

OPINIÓN N° 040 -2023/DTN

Entidad: Gobierno Regional de Ayacucho

Asunto: Constitución de fideicomiso

Referencia: Formulario S/N 27.MAR.2023– Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Rolando Santa Cruz Miranda, Gerente General Regional del Gobierno Regional de Ayacucho, formula consulta referida a la constitución de fideicomiso, en el marco de lo dispuesto por 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 vinculadas entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada por Ley N° 30225, y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Es posible modificar el contrato de obra para incorporar y constituir fideicomiso para adelantos directo y de materiales, cuando en las bases integradas del procedimiento de

¹ Realizadas mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N° 168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N° 250-2020-EF, vigente desde el 05 de septiembre de 2020; y Decreto Supremo N° 162-2021-EF, vigente desde el 12 de julio de 2021, y el Decreto Supremo N°234-2022-EF vigente desde el 28 de octubre de 2022.

selección no fue incorporada la obligación de constituir un fideicomiso, teniendo en cuenta que la adjudicación simplificada se convocó el 19 de octubre de 2022, se adjudicó la buena pro el 18 de noviembre de 2022 y firma de contrato el 14 de diciembre de 2022?”

- 2.1.1 De manera previa es importante indicar que a partir del 28 de octubre de 2022 entró en vigor el Decreto Supremo N°234-2022-EF que –entre otras disposiciones normativas– modifica la regulación de los adelantos que pueden otorgarse al contratista; así como del fideicomiso para la administración de tales adelantos.

Al respecto, corresponde señalar que, de conformidad con lo previsto en la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N°234-2022-EF, tales disposiciones resultan aplicables a los procedimientos de selección que hayan sido convocados a partir de su entrada en vigor –esto es, a partir del 28 de octubre de 2022–; así como a los contratos que deriven de dichos procedimientos.

En ese sentido, a fin de atender la consulta formulada, a continuación, se desarrollarán aspectos generales de los adelantos y del fideicomiso teniendo en cuenta la normativa de contrataciones del Estado vigente y la anterior a la modificación efectuada por el precitado Decreto Supremo (tomando en consideración que es sobre ésta última que versa la consulta planteada²).

Los adelantos y el fideicomiso en la normativa de contrataciones del Estado vigente a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo 234-2022 -EF

- 2.1.2 En principio, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad de otorgar adelantos al contratista con la finalidad de brindarle financiamiento y/o liquidez que permita la ejecución oportuna y correcta de las prestaciones del contrato; de esta manera, se evita que el contratista recurra a fuentes de financiamiento externas que incrementen el costo de la contratación y que, como consecuencia, trasladen dicho incremento a la Entidad.

En ese sentido, el artículo 38 de la Ley establece que el otorgamiento de adelantos al contratista será posible siempre que ello haya sido establecido en los documentos del procedimiento de selección, de acuerdo con las condiciones y exigencias previstas **en el Reglamento** en virtud del objeto de la contratación.

- 2.1.3 En ese contexto, el artículo 180 del Reglamento (modificado por el Decreto Supremo N°234-2022-EF) establece que, cuando el objeto de la contratación consiste en la ejecución de una obra, los documentos del procedimiento de selección pueden establecer los siguientes tipos de adelanto: *i) directos, ii) para materiales e insumos, y, iii) para equipamiento y mobiliario, en contratos bajo la modalidad llave en mano.* Asimismo, precisa que los adelantos directos en ningún caso exceden en conjunto el diez por ciento (10%) del monto del contrato original; mientras que, los adelantos para materiales e insumos, y los adelantos para equipamiento y mobiliario, en conjunto no deben superar el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original.

Ahora bien, los adelantos antes mencionados solo pueden ser entregados al contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto³; sin embargo, el

² Toda vez que en la presente consulta se indica que el procedimiento de selección se convocó el día 19 de octubre de 2022, fecha en la cual aún no se encontraba vigente el Decreto Supremo N°234-2018-EF.

³ La finalidad de esta norma contemplada en el artículo 153 del Reglamento consiste en salvaguardar la amortización total del adelanto entregado por la Entidad al contratista y, de esta manera, asegurar la recuperación de los fondos públicos involucrados al otorgarse tal adelanto.

contratista queda exceptuado de cumplir esta exigencia cuando en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, se haya contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de tales adelantos.

Sobre el particular, el artículo 184 del Reglamento (modificado por el Decreto Supremo N°234-2022-EF) señala que, en principio, la Entidad puede establecer en las bases del procedimiento de selección la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos. No obstante, cuando la Entidad no haya contemplado dicha obligación en los documentos del procedimiento, las partes pueden acordar su incorporación al contrato observando lo dispuesto en el numeral 184.9 del precitado artículo⁴.

Al respecto, cabe precisar que de conformidad con lo establecido en el literal b) del numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento, es posible que dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, el contratista solicite a la Entidad la constitución del fideicomiso, siempre que los adelantos aún no hubieran sido entregados, en cuyo caso, la Entidad podría aceptar dicha solicitud, dentro de los siete (7) días siguientes de haberla recibido; en ese sentido, es importante anotar que la incorporación de esta cláusula al contrato constituye una modificación contractual que habilita el propio literal b) del mencionado numeral del Reglamento, por tanto, sólo resulta aplicable a contratos derivados de procedimientos de selección convocados desde la entrada en vigencia del Decreto Supremo N°234-2022-EF (esto es, desde el 28 de octubre de 2022).

