

OPINIÓN N° 093-2021/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Huánuco

Asunto: Aplicación de la normativa de contrataciones del Estado a las garantías

Referencia: Formulario S/N de fecha 03.SEP.2021 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Regional de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional de Huánuco, señor Silvio Alé Miranda Arias consulta sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado a las garantías que presentan los postores y contratistas.

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 en términos 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“Si tratándose de contratos derivados de procesos de selección iniciados antes de la vigencia del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, resulta actualmente obligatoria la aplicación excepcional de lo regulado por el artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante el*

referido Decreto Supremo, en materia de renovación de garantía, si el contrato que deriva de un proceso de selección iniciado antes de la vigencia de dicho Decreto Supremo, fue suscrito en agosto del año 2019.”

Sobre la aplicación de las normas legales en el tiempo

2.1.1. De manera previa, y reiterando que el OSCE carece de competencia para pronunciarse sobre casos concretos, es pertinente señalar que el artículo 103 de la Constitución Política del Perú establece que *“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”*. Asimismo, el artículo 109 de la Carta Magna dispone que *“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”* (el énfasis es agregado).

En relación con lo anterior resulta pertinente señalar que el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional derivada del Expediente N° 0002-2006-PI/TC dice que *“Diez – Picaso, (...) sostiene que en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad (...)”*.

En adición a lo señalado hasta este punto, debe indicarse que, el artículo 62 de la Constitución establece que *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”*.

Por lo expuesto, en materia de aplicación de las normas legales en el tiempo se tiene que la **regla general** que contempla nuestro ordenamiento jurídico es la *“teoría de los hechos cumplidos”*, es decir, que la ley es obligatoria desde su entrada en vigor, situación que ocurre desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial; así, una vez que la norma legal entra en vigencia, es aplicable a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Al respecto, es de precisarse que dicha regla general —de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna peruana— tiene **dos excepciones**: (i) que la ley establezca la postergación de su vigencia en todo o en parte, o que prevea que la legislación anterior (derogada) continúe produciendo efectos (aplicación ultractiva); y (ii) en materia contractual, pues los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes, entendiéndose posteriores a la suscripción del contrato, estableciéndose así la *“regla de la inmutabilidad de los términos contractuales”*.

Sobre la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo

2.1.2. Realizadas las precisiones anteriores, debe indicarse que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30225, vigente desde el 9 de enero hasta la actualidad, establece que *“Los procedimientos de selección iniciados antes de la*

entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria”.

Sobre el particular, es necesario precisar que para convocar un procedimiento de selección debe contarse —entre otros— con el expediente de contratación y los documentos del procedimiento de selección aprobados. En consecuencia, luego de la realización del procedimiento de selección, para el perfeccionamiento del contrato son aplicables las disposiciones vigentes al momento de la convocatoria del procedimiento de selección del que este deriva. Cabe precisar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138 del Reglamento, el contrato se encuentra conformado por (i) el documento que lo contiene, (ii) los documentos del procedimiento de selección que establecen reglas definitivas, (iii) la oferta ganadora, así como (iv) los documentos derivados del procedimiento de selección que establecen obligaciones para las partes.

Como se aprecia, la Ley N° 30225 establece que las contrataciones realizadas por las Entidades Públicas al amparo de lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado se rigen por las disposiciones vigentes al momento de la convocatoria del respectivo procedimiento de selección; en tal sentido, y en concordancia con lo señalado en el párrafo precedente, los contratos **convocados** hasta el 29 de enero de 2019 se rigen por lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por el Decreto Supremo N° 057-2017-EF. Cabe añadir que la Ley N° 30225 no ha establecido una excepción para la señalada disposición y, por tanto, las normas vigentes al momento de la convocatoria del procedimiento de selección se aplican de manera *ultractiva* a la contratación derivada de este.

Por lo expuesto, de conformidad con lo previsto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30225, los contratos celebrados provenientes de procedimientos de selección convocados hasta antes del 30 de enero de 2019 se rigen por lo dispuesto en la Ley N° 30225, modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1341 y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado mediante el Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

Respecto de las garantías de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF

2.1.3. Sin perjuicio de lo señalado respecto de la aplicación de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo, debe indicarse que el numeral 33.2 del artículo 33 de la Ley establece 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*¹.

