

OPINIÓN N° 056-2023/DTN

Solicitante: Universidad Nacional de Moquegua - UNAM

Asunto: Garantías

Referencia: Formato S/N de fecha 08.MAY.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director General de Administración de la Universidad Nacional de Moquegua – UNAM, formula consultas referidas a la emisión y ejecución de garantías.

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 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 mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

La consulta formulada es la siguiente:

2.1. “Respecto a la ejecución de garantías de fiel cumplimiento del contrato y prestaciones accesorias, se puede requerir que, de manera obligatoria, los ganadores de la buena pro en coordinación con la Entidad a cargo de la emisión de garantías, consignen que el lugar de ejecución de las mismas, se realice en la ciudad donde domicilia la Entidad o ciudades contiguas a esta, teniendo en consideración que los gastos de comisión de servicios para el cobro, superan a veces el monto a ejecutar. Precizando que, previamente, la Entidad antes de proceder con la ejecución de garantías, agota toda comunicación con la empresa contratista para la renovación

de la garantía por vencer o vencida. En atención al artículo 149 y 155 del Reglamento.” (Sic).

- 2.1.1 Antes de iniciar el presente análisis, cabe señalar que este Organismo Técnico Especializado no es competente para pronunciarse sobre escenarios concretos o situaciones particulares, así como respecto de la regulación especial concerniente a la emisión de garantías, pues ello está fuera de las competencias conferidas legalmente.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, se brindarán alcances generales vinculados a los temas planteados en vuestra consulta, circunscribiéndonos a lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado.

En primer término, respecto a la regulación aplicable al otorgamiento de garantías, el artículo 33 de la Ley había establecido que las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas eran las de fiel cumplimiento y por los adelantos.

Asimismo, el citado artículo estableció 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. (...) En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días hábiles. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses legales en favor de la Entidad.” (El énfasis es agregado).*

A su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, los tipos de garantías que debían otorgar los postores y/o contratistas podían ser la carta fianza o la póliza de caución.

En ese sentido, se advierte que las garantías otorgadas por los postores y/o contratistas, en el marco de los procesos de contratación bajo los alcances de la Ley y el Reglamento, deben cumplir con ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Por consiguiente, no resultaría posible establecer disposiciones, más allá de aquellas permitidas en la normativa de contrataciones del Estado o en la normativa especial de la materia, que limiten, restrinjan o condicionen la ejecución de dichas garantías.

Por otro lado, de acuerdo con el Principio de Libertad de Concurrencia, las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias; en ese sentido, no pueden adoptar prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

Bajo esta premisa, no resultaría razonable establecer obligaciones dirigidas a los postores o contratistas *–no previstas en la normativa de contrataciones del Estado o en la normativa de la materia–*, relacionadas a la tramitación de la carta fianza, en tanto

estas supongan exigencias o formalidades costosas e innecesarias y/o puedan limitar la libre concurrencia de proveedores.

Sin perjuicio lo señalado previamente, considerando las circunstancias particulares que se presenten en cada caso, las Entidades *-en el ámbito operativo-* podrían adoptar las acciones pertinentes para gestionar (o acordar) con el contratista el reembolso o devolución que pudiera corresponder en caso de generarse o incurrir en gastos adicionales imputables a este último, ello a efectos de mantener el equilibrio económico financiero del contrato.

2.2. “Respecto a la renovación de cartas fianza, la empresa contratista puede renovar la misma a través de una carta fianza con número diferente al de la carta primigenia o entregar una carta fianza emitida por una entidad bancaria diferente a la que emitió la carta fianza primigenia. De ser afirmativa la respuesta, es necesario proceder con la suscripción de la adenda al contrato. De ser negativa la respuesta, la entidad debe considerar que no se renovó la carta fianza y proceder con la ejecución de la misma. Según lo dispuesto en el artículo 149 del Reglamento.” (Sic).

2.2.1 Tal como se ha indicado previamente, las garantías otorgadas por los postores y/o contratistas, en el marco de un procedimiento de selección convocado bajo los alcances de la Ley y el Reglamento, deben cumplir con ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad.

En esa misma línea, el artículo 148 del Reglamento establece que los postores y/o contratistas presentan como garantías, cartas fianza o pólizas de caución emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, añadiendo que dichas entidades deben contar con clasificación de riesgo B o superior.

En cuanto a la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 149 del Reglamento dispone que esta debe otorgarse por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y 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.

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

Ahora bien, como se puede apreciar, aparte de la regulación antes descrita, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido mayores condicionamientos o restricciones respecto de las garantías que se otorguen ante las Entidades, en el marco de una contratación pública. En ese sentido, no existe la obligación de que al renovarse la carta fianza presentada como garantía de fiel cumplimiento, esta deba conservar el mismo número que la primigenia o que deba ser otorgada necesariamente por la misma entidad financiera, siempre que se cumpla con los requisitos y condiciones establecidos en la Ley y el Reglamento, así como en la normativa especial de la materia y se mantenga la cobertura del monto por garantizar durante todo el periodo correspondiente.

