

## OPINIÓN N° 019-2020/DTN

Solicitante: Cámara Peruana de la Construcción  
Asunto: Garantías  
Referencia: Comunicación S/N recibida el 06.ENE.2020

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Julio Alvarado Mendoza, Gerente General de la Cámara Peruana de la Construcción formula varias consultas sobre las garantías en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado.

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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

### 2. CONSULTA 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 a partir del 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1. “¿Cuál es el procedimiento que debe cumplir el contratista para presentar garantías de fiel cumplimiento emitidas por entidades que cumplan con la calificación de riesgo de B o superior que establece el artículo 148 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones?”**

En primer término, es importante señalar que el artículo 149 del Reglamento (concordante con el artículo 33 de la Ley) prescribe que el postor ganador de la buena pro se encuentra obligado a entregar a la Entidad una garantía de fiel cumplimiento equivalente al 10% del monto del contrato original<sup>1</sup>, como uno de los requisitos indispensables para el perfeccionamiento del contrato.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 148 del Reglamento<sup>2</sup>, la garantía de fiel cumplimiento otorgada por el postor ganador debe ser una **carta fianza o póliza de caución** (dependiendo de lo que se hubiese establecido en el documento del procedimiento de selección), la cuales deben ser **emitidas por entidades autorizadas para emitir garantías, que cuenten con clasificación de riesgo B o superior, y que –además– se encuentren bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.**

De esto modo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 148 y 149 del Reglamento, corresponde mencionar que será responsabilidad del postor ganador de la buena pro asegurarse de que la carta fianza o póliza de caución –entregada con el fin de perfeccionar el contrato– haya sido emitida por alguna entidad que: **i) se encuentre autorizada para emitir garantías; ii) se encuentre bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; y iii) cuente con clasificación de riesgo B o superior.**

Por su parte, será responsabilidad de la Entidad verificar (a través del funcionario competente) que la garantía entregada por el postor ganador cumpla con los requisitos mencionados en el párrafo anterior. Para estos efectos, las “*Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N°30225*”, aprobadas por el OSCE mediante Directiva N° 001-2019- OSCE/ CD, han establecido los siguientes lineamientos:

*“Los funcionarios de las Entidades no deben aceptar garantías emitidas bajo condiciones distintas a las establecidas en el presente numeral, debiendo tener en cuenta lo siguiente:*

*1. La clasificadora de riesgo que asigna la clasificación a la empresa que emite la garantía debe encontrarse listada en el portal web de la SBS (<http://www.sbs.gob.pe/sistema-financiero/clasificadoras-de-riesgo>).*

*2. 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.”*

Como se puede apreciar, la directiva citada establece determinados lineamientos que deben observar los funcionarios responsables de las entidades para verificar que la

<sup>1</sup> El artículo 149 del Reglamento señala: **“como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original (...)”** (El resaltado es agregado). Asimismo, se debe precisar que **el artículo 152 de la Ley establece los supuestos de excepción** en los cuales el postor ganador de la buena pro no se encuentra obligado a presentar garantía de fiel cumplimiento.

<sup>2</sup> El artículo 148 del Reglamento establece lo siguiente: *“Los documentos del procedimiento de selección establecen el tipo de garantía que corresponde sea otorgada por el postor y/o contratista, pudiendo ser 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”.*

garantía otorgada por el contratista cumple con los requisitos establecidos en el artículo 148. Cabe precisar que, la Entidad no podrá suscribir el contrato mientras no haya verificado que la garantía cumple con los referidos requisitos.

**2.2. “A partir de la vigencia del Decreto Legislativo N°1444, que modifica la Ley N°30225, y el Decreto Supremo N°344-2018-EF que aprueba su reglamento, ¿Cuáles serían los contratos que se encuentren sujetos a cumplir con las mencionadas normas?”**

2.2.1. Sobre el particular, debe precisarse que en nuestro ordenamiento jurídico, por regla general, rige el **principio de aplicación inmediata de las normas**, en virtud del cual,  toda norma debe regir a partir del momento en que empieza su vigencia hasta su derogación. Esta, de manera general, se encuentra prevista en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú en los términos siguientes: *"La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley"*.

