

OPINIÓN N° 080-2020/DTN

Solicitante: Arbitralis E.I.R.L.
Asunto: Ejecución de garantías por adelantos.
Referencia: Formulario 002- DTN de fecha 16 de julio de 2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Fabiola Paulet Monteagudo, formula varias consultas referidas a la ejecución de garantías por adelanto.

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. CONSULTAS Y ANÁLISIS¹

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.

¹ Cabe anotar que, de acuerdo con el TUPA del OSCE, las consultas formuladas a la Dirección Técnico Normativa, deben ser claras y directas; así como, deben ser genéricas y versar sobre la interpretación de algún extremo de la normativa de Contrataciones del Estado. En tal sentido, no podrá absolverse la consulta N°2 consignada en el documento de la referencia, puesto que no ha sido formulada de manera clara, ya que no precisa el extremo de la normativa que requiere ser interpretado. Asimismo, no podrá absolverse la consulta N°4, puesto que parte de una situación concreta en la que una entidad –en el marco de la ejecución de una garantía por adelantos- habría determinado incorrectamente el monto a ejecutar, a fin de que el OSCE determine la acciones a realizar por parte del contratista.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “Con relación al contenido o anexo de la carta notarial a que se refiere el artículo 155.2. del RLCE, mediante la cual la Entidad en forma previa a la ejecución de garantía por adelantos, requiere notarialmente al contratista devolver “el monto pendiente de amortizar”, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía por adelantos por “dicho monto”:

“La Entidad debe justificar (motivar) la “cifra del monto pendiente” de amortizar de una garantía de adelanto en el contenido de la carta notarial o mediante anexo de esta, mediante un reporte de amortizaciones o documento similar, que explique cómo determinó la “cifra” de dicho monto”, a fin de no vulnerar la obligación esencial de todo funcionario público de motivar sus decisiones con arreglo al artículo 9 del TUO de la Ley” (Sic)

- 2.1.1. En primer término, cabe reiterar que este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse, en vía de opinión, sobre situaciones particulares o casos concretos.

Dicho lo anterior, se debe anotar que, en los contratos de bienes y servicios, de acuerdo con el numeral 156.1 del artículo 156 del Reglamento, los documentos del procedimiento de selección pueden establecer la entrega de adelantos directos al contratista, los que en ningún caso pueden exceder en conjunto el treinta por ciento (30%) del monto del contrato original.

Por su parte, en los contratos de ejecución de obra, el artículo 180 del Reglamento ha establecido que la Entidad puede entregar adelantos directos y por materiales, los cuales no pueden exceder el diez por ciento (10%) y veinte por ciento (20%) del monto del contrato original, respectivamente.

Adicionalmente, cabe anotar que, de acuerdo con el numeral 153.1 del artículo 153 del Reglamento, independientemente del objeto de contratación de que se trate, **la Entidad sólo puede entregar los adelantos directos y/o por materiales contra la presentación de una garantía por idéntico monto.** Al respecto, cabe precisar que la finalidad de esta norma imperativa es **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.**

- 2.1.2. Como se advierte, los adelantos, sean por materiales o directos, deben ser amortizados, y el Reglamento establece las reglas para hacerlo. Así, en los contratos de bienes y servicios, la amortización de los adelantos directos se realiza mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista por la ejecución de la o las prestaciones a su cargo.

Dirección Técnico Normativa

Opinión

En los contratos de ejecución de obras, la amortización dependerá del tipo de adelanto del que se trate. Así, los adelantos directos se amortizan mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones de obra, mientras que los adelantos para materiales e insumos se amortizan de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Supremo N°011-79-VC y sus modificatorias ampliatorias y complementarias.

- 2.1.3. Ahora bien, como se anotó, la obligatoriedad de presentar una garantía contra la entrega de adelantos busca salvaguardar la amortización total de éstos. De esta manera, ante la configuración de situaciones que puedan poner en riesgo la posibilidad de amortización total del adelanto entregado, la Entidad podrá solicitar la ejecución de la garantía con el fin de recuperar el monto otorgado.

En tal contexto, el numeral 155.1. del artículo 155 del Reglamento, ha establecido los supuestos que permiten a la Entidad ejecutar la garantía por adelantos:

“155.1. Las garantías se ejecutan en los siguientes supuestos: a) Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de vencimiento (...) tratándose de la garantía por adelantos, no corresponde devolución alguna por el adelanto pendiente de amortización (...) d) La garantía por adelantos se ejecuta cuando resuelto o declarado nulo el contrato, no se realice la amortización o el pago, aun cuando ese evento haya sido sometido a un medio de solución de controversias”.

