

OPINIÓN N° 009-2020/DTN

Entidad: Provias Descentralizado
Asunto: Requisitos de las garantías
Referencia: Oficio N° 642-2019-MTC/21.OA.ABAST

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Renzo Albert Navarrete Chilquillo, Coordinador de Abastecimiento y Control Patrimonial (e) de Provias Descentralizado, formula algunas consultas, relacionadas a que las garantía cuenten con una clasificación de riesgo B o superior.

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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 *“¿El ganador de la buena pro de un procedimiento de selección está obligado a acreditar con algún documento y de forma fehaciente que la garantía de fiel cumplimiento (carta fianza o póliza de caución), requerida por la Entidad Pública para la firma de contrato, provenga de una entidad con clasificación de riesgo B o superior?” (sic)*

- 2.1.1 En primer lugar, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado¹; en esa medida, a continuación se analizará de forma genérica los requisitos que deben cumplir las garantías presentadas por los proveedores o contratistas, así como la verificación que debe realizar la Entidad ante ello.
- 2.1.2 Al respecto, el numeral 33.1 del artículo 33 de la Ley establece que las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos, precisando que sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son reguladas en el Reglamento.

Asimismo, dicho artículo establece en su numeral 33.2 que *“Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas, empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.”* (El resaltado es agregado).

Sobre el particular, el artículo 148 del Reglamento señala que los tipos de garantías que otorgan los postores y/o contratistas son la carta fianza y/o póliza de caución, emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que **cuenten con clasificación de riesgo B o superior**.

Según se advierte, a efectos de otorgar un mayor grado de seguridad y confianza a las Entidades Públicas, la normativa dispone que aquellas entidades que emitan garantías, además de encontrarse bajo supervisión de la SBS y estar autorizadas para emitir garantías, deben contar con una clasificación de riesgo B o superior.

- 2.1.3 Por su parte, las Bases Estandarizadas² establecen que **le corresponde a la Entidad verificar que las garantías presentadas por el postor ganador de la buena pro y/o contratista cumplan con los requisitos y condiciones necesarias para su aceptación y eventual ejecución**, sin perjuicio de la determinación de las responsabilidades funcionales que correspondan.

¹ La normativa de contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

² Aprobadas con Resolución N° 013-2019-OSCE/PRE, de fecha 29 de enero de 2019; y modificadas mediante Resoluciones N° 057-2019-OSCE/PRE, N° 098-2019-OSCE/PRE, N° 111-2019-OSCE/PRE y N° 185-2019-OSCE/PRE, publicadas en el Diario oficial El Peruano el 3 de abril de 2019, 29 de mayo de 2019, 14 de junio de 2019 y 21 de octubre, respectivamente.

Asimismo, advierten que **los funcionarios no deben aceptar garantías emitidas bajo condiciones distintas** a las señaladas en las Bases Estandarizadas, detallando en qué consiste cada una y consignando el enlace en el que se puede realizar la verificación correspondiente. Por otro lado, precisan que en caso exista alguna duda sobre la clasificación de riesgo asignada a la empresa emisora de la garantía, se deberá consultar a la clasificadora de riesgos respectiva, además de verificar la autenticidad de la garantía a través de los mecanismos establecidos (consulta web, teléfono u otros) por la empresa emisora.

Por lo antes expuesto, por un lado tenemos que los postores y/o contratistas son responsables de presentar garantías que cumplan con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, y por el otro, los funcionarios de las Entidades están obligados a verificar que las garantías presentadas en los procedimientos de contratación que se realicen cumplan con dichos requisitos; para ello, los funcionarios deberán hacer uso de los mecanismos o procedimientos que resulten pertinentes con la finalidad de dar cumplimiento a su obligación.