2.3. “Respecto a la presentación de garantías de fiel cumplimiento, la Entidad puede aceptar que el ganador de la buena pro presente diversas cartas fianzas que entre

todas sumen el 10% del monto del contrato y procederse con la suscripción del contrato. De ser afirmativa la respuesta, en caso de vencerse una de las cartas fianzas, y no renovarse, la Entidad debe ejecutar las demás cartas fianza pese a que estas no vencieron o solo debe ejecutarse la carta fianza vencida. Conforme a lo dispuesto en el artículo 149 del Reglamento.” (Sic).

- 2.3.1 Tal como se ha indicado previamente, la garantía de fiel cumplimiento tiene como objetivo respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista, de todas las obligaciones que asumió frente a la Entidad, según lo estipulado en el contrato y lo dispuesto en las Bases integradas y la oferta ganadora.

Dicha garantía debe otorgarse por una suma equivalente al **diez por ciento (10%) del monto del contrato original** y **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

Ahora bien, de lo señalado en los artículos 33 de la Ley, 148 y 149 del Reglamento no se puede advertir alguna disposición que prohíba al postor presentar más de una carta fianza con el objeto de cubrir el monto correspondiente de la garantía de fiel cumplimiento, por lo que no podría restringirse dicha presentación, en tanto se cumpla con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, así como en la normativa especial de la materia y **se mantenga cubierto el monto por garantizar durante todo el periodo correspondiente.**

En relación con lo anterior, el artículo 155 del Reglamento, dispone los supuestos habilitadores para la ejecución de las garantías. Así entre uno de estos supuestos se establece que las garantías se ejecutaran cuando **el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento**¹.

De esta manera, puede advertirse que la normativa busca que las obligaciones a cargo del contratista se encuentren garantizadas **por el monto correspondiente**, durante toda la ejecución del contrato, hasta que se cumpla con la prestación a satisfacción de la Entidad, así, de no renovarse dicha garantía (o vencerse) se estaría transgrediendo la finalidad que esta persigue. En ese sentido, en caso una de las cartas fianza otorgadas como garantía de fiel cumplimiento venciera antes de la conformidad de la recepción o el consentimiento de la liquidación final, según corresponda, las obligaciones a cargo del contratista dejarían de encontrarse correctamente garantizadas, por lo cual, la Entidad se encontraría habilitada para ejecutar las demás cartas fianza otorgadas como garantía de fiel cumplimiento, en aplicación del literal a) del numeral 155.1 del artículo 155 del Reglamento.

- 2.4. *“Respecto al contenido de la carta fianza, si esta presenta un error material (de digitación) es causal para la no suscripción del contrato (en caso de ser la subsanación para la suscripción del contrato), y también un supuesto para proceder con la ejecución de la carta fianza vencida, en caso de ser una renovación de carta fianza. En referencia a lo establecido en el artículo 139 y 149 del Reglamento.” (Sic).*

¹ Una vez que se cuente con la conformidad de la recepción de la prestación o haya quedado consentida la liquidación, según corresponda, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista o de haber saldo a favor, se le devuelve el monto ejecutado sin dar lugar al pago de intereses.

- 2.4.1 En primer lugar, cabe mencionar que mediante el Circular B-2101-2001, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP indico lo siguiente, respecto de los “Avales, fianzas y otras garantías”: *“Cuando las empresas otorguen avales o fianzas que consten en títulos valores, deberán seguir las formalidades establecidas por la ley de la materia. Las otras modalidades de fianzas y las demás garantías personales otorgadas por las empresas deberán indicar claramente el nombre del acreedor o beneficiario en cuyo favor se presta la garantía, del solicitante u obligado garantizado, así como la descripción y monto de la obligación garantizada, la fecha de inicio de su vigencia, la fecha y hora de su vencimiento y los alcances de la garantía otorgada.”*

A su vez, mediante Oficio N° 5196-2011-SBS, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP agrega lo siguiente: *“(…) La carta fianza es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación (carta fianza). (…) debe quedar claro que para que la garantía sea eficaz y no presente dificultades al momento de su ejecución, debe permitir, inequívocamente, de su lectura determinar de modo preciso lo que es el objeto de cobertura pues de lo contrario, la empresa emisora podría negarse a su ejecución.”*

De lo señalado, queda claro que la carta fianza emitida, en el marco de los procesos de contratación, es un documento eminentemente formal que se rige por el principio de literalidad², por lo cual para que esta sea eficaz y no presente dificultades al momento de su ejecución, debe permitir, inequívocamente, de su lectura determinar de modo preciso lo que es el objeto de cobertura, sus alcances y demás información que resulte indispensable para dichos fines.

- 2.4.2 Ahora bien, cuando en el marco del procedimiento para el perfeccionamiento del contrato, se presente una carta fianza que contenga errores en la información contenida, la Entidad otorga un plazo para su subsanación; sin embargo, cuando no se llegue a perfeccionar el contrato por causa imputable al postor *-por ejemplo, cuando al momento de la subsanación presente nuevamente una carta fianza conteniendo algún error-*, éste **perderá automáticamente la buena pro**, todo ello de conformidad con el artículo 151 del Reglamento. Cabe precisar que dicho escenario no ha sido contemplado en el artículo 155 del Reglamento como supuesto habilitante para la ejecución de garantías.