Sobre el particular debe indicarse que el artículo 125 del Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado mediante el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, establecía que *“Los documentos del procedimiento de selección establecen el tipo de garantía que debe otorgar el postor y/o contratista, pudiendo ser carta fianza y/o póliza de caución”*.

Por otra parte, el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, establece que *“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”*.

Como puede advertirse, con relación a las condiciones que deben reunir las garantías presentadas por los postores y contratistas, el Reglamento vigente establece —entre otros requisitos— que estas deben ser emitidas por entidades que cuenten con clasificación de riesgo B o superior; **dicha condición no se encontraba prevista en** el Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado mediante el Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

En tal sentido, en el marco de un contrato proveniente de un procedimiento de selección convocado antes del 30 de enero del 2019, las garantías otorgadas por los postores o contratistas 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, siendo necesario que dichas empresas se encuentren bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y que, además, cuenten con la autorización para emitir garantías, o estén consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú. En relación con la autorización para la emisión de garantías, debe tenerse en cuenta que **esta se debe realizar según las normas que regulen la materia.**

Con relación a lo señalado, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre el tratamiento que las entidades deben darle a las garantías que presentan los postores y contratistas en el marco de un proceso de contratación en particular (la aceptación de dichas garantías, o no); por consiguiente, corresponde que dicho aspecto sea definido a partir del análisis y evaluación que se realice —además de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado— **según lo contemplado en las normas legales que regulan la materia.**

2.1.4. En consecuencia, en el marco de los contratos celebrados provenientes de procedimiento de selección convocados antes del 30 de enero del 2019, deben

¹ Cabe precisar que este extremo respecto de las garantías se encuentra establecido en la Ley N° 30225 desde su entrada en vigencia el 9 de enero de 2016 y no ha sido materia de modificación posterior.

aplicarse las disposiciones legales contenidas en la Ley N° 30225 modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado mediante el Decreto Supremo N° 057-2017-EF. No obstante, respecto de las garantías que presentan los contratistas en el marco de dichos contratos, debe tenerse en cuenta que su aceptación —o no— por parte de las entidades debe definirse a partir del análisis y evaluación que estas realicen —además de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado— según lo contemplado en las normas legales que regulan la materia.

2.2. “Resulta válida la renovación de las Cartas Fianzas otorgadas como garantías que respaldan el fiel cumplimiento y adelantos (directo y materiales) de un contrato regulado por las disposiciones de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Legislativo N° 1341 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, pero que a la fecha la ENTIDAD FINANCIERA que inicialmente las otorgó si bien se encuentra supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, a la fecha ha sido excluida del listado de Entidades Financieras autorizadas para emitir cartas fianzas a favor del Estado por no acreditar el cumplimiento de la disposición contenida en el artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF”

2.2.1. De manera previa, debe indicarse que las “Bases Estándar de Licitación Pública para la contratación de la ejecución de obras” **vigente hasta el 29 de enero de 2019**, en su numeral 3.3 —y en concordancia con lo establecido en el artículo 125 del Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado mediante el Decreto Supremo N° 056-2017-EF— señalaban que las garantías que se presentaran debían ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad, asimismo, debían ser emitidas por empresas que se encontraran bajo la supervisión directa de la SBS y debían estar autorizadas a 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. Asimismo, como nota de “Advertencia”, el referido numeral indicaba que los funcionarios de las Entidad no debían aceptar garantías emitidas bajo condiciones distintas a las que éste (el numeral) establecía e indicaba el enlace en el cual se puede acceder a la **lista de las empresas que se encuentran autorizadas por la SBS a emitir garantías.**

2.2.2. Por otro lado, las “Bases Estándar de Licitación Pública para la contratación de la ejecución de obras” aprobadas mediante Directiva N° 001-2019-OSCE/CD, **vigentes a partir del 30 de enero de 2019**, en su numeral 3.3, en concordancia con lo establecido en el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente —aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF—, en adición a los requisitos ya señalados en el párrafo anterior y la condición de que las empresas que emitan las garantías deben estar autorizadas por la SBS para ello, indican que éstas, **además**, deben contar con clasificación de riesgo B o superior. Al respecto, en una nota de “Advertencia” las referidas Bases indican 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.