2.2 *“En las Bases Administrativas se puede incluir como requisito para la suscripción del contrato que el ganador de la buena pro, además de la garantía de fiel cumplimiento (carta fianza o póliza de caución), ¿remita el documento que acredite que dicha carta fianza o póliza de caución fue emitida por una entidad que cuenta con clasificación de riesgo B o superior?” (sic)*

2.2.1 El numeral 149.1 del artículo 149 del Reglamento, señala como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, que el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original; precisando que ésta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Según se advierte, la garantía de fiel cumplimiento es un requisito indispensable para la suscripción del contrato; así, el postor ganador debe entregarla a la Entidad por una suma equivalente al 10% del monto del contrato original y con una vigencia que abarcará hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista o hasta el consentimiento de la liquidación final, según corresponda a cada objeto contractual.

2.2.2 Ahora bien, de conformidad con lo desarrollado hasta el momento, la verificación del cumplimiento de los requisitos de la garantía de fiel cumplimiento, tanto los señalados al absolver la consulta anterior como los mencionados en el artículo 149 del Reglamento, está a cargo de los funcionarios de las Entidades.

Para ello, las Entidades podrán hacer uso de los mecanismos o procedimientos pertinentes que coadyuven en la verificación a su cargo, los cuales no deberán

constituir barreras de acceso para contratar con el Estado; en esa medida, la Entidad podría solicitar por ejemplo que los postores o contratistas remitan la información adicional necesaria para identificar de manera inmediata la clasificadora de riesgos que asignó la clasificación a la empresa que emitió la garantía o una impresión de la página web en la que se evidencie la clasificación otorgada. Sin embargo, sin perjuicio de la información presentada por los postores o contratistas, la responsabilidad de verificar el cumplimiento de los requisitos de las garantías continúa siendo de los funcionarios de las Entidades facultados para ello; en esa medida, la no presentación de dicha información adicional no constituye un requisito para suscribir el contrato y, en consecuencia, no sería causal para no suscribir el contrato, siempre que la empresa cuente con clasificación de riesgo B o superior.

2.3 *“En las Bases Administrativas se puede incluir como requisito para el otorgamiento de adelantos que el contratista, además de la garantía por adelantos (carta fianza o póliza de caución), ¿remita el documento que acredite que dicha carta fianza o póliza de caución fue emitida por una entidad que cuenta con clasificación de riesgo B o superior?” (sic)*

2.3.1 El numeral 153.1 del artículo 153 del Reglamento, señala que la Entidad solo puede entregar los adelantos directos y por materiales contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto; precisando que la presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.

Para ello, de conformidad con lo señalado al absolver la consulta anterior, las Entidades podrán hacer uso de los mecanismos o procedimientos pertinentes que coadyuven en la verificación a su cargo, en esa medida la Entidad podría solicitar, por ejemplo, que los postores o contratistas remitan la información adicional necesaria para identificar de manera inmediata la clasificadora de riesgos que asignó la clasificación a la empresa que emitió la garantía o una impresión de la página web en la que se evidencie la clasificación otorgada. Sin embargo, sin perjuicio de la información presentada por los postores o contratistas, la responsabilidad de verificar el cumplimiento de los requisitos de las garantías continúa siendo de los funcionarios de las Entidades facultados para ello; en esa medida, la no presentación de dicha información adicional no constituye un requisito para la entrega del adelanto y, en consecuencia, no sería causal para no proceder con lo solicitado por el contratista, siempre que la empresa cuente con clasificación de riesgo B o superior.

2.4 *“¿Existe algún medio de verificación mediante el cual las Instituciones Públicas pueden acceder y validar si las entidades autorizadas a emitir cartas fianza y/o póliza de caución cuentan efectivamente con clasificación de riesgo B o superior?” (sic)*

Al respecto, de conformidad con lo señalado al absolver la consulta 2.1, las Bases Estandarizadas establecen que le corresponde a la Entidad verificar que las garantías presentadas por el postor ganador de la buena pro o contratista cumplan con los requisitos y condiciones necesarios para su aceptación y

eventual ejecución; asimismo, que los funcionarios de las Entidades no deben aceptar las garantías emitidas bajo condiciones distintas a las establecidas en ellas, incorporando dos enlaces con la finalidad de verificar : i) si la clasificadora de riesgo que asigna la clasificación a la empresa que emite la garantía se encuentra listada en el portal web de la SBS, y ii) si la empresa emisora se encuentra autorizada por la SBS para emitir garantías.