Por lo expuesto, se advierte que en los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234- 2022-EF (esto es, a partir del 28 de octubre de 2022), y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, será posible cuando dicha obligación se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección, o en su defecto, cuando las partes hayan acordado su incorporación al contrato conforme a lo establecido en el numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento.

Los adelantos y el fideicomiso en la normativa de contrataciones del Estado anterior a la entrada en vigor del Decreto Supremo 234-2022 -EF

2.1.4 Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 180 del Reglamento –en su versión anterior a la modificación efectuada por el Decreto Supremo N°234-2022-EF– los documentos del procedimiento de selección para la contratación de obra podían establecer adelantos directos y adelantos para materiales o insumos, los cuales en ningún caso, debían exceder el diez por ciento (10%), y, el veinte por ciento (20%) del monto del contrato

⁴ “Artículo 184. Fideicomiso de adelanto de obra (...)

184.9. Cuando la Entidad no haya incorporado en las bases la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra, las partes pueden acordar la incorporación de una cláusula en el contrato para la constitución del fideicomiso. Para tal efecto, se tiene en cuenta lo siguiente:

a) En la oportunidad de la presentación de los requisitos para perfeccionar el contrato, el postor adjudicado puede presentar la solicitud a la Entidad para la constitución del fideicomiso. En caso la Entidad acepte la solicitud, se incorpora en el contrato a suscribirse la cláusula que prevé la constitución del fideicomiso; o,

b) Dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, el contratista puede presentar la solicitud a la Entidad para la constitución del fideicomiso, siempre que los adelantos aún no hayan sido entregados; vencido dicho plazo no procede la solicitud. En caso la Entidad acepte la solicitud, dentro de los siete (7) días siguientes de recibida la mencionada solicitud, se incorpora en el contrato la cláusula que prevé la constitución del fideicomiso. Desde el día siguiente de la incorporación de esta cláusula, se computa el plazo establecido en el numeral 184.2”

original, respectivamente.

Al respecto, cabe precisar que la Entidad solo entregaba los adelantos directos y para materiales o insumos, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto. No obstante, dicha exigencia podía ser exceptuada cuando en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de obras se hubiera contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos destinados a la ejecución de obra en calidad de adelanto.

- 2.1.5 Así, el artículo 184 del Reglamento –en su versión anterior a la modificación efectuada por el Decreto Supremo N°234-2022-EF– establecía que la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, podía ser incorporada por la Entidad en las bases del procedimiento de selección, con la finalidad de garantizar que tales recursos, durante su ejecución, se apliquen exclusivamente a la obra contratada.

En ese contexto normativo, se advierte que en los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados antes de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos –directos y para materiales o insumos– destinados a la ejecución de la obra, solo será posible siempre que dicha obligación se hubiera encontrado prevista en los documentos del procedimiento de selección.

- 2.2. *“En aplicación del art. 34.10 de la LCE, ¿las entidades pueden modificar convencionalmente los contratos suscritos, independientemente del reglamento de su convocatoria, a fin de sustituir el otorgamiento de fianzas para adelantos, por constituir un contrato de fideicomiso por adelantos, bajo los antecedentes arriba expuestos?”*

- 2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, de conformidad con lo establecido en el literal b) del numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento, es posible que dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, el contratista solicite a la Entidad la constitución del fideicomiso, siempre que los adelantos aún no hubieran sido entregados, en cuyo caso, la Entidad podría aceptar dicha solicitud, dentro de los siete (7) días siguientes de haberla recibido; en ese sentido, es importante anotar que la incorporación de esta cláusula al contrato constituye una modificación contractual que habilita el propio literal b) del mencionado numeral del Reglamento, por tanto, sólo resulta aplicable a contratos derivados de procedimientos de selección convocados desde la entrada en vigencia del Decreto Supremo N°234-2022-EF (esto es, desde el 28 de octubre de 2022).

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados antes de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234-2022-EF, y cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos –directos y para materiales o insumos– destinados a la ejecución de la obra, solo será posible siempre que dicha obligación se hubiera encontrado prevista en los documentos del procedimiento de selección.
- 3.2 De conformidad con lo establecido en el literal b) del numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento, es posible que dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, el contratista solicite a la Entidad la constitución del fideicomiso, siempre que los adelantos aún no hubieran sido entregados, en cuyo caso, la Entidad podría aceptar dicha solicitud, dentro de los siete (7) días siguientes de haberla recibido; en ese sentido, es

importante anotar que la incorporación de esta cláusula al contrato constituye una modificación contractual que habilita el propio literal b) del mencionado numeral del Reglamento, por tanto, sólo resulta aplicable a contratos derivados de procedimientos de selección convocados desde la entrada en vigencia del Decreto Supremo N°234-2022-EF (esto es, desde el 28 de octubre de 2022).

Jesús María, 05 de abril de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/mga