Aunado a ello, debe señalarse que el artículo 109 de la Constitución dispone: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

De lo mencionado hasta este punto, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en ordenamiento peruano rige la denominada *teoría de los hechos cumplidos*, es decir que **la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte**<sup>3</sup>.

2.2.2. Dicho lo anterior se debe mencionar que las disposiciones contempladas en el D.L. N°1444, así como, aquellas que conforman el D.S. N°344-2018- EF, entraron en vigencia el 30 de enero de 2019; en consecuencia, dichas disposiciones se aplican a los procedimientos de selección convocados desde la referida fecha.

Ahora bien, los contratos suscritos en el marco de la normativa de Contrataciones son el resultado de los procedimientos de selección convocados por la Entidad; en tal medida, éstos se rigen por las normas que resulten aplicables a los procedimientos de selección de los cuales se deriven.

En coherencia con lo anterior, y en relación con la consulta formulada, los contratos que deben cumplir con las disposiciones contempladas en el D.L. N°1444, así como, aquellas que conforman el D.S. N°344-2018- EF (incluidas las normas referidas a las garantías), son aquellos provenientes de los procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigencia de las referidas normas, es decir, aquellos provenientes de procedimientos convocados a partir del 30 de enero de 2019.

2.2.3. Adicionalmente se debe mencionar que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley establece que *"Los procedimientos de selección iniciados antes*

<sup>3</sup> Sobre el particular, puede consultarse: Rubio Correa, Marcial (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. Undécima Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 45-69.

*de la entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.*" (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, la Ley establece una disposición transitoria que tiene por objeto que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; permitiéndose de este modo la aplicación ultractiva de la anterior Ley, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo.

En dicho contexto, la referida disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contratación pública, lo que configuraría una excepción a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia.

**2.3. “Si el contratista al momento de suscribir el contrato presenta una garantía de fiel cumplimiento que ha sido emitida por una entidad que no cumple con lo establecido el artículo 148 del Decreto Supremo N°344- 2018-EF que aprueba el reglamento de la Ley de Contrataciones, ¿Cuál sería la consecuencia de haberse suscrito un contrato con presentación de una garantía de fiel cumplimiento que no cumple lo regulado en la ley y reglamento de contrataciones del Estado?”**

2.3.1. Como se anotó, el artículo 149 del Reglamento exige al postor ganador de la buena pro que otorgue una garantía de fiel cumplimiento equivalente al 10% del monto del contrato original, como condición indispensable para el perfeccionamiento del contrato.

Por su parte, como se anotó, el artículo 148 del Reglamento (concordante con el artículo 33 de la Ley) ha señalado que para cumplir con el mandato descrito, el postor ganador de la buena pro debe otorgar una carta fianza o póliza de caución<sup>4</sup>, las que deben ser emitidas por una entidad que: **i) se encuentre autorizada para emitir garantías; ii) se encuentre bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; y iii) cuente con clasificación de riesgo B o superior.**

En consecuencia, se puede afirmar que el postor ganador que hubiese otorgado una garantía que no cuente con las características antes descritas no habrá cumplido con la exigencia contemplada en el artículo 149 del reglamento y, por tanto, no podrá suscribir el contrato.

Dicho lo anterior es pertinente reiterar que, si bien el ganador de la buena pro tiene la obligación de otorgar una garantía que cumpla con las características establecidas en el artículo 148 del Reglamento, no se puede obviar la circunstancia de que la Entidad, en tanto responsable de los procesos de contratación a su cargo, tiene el deber de cautelar que el postor ganador cumpla con la referida obligación.

2.3.2. Expuesto lo anterior, en atención de la consulta formulada corresponde reiterar que no es posible suscribir un contrato si la garantía otorgada no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 148 del Reglamento. Ahora bien, si la entidad suscribió el contrato y en consecuencia inició su ejecución, a pesar de que la garantía otorgada

---

<sup>4</sup> La obligación de presentar uno u otro documento dependerá de lo que hubieren establecido documentos del procedimiento de selección.

no cumplía con los requisitos reglamentarios, se habrá configurado una transgresión de la normativa de contrataciones del Estado y, ante tal circunstancia, **corresponderá a las autoridades u organismos competentes determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios involucrados en dicha transgresión.**

Adicionalmente, si a partir de los elementos propios del caso se hubiese advertido la posible configuración de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 50 de la Ley, la Entidad deberá cursar la comunicación correspondiente al Tribunal de Contrataciones del Estado, a fin de que este último –de considerarlo necesario– inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente

- 2.4. “En los casos que se haya suscrito un contrato con una garantía que no cumple con la clasificación de riesgo B o superior, en los cuáles sea obligatorio acreditar dichas garantías ¿ El Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley N° 30225, y el D.S. N° 344-2018-EF que aprueba su reglamento establecen la posibilidad de sustituir las garantías que han sido emitidas por una entidad que no cumple con lo regulado en la norma?, en el caso la norma no lo establezca ¿estaríamos frente a un incumplimiento contractual que tendría como consecuencia la nulidad o resolución de contrato?, y de ser así ¿a qué instancia se retrotraería el proceso de contratación?”**

La normativa de Contrataciones del Estado no permite que un contrato se suscriba cuando la garantía de fiel cumplimiento entregada no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 148 del Reglamento. De configurarse tal hecho, deberá determinarse la responsabilidad administrativa de los funcionarios correspondientes y, asimismo, en caso se advierta la configuración de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 50 de la Ley, la Entidad deberá comunicar el hecho al Tribunal de Contrataciones del Estado, a fin de que éste último –de considerarlo necesario– inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

Ahora, respecto del contrato en ejecución suscrito en contravención de lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, **será responsabilidad exclusiva de la Entidad evaluar los elementos particulares del caso y tomar la decisión más conveniente al interés público.** Para estos efectos, deberá considerar las facultades discrecionales que brinda la normativa de Contrataciones del Estado (nulidad o resolución de contrato), así como, los principios de la contratación pública contemplados en el artículo 2 de la Ley<sup>5</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. En virtud de lo dispuesto por los artículos 148 y 149 del Reglamento, corresponde mencionar que será responsabilidad del postor ganador de la buena pro asegurarse de que la carta fianza o póliza de caución –entregada con el fin de perfeccionar el contrato– haya sido emitida por alguna entidad que: **i) se encuentre autorizada para emitir garantías; ii) se encuentre bajo la supervisión directa de la Superintendencia**

<sup>5</sup> Sobre el particular es pertinente señalar que, según el principio de eficacia y eficiencia, contemplado en el literal f) del artículo 2 de la Ley **“El proceso de Contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos”** (El resaltado es agregado)

de Banca, Seguros y AFP; y iii) cuenta con clasificación de riesgo B o superior.

- 3.2. La Directiva N° 001-2019- OSCE/ CD establece determinados lineamientos que deben observar los funcionarios responsables de las entidades para verificar que la garantía otorgada por el contratista cumple con los requisitos establecidos en el artículo 148. Cabe precisar que, la Entidad no podrá suscribir el contrato mientras no haya verificado que la garantía cumple con los referidos requisitos
- 3.3. La normativa de Contrataciones del Estado no permite que un contrato se suscriba cuando la garantía de fiel cumplimiento entregada no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 148 del Reglamento. De configurarse tal hecho, deberá determinarse la responsabilidad administrativa de los funcionarios correspondientes y, asimismo, en caso se advierta la posible configuración de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 50 de la Ley, la Entidad deberá comunicar el hecho al Tribunal de Contrataciones del Estado, a fin de que éste último –de considerarlo necesario– inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.
- 3.4. Respecto del contrato en ejecución suscrito en contravención de lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, será responsabilidad exclusiva de la Entidad evaluar los elementos particulares del caso y tomar la decisión más conveniente al interés público. Para estos efectos, deberá considerar las facultades discrecionales que brinda la normativa de Contrataciones del Estado (nulidad o resolución de contrato), así como, los principios de la contratación pública contemplados en el artículo 2 de la Ley.

Jesús María, 14 de febrero de 2020

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RVC/gda.