

OPINIÓN N° 059-2020/DTN

Entidad: Programa Agua Segura para Lima y Callao

Asunto: Sustitución de tipos de garantías

Referencia: Formulario de solicitud de consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado, de fecha 15.06.2020.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director de la Unidad de Administración del Programa Agua Segura para Lima y Callao formula consulta sobre la posibilidad de la sustitución de cartas fianzas por pólizas de caución 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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, la consulta formulada es la siguiente:

“Si las Bases Integradas, que constituyen reglas definitivas de un procedimiento de selección y que no pueden ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, han establecido en un procedimiento de selección que el tipo de garantía que corresponde ser otorgado por el postor y/o contratista, debe ser

carta fianza, no habiéndose mencionado en ningún extremo a la Póliza de Caución; ¿Puede el contratista, a pesar de lo establecido en las Bases Integradas, solicitar reemplazar las Cartas Fianzas originariamente entregadas por Póliza de Caución, considerando que el artículo 148 del RLCE admite como tipos de garantía?

- 2.1. En primer lugar, debe mencionarse que en el marco de la ejecución contractual las garantías representan un medio de respaldo frente a posibles incumplimientos del contratista. Sobre el particular, tal como se indicó en reiteradas opiniones¹, las garantías cumplen una doble función: i) *compulsiva*; y, ii) *resarcitoria*. Son compulsivas, pues lo que pretenden es compeler al contratista a cumplir sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía presentada por éste. Asimismo, son resarcitorias pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

Asimismo, el numeral 33.1 del artículo 33 de la Ley señala que “*Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento*”. De conformidad con el Capítulo II del Título VII del Reglamento, las garantías que pueden emplearse en la ejecución contractual son las siguientes: a) Garantía de Fiel Cumplimiento; b) Garantía de Fiel Cumplimiento por Prestaciones Accesorias; y, c) Garantía por Adelantos.

Por su parte, de conformidad con el numeral 33.2 del artículo 33 de la Ley, las características que deben presentar dichas garantías son las siguientes: 1) Incondicional; 2) Solidaria; 3) Irrevocable; y, 4) Realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Asimismo, estas garantías deben ser emitidas por empresas bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, que cuenten con clasificación de riesgo B o superior y se encuentren 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, conforme lo establece el artículo 33 de la Ley concordado con el artículo 148 del Reglamento.

Ahora bien, estas garantías deben ser materializadas a través de determinados documentos, los cuales pueden ser: 1) Carta Fianza; y/o, 2) Póliza de Caución, según la elección de la entidad pública contratante, la cual debe ser indicada en los documentos del procedimiento de selección.

En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado establece los tipos, características y condiciones que deben cumplir las garantías, las cuales pueden ser la carta fianza o la póliza de caución según lo indicado en los documentos del procedimiento de selección y siempre que cumplan con los requisitos y condiciones exigidos por la normativa de contrataciones del Estado.

Teniendo en consideración lo señalado en el párrafo anterior, debe mencionarse que los documentos del procedimiento de selección son las bases, las solicitudes de expresión de interés en el procedimiento de Selección de Consultores Individuales, así como las solicitudes de cotización para el procedimiento de Comparación de Precios, los cuales se

¹ Como por ejemplo la Opinión N° 068-2012/DTN, entre otras.

utilizan atendiendo al tipo de procedimiento de selección, de acuerdo al artículo 47.1 del Reglamento.

Por su parte, de conformidad con el artículo 138 del Reglamento, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas forman parte del contenido del contrato.

En ese sentido, en el documento del procedimiento de selección se establece el tipo de garantía a emplear, pudiendo ser una carta fianza o una póliza de caución, las cuales deberán cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en la normativa de contrataciones del Estado. Cuando se haya optado por un tipo de garantía y dicho documento del procedimiento forme parte de las reglas definitivas de éste, ninguna de las partes puede unilateralmente cambiar el tipo de garantía permitido.

3. CONCLUSIÓN

En el documento del procedimiento de selección se establece el tipo de garantía a emplear, pudiendo ser una carta fianza o una póliza de caución, las cuales deberán cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en la normativa de contrataciones del Estado. Cuando se haya optado por un tipo de garantía y dicho documento del procedimiento constituya las reglas definitivas de éste, ninguna de las partes puede unilateralmente cambiar el tipo de garantía permitido.

Jesús María, 30 de julio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC/gda.