Un escenario distinto puede presentarse en el marco de la ejecución de un contrato, en caso el postor, a efectos de renovar alguna de sus garantías (fiel cumplimiento o adelantos), otorgue a la Entidad una carta fianza que contenga algún error y **ello no sea oportunamente subsanado**, supuesto en el cual, la Entidad se encontrará habilitada para ejecutar la garantía correspondiente, en aplicación del literal a) del numeral 155.1 del artículo 155 del Reglamento.

- 2.5. ***“Respecto a la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor, inimputable a las partes, la Entidad, debe proceder con la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento o debe proceder con la devolución de la garantía otorgada, conforme a lo establecido en el artículo 155 del Reglamento.”*** (Sic).

- 2.5.1 Al respecto, el literal b) del numeral 155.1 del artículo 155 del Reglamento ha dispuesto

² Del Oficio N° 5196-2011-SBS se desprende que el Principio de Literalidad implica que la obligación del emisor de una carta fianza está referida, exclusivamente, a los términos detallados en su texto, por lo que la posibilidad de ejecutarla estará vinculada a que se cumplan los supuestos y condiciones en ella previstos.

que “La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.”

Como se puede advertir, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido de manera expresa que la garantía de fiel cumplimiento se ejecuta cuando la resolución del contrato (consentida o confirmada arbitralmente) se deba a una causa imputable al contratista. No habiéndose contemplado como supuesto de ejecución, aquellos casos en los que la resolución se genere por alguna causa no imputable al contratista (sea hecho fortuito o fuerza mayor)³.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La. garantías otorgadas por los postores y/o contratistas, en el marco de los procesos de contratación bajo los alcances de la Ley y el Reglamento, deben cumplir con ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Por consiguiente, no resultaría posible establecer disposiciones, más allá de aquellas permitidas en la normativa de contrataciones del Estado o en la normativa especial de la materia, que limiten, restrinjan o condicionen la ejecución de dichas garantías.
- 3.2 No resultaría razonable establecer obligaciones dirigidas a los postores o contratistas – *no previstas en la normativa de contrataciones del Estado o en la normativa especial de la materia*–, relacionadas a la tramitación de la carta fianza, en tanto estas supongan exigencias o formalidades costosas e innecesarias y/o puedan limitar la libre concurrencia de proveedores.
- 3.3 No existe la obligación de que al renovarse la carta fianza presentada como garantía de fiel cumplimiento, esta deba conservar el mismo número que la primigenia o que deba ser otorgada necesariamente por la misma entidad financiera, en tanto se cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, así como en la normativa especial de la materia y se mantenga la cobertura del monto por garantizar durante todo el periodo correspondiente.
- 3.4 No existe disposición que prohíba al postor presentar más de una carta fianza con el objeto de cubrir el monto correspondiente de la garantía de fiel cumplimiento, por lo que no podría restringirse dicha presentación, en tanto se cumpla con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, así como en la normativa especial de la materia y se mantenga cubierto el monto por garantizar durante todo el periodo correspondiente. En caso una de las cartas fianza otorgadas como garantía de fiel cumplimiento venciera antes de la conformidad de la recepción o el consentimiento de la liquidación final, según corresponda, las obligaciones a cargo del contratista dejarían de encontrarse correctamente garantizadas, por lo cual, la Entidad se encontraría habilitada para ejecutar las demás cartas fianza otorgadas como garantía de fiel cumplimiento, en aplicación del literal a) del numeral 155.1 del artículo 155 del

³ Al respecto, el artículo 164 del Reglamento, ha previsto que “Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.”

Reglamento.

- 3.5 Durante la ejecución de un contrato, en caso el postor, a efectos de renovar alguna de sus garantías (por fiel cumplimiento o adelantos), otorgue a la Entidad una carta fianza que contenga algún error y ello no sea oportunamente subsanado, la Entidad se encontrará habilitada para ejecutar la garantía vigente que corresponda, en aplicación del literal a) del numeral 155.1 del artículo 155 del Reglamento.
- 3.6 Cuando en el marco del procedimiento para el perfeccionamiento del contrato, se presente una carta fianza que contenga errores en la información contenida, la Entidad otorga un plazo para su subsanación; ahora bien, cuando no se perfeccione el contrato por causa imputable al postor *-por ejemplo, cuando al momento de la subsanación presente nuevamente una carta fianza conteniendo algún error-*, éste perderá automáticamente la buena pro, todo ello de conformidad con el artículo 151 del Reglamento. Cabe precisar que dicho escenario no ha sido contemplado en el artículo 155 del Reglamento como supuesto habilitante para la ejecución de garantías.
- 3.7 La normativa de contrataciones del Estado ha establecido de manera expresa que la garantía de fiel cumplimiento se ejecuta cuando la resolución del contrato (consentida o confirmada arbitrariamente) se deba a una causa imputable al contratista. No habiéndose contemplado como supuesto de ejecución, aquellos casos en los que la resolución se genere por una causa no imputable al contratista (sea hecho fortuito o fuerza mayor).

Jesús María, 2 de junio de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.