Además, las Bases también señalan que se debe identificar en la página web de la clasificadora de riesgo respectiva, cuál es la clasificación vigente de la empresa que emite la garantía, considerando la vigencia a la fecha de emisión de la garantía; asimismo, las bases precisan, entre otros aspectos, que en caso exista alguna duda sobre la clasificación de riesgo respectiva, asignada a la empresa emisora de la garantía, se deberá consultar a la clasificadora de riesgos respectiva, además de verificar la autenticidad de la garantía a través de los mecanismos establecidos (consulta web, teléfono u otros) por la empresa emisora.

2.5 “¿Corresponde al Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) de la Entidad verificar, de manera previa a la suscripción del contrato, que las cartas fianza y/o pólizas de caución, presentadas para la suscripción del mismo, hayan sido emitidas por entidades que cuenten con la clasificación de riesgo B o superior, o es una verificación que debe realizarse como consecuencia de una fiscalización posterior?”

2.5.1 El numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley establece, entre otros aspectos, que el Órgano Encargado de las Contrataciones es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.

Por su parte, el numeral 5.2 del artículo 5 del Reglamento señala que “*El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, **que involucra el trámite de su perfeccionamiento, la aplicación de las penalidades, el procedimiento de pago, en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo. Las normas de organización interna de la Entidad pueden asignar dicha función a otro órgano (...)***”. (El resaltado es agregado).

Según se advierte, la normativa de contrataciones del Estado establece que las gestiones propias del abastecimiento de bienes, servicios u obras al interior de la Entidad, tales como la gestión administrativa del contrato³, corresponden al órgano encargado de las contrataciones; sin embargo, también precisa que la Entidad, a través de sus normas de organización interna podría asignar dichas funciones a algún otro órgano.

En tal sentido, de conformidad con lo señalado al absolver las consultas anteriores, los responsables de verificar que las garantías presentadas cumplan con los requisitos y condiciones necesarios para su aceptación y posterior

³ Cabe precisar que la gestión administrativa del contrato, comprende todas aquellas actividades que guardan relación con su elaboración, verificación de requisitos, perfeccionamiento, entre otros.

ejecución son los funcionarios de las entidades facultados para ello, ya sea que pertenezcan al órgano encargado de las contrataciones o a otro órgano, según lo establecido en las normas de organización interna de cada Entidad; dicha verificación deberá realizarse antes de la suscripción del contrato, en el caso de la garantía de fiel cumplimiento, no debiendo aceptar garantías que no cumplan con las condiciones establecidas en la normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIÓN

- 3.1 Los postores y/o contratistas son responsables de presentar garantías que cumplan con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado; asimismo, los funcionarios de las Entidades están obligados a verificar que las garantías presentadas en los procedimientos de contratación que se realicen cumplan con dichos requisitos; para ello, los funcionarios deberán hacer uso de los mecanismos o procedimientos que resulten pertinentes con la finalidad de dar cumplimiento a su obligación. Sin embargo, sin perjuicio de la información presentada por los postores o contratistas, la responsabilidad de verificar el cumplimiento de los requisitos de las garantías continúa siendo de los funcionarios de las Entidades facultados para ello; en esa medida, la no presentación de dicha información adicional no constituye un requisito para la suscripción del contrato ni para la entrega del adelanto.
- 3.2 Los responsables de verificar que las garantías presentadas cumplan con los requisitos y condiciones necesarios para su aceptación y posterior ejecución son los funcionarios de las entidades facultados para ello, ya sea que pertenezcan al órgano encargado de las contrataciones o a otro órgano, según lo establecido en las normas de organización interna de cada Entidad; dicha verificación deberá realizarse antes de la suscripción del contrato, en el caso de la garantía de fiel cumplimiento, no debiendo aceptar garantías que no cumplan con las condiciones establecidas en la normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 20 de enero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA

Directora Técnico Normativa

RMC.