Mencionados los supuestos habilitadores para la ejecución de garantías por adelantos, corresponde anotar que independientemente del supuesto de que se trate, la Entidad –de acuerdo con el numeral 155.2. del artículo 155 del Reglamento- en forma previa a la ejecución de la garantía, deberá requerir notarialmente al contratista, otorgándole un plazo de diez (10) días para que devuelva el monto pendiente de amortizar, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía por adelantos por dicho monto.

Al respecto, se debe anotar que es decisión única y exclusiva de la Entidad determinar en qué supuesto habilitador de ejecución de la garantía por adelantos se encuentra y cuál es el monto que correspondería ejecutar en caso el contratista no cumpla con pagar el saldo pendiente de amortización. Esta decisión, en tanto se trata de una expresión de la “voluntad de la Administración”, debe encontrarse debidamente sustentada **al interior de la Entidad**, conforme a lo establecido por los principios generales que regulan el ejercicio de la Función Administrativa del Estado², así como, de acuerdo a lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley.

² En este extremo cabe precisar que, de acuerdo con lo señalado en opiniones previas, las normas que regulan el ejercicio de la Función Administrativa del Estado contempladas en la Ley 27444 y sus sucesivas modificatorias, son aplicables a las actuaciones internas que permiten a las Entidades expresar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado. A mayor abundamiento, se recomienda revisar la **Opinión N° 130-2018/DTN**.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Ahora, en relación con la consulta formulada, en el marco de la ejecución de la garantía por adelantos, si bien la determinación del saldo pendiente de amortización debe contar con el debido sustento, se debe aclarar que la normativa de Contrataciones del Estado **no** ha establecido que dicho sustento deba consignarse o adjuntarse al requerimiento previo a la ejecución de la garantía. En tal medida, si bien una Entidad al momento de requerir el saldo pendiente de amortizar, por transparencia, puede presentar o adjuntar el sustento de dicho saldo, **la sola ausencia de la referida justificación no afectaría la validez del requerimiento realizado.**

Sin perjuicio de lo anterior, se debe anotar que, de acuerdo con el numeral 156.3. del artículo 156 del Reglamento, cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización parcial de los adelantos se toma en cuenta al momento de efectuar el siguiente pago que corresponda al contratista o al momento de la conformidad de la recepción de la prestación³.

2.2. “¿Corresponde ejecutar una garantía de adelanto por el “monto nominal emitido” o por el monto pendiente de amortización” del contratista (artículo 155.1. (d) RLCE)?”

Al respecto, se debe mencionar que el numeral 155.2 del artículo 155 del Reglamento ha establecido lo siguiente: *“En cualquiera de los supuestos contemplados en el numeral anterior, la Entidad de forma previa a la ejecución de la garantía por adelantos, requiere notarialmente a contratista, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que devuelva el monto pendiente de amortizar, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía por adelantos por dicho monto”.*

Como se puede apreciar, el artículo citado ha establecido de manera expresa que, cuando se hubiese configurado alguno de los supuestos para la ejecución de la garantía por adelantos, ésta se deberá ejecutar –previo requerimiento de pago dirigido al contratista- **por el monto pendiente de amortizar.**

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** En el marco de la ejecución de la garantía por adelantos, si bien la determinación del saldo pendiente de amortización debe encontrarse debidamente sustentada, se debe aclarar que la normativa de Contrataciones del Estado **no** ha establecido que la Entidad deba consignar o adjuntar dicho sustento en el requerimiento previo a la ejecución de la garantía. En tal medida, si bien una Entidad al momento de requerir el saldo pendiente de amortizar, por transparencia, puede presentar o

³ Una regla semejante resulta aplicable cuando el objeto de contratación sea la ejecución de una obra. Así, de acuerdo con el numeral 183.3 del artículo 183 de Reglamento *“cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización del adelanto se toma en cuenta al momento de efectuar el pago siguiente que le corresponda al contratista y/o en la liquidación del contrato”.*

Dirección Técnico Normativa
Opinión

adjuntar el sustento de dicho saldo, la sola ausencia de la referida justificación no afectaría la validez del requerimiento realizado.

- 3.2.** De acuerdo con el numeral 155.2. del artículo 155 del Reglamento, cuando se hubiese configurado alguno de los supuestos para la ejecución de la garantía por adelantos establecidos en el numeral 155.1 del mismo artículo, la Entidad deberá ejecutarla –previo requerimiento de pago dirigido al contratista- por el monto pendiente de amortizar.

Jesús María, 7 de septiembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.