3. Para fines de lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, la clasificación de riesgo B, incluye las clasificaciones B+ y B.

4. Si la empresa que otorga la garantía cuenta con más de una clasificación de riesgo emitida por distintas empresas listadas en el portal web de la SBS, bastará que en una de ellas cumpla con la clasificación mínima establecida en el Reglamento.

En caso exista alguna duda sobre la clasificación de riesgo asignada a la empresa emisora de la garantía, se deberá consultar a la clasificadora de riesgos respectiva.

De otro lado, además de cumplir con el requisito referido a la clasificación de riesgo, a efectos de verificar si la empresa emisora se encuentra autorizada por la SBS para emitir garantías, debe revisarse el portal web de dicha Entidad (<http://www.sbs.gob.pe/sistema-financiero/relacion-de-empresas-que-se-encuentran-autorizadas-a-emitir-cartas-fianza>)". (El resaltado es agregado).

Como puede advertirse, en las Bases Estándar se ha indicado que las garantías presentadas por los postores y contratistas deben ser emitidas por empresas autorizadas por la SBS, para lo cual debe verificarse que la empresa emisora se encuentre en el listado de empresas autorizadas a emitir garantías de dicha Entidad (SBS). Por otro lado, en el caso de que además deba exigirse que la empresa emisora de la garantía se encuentre clasificada con riesgo B o superior — en los contratos derivados de procedimientos de selección convocados desde el 30 de enero del 2019—, debe verificarse dicha condición en la página web de al menos una de las empresas clasificadoras de riesgo listadas en el portal web de la SBS.

Cabe indicar que el OSCE no tiene competencia para indicar, en vía de opinión, cuáles son las condiciones y requisitos que deben cumplir las empresas del sistema financiero para obtener la autorización de la SBS para emitir garantías, ni la forma en cómo las empresas clasificadoras de riesgo realizan sus clasificaciones a estas empresas. Sin embargo, la normativa de contrataciones del Estado dispone expresamente que la garantía debe ser emitida por una empresa emisora que se encuentre en el listado de empresas autorizadas a emitir garantías de dicha Entidad (SBS).

2.2.3. Por lo expuesto, como se indicó al absolver la consulta anterior, a los contratos celebrados provenientes de procedimientos de selección convocados antes del 30 de enero del 2019, deben aplicárseles las disposiciones legales contenidas en la Ley N° 30225 modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado mediante el Decreto Supremo N° 057-2017-EF, las cuales establecen que las garantías deben ser emitidas por empresas que se

encuentren en el listado de empresas autorizadas a emitir garantías de dicha Entidad (SBS). No obstante, respecto de las garantías que presentan los contratistas en el marco de dichos contratos, debe tenerse en cuenta que su aceptación —o no— por parte de las entidades, debe definirse a partir del análisis y evaluación que estas realicen —además de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado— considerando lo contemplado en las normas legales que regulan la materia.

3. CONCLUSIÓN

A los contratos celebrados provenientes de procedimientos de selección convocados antes del 30 de enero del 2019, deben aplicársele las disposiciones legales contenidas en la Ley N° 30225 modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado mediante el Decreto Supremo N° 057-2017-EF, las cuales establecen que las garantías deben ser emitidas por empresas que se encuentren en el listado de empresas autorizadas a emitir garantías de dicha Entidad (SBS). No obstante, respecto de las garantías que presentan los contratistas en el marco de dichos contratos, debe tenerse en cuenta que su aceptación —o no— por parte de las entidades, debe definirse a partir del análisis y evaluación que estas realicen —además de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado— considerando lo contemplado en las normas legales que regulan la materia.

Jesús María, 4 de octubre de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS