Elaboración propia. – Cuadro resumen de supuestos en los que se puede devolver la Fianza de FC antes del consentimiento de la liquidación).

Como puede apreciarse, esta modificatoria soluciona uno de los problemas de la regulación anterior, respecto al hecho de que no se devuelva la fianza de FC porque se inició un arbitraje sobre la liquidación practicada – sin importar, si el saldo era o no a favor del contratista –, generando que el contratista continúe renovando la garantía hasta que termine aquel proceso arbitral, ya que solo con este se tenía por consentida la liquidación.

Sobre el mencionado problema, la solución adoptada supone dos líneas. Por un lado, la modificatoria solucionaba de forma categórica aquel supuesto en que la liquidación arrojase un saldo a favor del contratista, ordenando la devolución total de la fianza de FC de forma inmediata. Por otro lado, en aquellos casos en los que la liquidación arrojase un saldo a favor de la entidad, se permite un intercambio de la fianza de FC entregada por una garantía de menor cuantía asegurada.

Al respecto, consideramos que, si bien se impone la entrega de una nueva garantía, este nuevo escenario es más ventajoso para el contratista, dado que es usual que los montos controvertidos de la liquidación supongan un monto menor al asegurado por la Fianza del FC inicial (siendo que esta representa el 10% del monto contractual actualizado con adicionales de la obra).

A pesar de los aciertos de la modificatoria normativa, esta solución no incluyó aquellos casos en los que la entidad paralizaba el proceso de liquidación – que, en la realidad de las obras, eran los más comunes y que generaban las principales controversias arbitrales –, ya sea porque existían controversias pendientes de resolver (aun cuando estas no estuvieran vinculadas a plazo, penalidades, montos a favor de la entidad) o, por controversias ajenas a procesos arbitrales, como es el caso de los procesos penales de actos de corrupción.

Por lo tanto, la solución planteada con dicho cambio normativo, solo resultó un paliativo para la solución del problema central de la retención prologada de las Fianzas de FC.

### 3.2.2. Respecto al supuesto de sustitución de la Fianza de FC durante el proceso de recepción final de la obra

El artículo 150º del Nuevo Reglamento establece un nuevo escenario que permite que el contratista pueda sustituir la Fianza de FC a partir de la fecha en que se inicia el proceso de recepción final de obra, es decir, cuando el contratista anota en el cuaderno de obra que ha culminado con la ejecución, siempre que se cumpla con dos condiciones previas: (a) que se haya retenido el cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente a solicitud del contratista en cada valorización a partir de la segunda mitad del número total de valorizaciones a realizarse y (b) que el contratista sustituya con otra garantía de FC, cuyo monto asegurado sea igual al cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente.

Lo acertado de esta modificatoria es que se reconoce – aunque de forma implícita – que la fianza de FC tiene una efectiva y real relación con el acto de recepción, mas no con el acto de liquidación, dado que establece la posibilidad de que se devuelva dicha garantía tan solo con el acto que inicia la etapa de recepción final de la obra, con total independencia respecto a si existen o no arbitrajes pendientes de resolver o si se practica o no finalmente la liquidación de la obra.

Esto evidencia que la finalidad de la garantía es que la obra se cumpla a conformidad del expediente técnico y/o a los términos de referencias exigidos por la entidad contratante, hecho que se materializa con el acto de recepción de obra, conforme detallaremos más adelante.

El desacierto que advertimos en dicha modificatoria está vinculado a las condiciones exigidas para que la fianza de FC pueda ser entregada al contratista durante la recepción final de la obra, debido a que, primero, complica el flujo de caja del contratista en cada valorización<sup>18</sup> y segundo, si bien se reduce al 5% el monto asegurado de la nueva fianza sustituta, consideramos que permanece la exigencia de mantenerla vigente hasta que quede consentida la liquidación final<sup>19</sup>, lo cual implica que se siga reteniendo la capacidad financiera de los contratistas, afectando que puedan adjudicarse nuevos proyectos; entonces, el problema persiste solo que, ahora, en menor escala.

Por lo tanto, la regulación planteada en la nueva normativa de contratación pública no aborda el problema de la devolución de la Fianza de FC de forma integral y eficiente, teniendo como resultado que la problemática persista en perjuicio de los intereses legítimos de un contratista que ejecutó la obra a conformidad de la entidad y, a la vez, suponga un desincentivo para seguir contratando con el Estado.

### 3.3. Aspectos involucrados para una solución eficiente

Incluso con los aciertos identificados en la modificatoria analizada, no se logró resolver el principal problema que genera tener como regla general que la fianza de FC se mantenga vigente hasta el consentimiento de la liquidación, circunstancia que desatiende aquel escenario en el que un contratista culmina la ejecución de obra a conformidad de la entidad contratante, pero se ve obligado a postergar el acto de liquidación o por la existencia de controversias pendientes de resolver o porque la entidad paraliza el proceso de liquidación de forma injustificada. Como consecuencia de ello, no se devuelve la garantía en cuestión, limitando la capacidad financiera de los contratistas para la adjudicación de nuevos proyectos.

Entonces, saltan las siguientes interrogantes: ¿la finalidad de la Garantía está relacionada al acto de liquidación de obra?, ¿qué es lo que se pretende salvaguardar al exigir que la garantía se encuentre vigente hasta el consentimiento de la liquidación? Y, finalmente, ¿no existen otros medios a través de los cuales el estado pueda salvaguardar sus intereses sin exigir la vigencia de la fianza de FC hasta la liquidación? Cuestiones que evidencian la falencia de la regulación vigente y abordan los aspectos involucrados para una propuesta más eficiente.

#### 3.3.1. La finalidad de la Fianza de FC

Es importante comprender que la devolución de la Fianza de FC no debe estar condicionada a que se realice el acto de liquidación final de obra, dado que esta premisa – además de ser equivocada – es la que genera la problemática planteada, pues excede de forma innecesaria la propia finalidad y/o naturaleza de dicha fianza. Aquello resulta perjudicial no solo para los intereses del privado, sino para la dinámica del negocio de la construcción de la obra pública.

De acuerdo a lo establecido en la normativa, la Fianza de FC tiene por objeto asegurar que el contratista cumpla con su obligación contractual de ejecutar la obra, en estricto cumplimiento de los documentos establecidos para dicho efecto, requeridos por la entidad contratante. Entonces, su finalidad está vinculada a la realización plena y a cabalidad del objeto del contrato de obra.

En ese sentido, corresponde evaluar si dicha finalidad corresponde o no con el acto de liquidación de obra. Para ello, es necesario advertir la diferencia sustancial establecida en el tratamiento regulatorio que recibe tanto el acto de recepción de obra como el acto de liquidación final de obra, en la normativa de contratación pública.

Así pues, por una parte, el acto de recepción de obra se encuentra previsto para que la entidad realice la verificación del fiel cumplimiento de la obra, es decir, de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas a cargo de contratista, finalidad u objeto que se aprecia del propio artículo 208° del Nuevo Reglamento.

18 En la medida que las valorizaciones tramitadas por el contratista durante la ejecución de la obra ya incluyen descuentos por la amortización del adelanto directo y/o de materiales entregado o, incluso, el descuento por la aplicación de penalidades, por lo tanto, descontar un 5% de cada una, significa que el monto pagado en cada mes será menor probablemente al necesario para la ejecución de la obra, dejando sin flujo de caja a los contratistas.

19 Si el contrato es de S/. 100 millones de Soles (que como ya señalamos, la mayoría de obras públicas de importantes proyectos cuestan unas 3 o 4 veces más dicho monto), por lo que – el 5% del monto contractual vigente podría implicar entre 5, 10 o 20 millones de Soles, asegurados por la nueva Fianza de Fiel Cumplimiento “sustituta” que el contratista estaría obligado a entregar.



Esta finalidad conferida al acto de recepción de obra se mantiene desde la anterior normativa<sup>20</sup>, dado que, en ambas se aprecia, cómo el legislador ha determinado que corresponde al comité de recepción final de obra, designado por la entidad, que verifique en dicho acto el fiel cumplimiento del contrato encargo al contratista.

Esta verificación del fiel cumplimiento en la nueva modificatoria normativa, incluso se realiza por “partida doble”; dado que se prevé que el supervisor de obra también emita un certificado de conformidad técnica que detalla las metas del proyecto y el cumplimiento integral del expediente técnico y de los adicionales. Para que, tras dicha primera verificación y certificación técnica, también se incluya la verificación de la propia Entidad, respecto al funcionamiento y operatividad de la infraestructura, de conformidad a lo establecido en el artículo 208.5° del Reglamento:

“208.5. Bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, en un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el comité de recepción junto al contratista y al inspector o supervisor **verifican el funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso** corresponda. **De ser el caso dispone las pruebas operativas que sean necesarias.**”

(El énfasis es nuestro)

En ese sentido, para la norma de contratación pública, el acto de recepción de obra implica una verificación del fiel cumplimiento del Contrato, en el cual se constata que la obligación principal a cargo del contratista se haya ejecutado a cabalidad, es decir, a conformidad de las especificaciones técnicas y planos; incluso, la entidad tiene la facultad de comprobar su funcionamiento, a través de pruebas que se consideren pertinentes.

Entonces, queda evidenciado que el acto de recepción involucra una constancia de que la obligación de ejecutar la obra en el plazo, forma y modo pactado se cumplió a cabalidad por parte del contratista, situación cuya implicancia denota la extinción de la obligación principal del contrato de obra; claro está, siempre que no existan observaciones no atendidas en el proceso de recepción de obra<sup>21</sup>.

Por otra parte, la liquidación final de obra está definida<sup>22</sup> como un proceso de cálculo técnico que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, el que puede ser a favor o en contra del contratista o de la entidad.

Así pues, el OSCE ha establecido en distintas opiniones que la liquidación del contrato de obra contiene todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos, así como penalidades, adelantos otorgados y sus amortizaciones, etc.; haciendo expresa precisión que en la liquidación de obra solo puede incluirse conceptos que forman parte del costo de la obra y que han sido autorizados expresamente por la normativa de contrataciones del estado o a través de laudos arbitrales consentidos.

En ese sentido, de acuerdo al marco normativo de obra pública, el acto de liquidación no está previsto para verificar o constatar el fiel cumplimiento del contrato, dado que ello ya está consumado en el acto de recepción final de la obra; el objeto de la liquidación resulta del cálculo final de todos aquellos montos ya valorizados y pagados, a los que se aplica los factores correspondientes de reajuste y el factor de relación para confirmar si existe o no un saldo a favor o en contra del contratista.

20 El anterior Reglamento establecía en el artículo 210° lo siguiente:

“Artículo 210. - Recepción de la Obra y plazos

(...)

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, **procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento** de las instalaciones y equipos. (...)”

(El énfasis es nuestro)

21 Dentro del proceso de recepción de obra es posible que, al momento de verificar el cumplimiento del contrato, la entidad realice observaciones respecto a los trabajos ejecutados, que deben ser subsanadas por el contratista en el plazo establecido para dicho efecto.

22 Miguel Salinas Seminario, *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, 2° edición. Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia, (2003), 44. Dicha definición ha sido recogida en las Opiniones N° 020-2016/DTN, N° 078-2017/DTN y N° 022-2019/DTN, emitidas por el OSCE.

### 3.3.2. *El interés del estado detrás de la exigencia de mantener vigente la fianza de FC hasta el consentimiento de la liquidación*

Ahora bien, resulta medular comprender que existe una lógica y total sentido detrás de la disposición de no proceder con la liquidación, hasta que las controversias se encuentren resueltas, dado que solo tras culminar dichos arbitrajes se podrá determinar un cálculo exacto respecto al cierre del costo final de la obra, o si hubo un plazo adicional no considerado, o penalidades no aplicadas por la orden cautelar dentro de un arbitraje, o descuentos sobre valorizaciones, entre otros conceptos condicionados al resultado final de un laudo consentido.

Otro aspecto importante, es reconocer que el Estado tiene un interés legítimo de pretender salvaguardar el posible escenario en el que la liquidación arroje un saldo a favor de la entidad contratante y el contratista no cancele dicho monto en el plazo de tres (3) días hábiles, establecido en el artículo 151.1 literal c) del Nuevo Reglamento.

Sin embargo, conviene evaluar si realmente estos escenarios y/o necesidades de las entidades contratantes, deben reposar sobre el instrumento financiero de la Fianza de Fiel Cumplimiento. En nuestra opinión, no es lo conveniente ni eficiente para la dinámica del negocio de la construcción, conforme se detalla a continuación.

### 3.3.3. *Existen otros medios más eficientes para salvaguardar el interés y necesidad del Estado*

La primera premisa que sustenta nuestra posición, es que el vincular la fianza de FC con el acto de liquidación resulta una incongruencia normativa, dado que la propia norma de contratación pública, otorga un sentido y alcance al acto de recepción de obra, así como al acto de liquidación final, y no existe relación directa entre la finalidad de la Fianza de FC con el acto de liquidar el contrato.

La segunda premisa radica en que el criterio de regulación normativa no puede solo atender a uno de los agentes involucrados, en este caso, el Estado. Por años, el régimen general de contratación pública ha sufrido distintas modificatorias y el motivo recurrente ha sido “evitar” que el Estado se perjudique, así como “subsanan” las deficiencias propias del aparato estatal; no se regula en función a un objetivo final, no se consideran ni aminoran los impactos que esta regulación “del estado” y “para el estado” genera en los demás, como es el caso de los contratistas.

En ese sentido, el inconveniente con la regla general referida a que la devolución de la fianza de FC se realice hasta el consentimiento de la liquidación, es que solo está pensada para salvaguardar el interés de un posible escenario de incumplimiento de pago del contratista frente a un saldo a favor de la Entidad. Lo que se resume en la frase “Justos pagan por pecadores”.

En nuestra opinión, dicha disposición como regla general es insostenible, dado que existe un alto grado de conflictividad en la ejecución de obra (ya sea pública o privada), sumado a la cultura adversarial que gobierna la gestión contractual de la obra pública – que aun cuando ya se permite la constitución de adjudicadores permanentes, lo cual debe mejorar el panorama actual – son factores que incrementan la probabilidad que, en la mayoría de casos, el acto de liquidación se postergue a un año y medio, en el mejor de ellos, teniendo como consecuencia que no se pueda devolver la fianza de fiel cumplimiento.

Como ya señalamos el negocio de la construcción público o privado está vinculado a la contratación de distintos seguros y garantías, por lo que la supervivencia de las empresas constructoras se encuentra condicionada a su libre capacidad financiera, de esto se trata la dinámica del sector, por lo que, retener la Fianza de FC, más allá de lo estrictamente indispensable, resulta un ahorcamiento a nuestra propia economía como país. Perder de vista, el sentido macroeconómico que el sector construcción ostenta sobre los demás sectores y mercados internos, no solo resulta inconveniente, sino que resulta un grave error.

Ahora bien, se debe evidenciar que tampoco resulta eficiente para la propia entidad, que la regla general sea que la devolución de dicha garantía se realice hasta el consentimiento de la liquidación, dado que el costo por la renovación de la Fianza de FC es un costo indirecto, que integra el costo final de la obra, por lo que este monto debería ser asumido por las entidades contratantes. Ergo, si se postergarse el acto de liquidación final de obra, mayores costos incurridos por concepto de renovación de dicha garantía.

Cabe resaltar que dentro de la estructura de los costos indirectos que componen el precio pactado y aceptado por el Contratista por la ejecución de la obra, se incluyen los costos financieros de la renovación de las cartas fianza, por lo tanto, una vez culminada la ejecución de obra, mantener vigente la carta fianza es un sobre costo que el Consorcio no está obligado a asumir, razón por la cual podrían ser reclamados y,

finalmente, asumidos por el Estado; caso contrario, se estaría vulnerando el principio de equidad, que rige las contrataciones públicas, a tal punto de establecer que las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad<sup>23</sup>.

En sentido de lo expuesto, se evidencia que tampoco resulta eficiente que el Estado, finalmente incurra en costos de forma indefinida (hasta que se culminen las controversias pendientes), cuando al final, el hipotético que se salvaguarda es el escenario en que la liquidación arroje un monto a favor de la entidad y el contratista no cumpla con el requerimiento de pago del mismo.

Al respecto, realmente ¿esta es la única forma en la que el Estado puede salvaguardar un escenario de incumplimiento de pago por el saldo de la liquidación de obra? Si se generasen desincentivos categóricos para que un contratista, proveedor del Estado, opte por honrar su deuda, cómo por ejemplo inhabilitarlo hasta que pague la deuda, con el cobro de intereses correspondientes. Incluso, ver la posibilidad de copiar formas de cobranza coactiva, como los que realiza la SUNAT. En nuestra opinión, el Estado está en una mejor posición de cobrar una deuda que cualquier privado.

Por lo tanto, sin perjuicio de las alternativas señaladas, que están vinculadas a la regulación de cómo el Estado puede cobrar un saldo a favor derivado de una liquidación, consideramos que es medular no seguir vinculando a la liquidación con la devolución de la Fianza de FC; menos como regla general, dado que genera importantes impactos en la dinámica del negocio de la construcción de obra pública, así como desincentivos para contratar con el Estado.

#### 4. Conclusiones

- Retener la Fianza de Fiel Cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación afecta la capacidad financiera de las empresas constructoras, obstruye la dinámica del negocio del sector construcción y genera un desincentivo para contratar con el Estado.
- Las disposiciones respecto al cobro de penalidades, aplicación de deductivos puros o vinculantes, entre otros conceptos no deben ser trasladados o postergados hasta el acto de liquidación. Se debería priorizar que estos conceptos se materialicen (cobren) durante la ejecución de obra; de esta manera, se evita que cuando se practique la liquidación final exista un monto elevado como saldo final a favor de una de las partes.
- Resulta una incongruencia normativa que se vincule la devolución de la Fianza de Fiel Cumplimiento con el acto de liquidación final y/o consentimiento del mismo, dado que su finalidad y/u objeto se consume con la recepción final de obra.
- Debemos invertir la regla general, es decir, prever que la devolución de la Fianza de Fiel Cumplimiento se realice tras el acto de recepción final de obra, incluso si existe controversias vigentes por el reconocimiento de mayores costos a favor del contratista.
- El Estado se encuentra en una mejor posición para cobrar una deuda pendiente, respecto a las alternativas de cobro con las que ostenta un privado, por lo que corresponde que se regulen mecanismos alternativos al escenario de incumplimiento de pago del saldo final de la obra, diferentes a la retención de la Fianza de Fiel Cumplimiento.

#### 5. Bibliografía

Barrantes, Roxana. "¿Aló Contraloría?". *Diario El Comercio*, 18 de junio, 2018, <https://n9.cl/dtpb>

Montoya, Karina. "Club de la Construcción: los tres primeros impactos en el sector Infraestructura". *Revista Semana Económica*, 24 de enero, 2018. <https://n9.cl/xr92>

OSCE. "Estadísticas generales en contrataciones públicas", Portal CONOSCE, Actualizado al 29 de octubre del 2020. <https://n9.cl/q8vhp>.

Salinas Seminario, Miguel. "Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra", 2º edición. Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia, 2003.

<sup>23</sup> La renovación de la garantía está prevista hasta el consentimiento de la liquidación, dado que es un expreso requerimiento de la entidad, por lo que le corresponde – a las entidades contratantes – asumir el costo de sus requerimientos por ser costos vinculados a la obra que se contrata.