

OPINIÓN N° 121-2020/DTN

Solicitante: Consorcio Megantoni
Asunto: Garantías
Referencia: Formato de solicitud de consulta presentado el 27.OCT.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante del Consorcio Megantoni formula consultas referidas a la emisión 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 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.

1. CONSULTA Y ANÁLISIS

Referencias

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Ley vigente**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento vigente**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “La garantía de fiel cumplimiento, adelanto de materiales y adelanto directo otorgada por una Cooperativa de Ahorro y Crédito inscrita en el Registro Nacional de COOPAC de la Superintendencia de Banca Seguros y AFP, en la ejecución de un contrato que se regula por las disposiciones de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Legislativo N° 1341 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°350-2015-EF modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, debe cumplir los requisitos adicionales establecidos en el artículo 148° del Decreto Supremo N° 344-2018-EF”

2.1.1. Antes de iniciar el presente análisis, cabe señalar que este Organismo Técnico Especializado no es competente para pronunciarse sobre temas concernientes al sistema financiero o la regulación especial aplicable a las empresas emisoras de garantías, pues ello está fuera de las competencias conferidas legalmente; por tanto, corresponde a las instituciones competentes absolver las consultas vinculadas a tales extremos.

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

Marco constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo

2.1.2 Al respecto, debe mencionarse que la Constitución, en su artículo 103, señala 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 (...)*”.

Además, debe agregarse que el artículo 109 de la Constitución dispone: “*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*”.

A partir de las mencionadas disposiciones se entiende que, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento rige la denominada *teoría de los hechos cumplidos*, es decir que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte¹.

Sobre el particular, es importante señalar que en el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional derivada del Expediente N° 0002-2006-PI/TC se indica,

¹ Sobre el particular, puede consultarse: Rubio Correa, Marcial (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. Undécima Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 45-69.

citando a Diez – Picazo², lo siguiente “(...) *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 ese sentido, como regla general la ley se aplica a los hechos y situaciones que surjan desde que entra en vigencia y también a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes lo que incluye a aquellas, surgidas bajo la legislación anterior y que aun produzcan efectos, **salvo que la misma ley establezca algún tipo de excepción.**

Aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo

2.1.3 Tal como se indicó en el numeral anterior, la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, **salvo disposición expresa de la misma ley** que posterga su vigencia en todo o en parte.

Al respecto, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 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.*" (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, la Ley establece una disposición transitoria que tiene por objeto que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; permitiéndose de este modo la **aplicación ultractiva de la anterior Ley**, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo.

En dicho contexto, la referida disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contratación pública, lo que configuraría una excepción a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia.

Por ende, si la convocatoria de un procedimiento de selección se llevó a cabo durante la vigencia de la anterior Ley y del anterior Reglamento, el desarrollo del mismo debe realizarse empleando la anterior normativa, con la finalidad de mantener inalterables las condiciones de selección, generando seguridad jurídica, y así promover una mayor participación de proveedores.

Normativa aplicable al perfeccionamiento del contrato

2.1.4 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, a través de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley se establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contrataciones, al permitirse que los

² DIEZ-PI CAZO, Luis María. "La Derogación de las Leyes". Editorial Civitas S.A., Madrid 1990, pág. 206.

procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que para el perfeccionamiento del contrato debe considerarse la normativa prevista en el desarrollo del procedimiento de selección (que conforme se indicó, toma en consideración la norma vigente al momento de la convocatoria), más aún si conforme a lo indicado en el artículo 116 del anterior Reglamento el contrato estaba conformado por: i) el documento que lo contiene; ii) los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas; iii) la oferta ganadora; y, iv) documentos derivados del procedimiento de selección que establecían obligaciones para las partes, siendo estos documentos elaborados en el marco de la normativa vigente al momento de la convocatoria.

En ese sentido, considerando que el contrato era suscrito conforme a los documentos del proceso de selección, así como el mandato contenido en el artículo 62 de la Constitución, los términos contractuales no pueden ser modificados³.

Por tales motivos, un contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en los documentos que lo conforman, los que provienen del proceso de selección al que, a su vez, se aplica la normativa vigente al momento de su convocatoria.

Regulación aplicable al otorgamiento de garantías

2.1.5 Respecto a la regulación aplicable al otorgamiento de garantías, el artículo 33 de la anterior Ley había establecido que las garantías que debían otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas eran las de fiel cumplimiento y por los adelantos.

Asimismo, el citado artículo estableció en su segundo párrafo que, “*Las garantías que acepten las Entidades debían 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.*” (El subrayado es agregado).

A su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 125 del anterior Reglamento, los tipos de garantías que debían otorgar los postores y/o contratistas podían ser la carta fianza y/o póliza de caución.

En ese sentido, se advierte que las garantías otorgadas por los postores y/o contratistas, en el marco de un procedimiento de selección convocados bajo los alcances de la anterior Ley y el anterior Reglamento, debían cumplir con ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al

³ Así, por ejemplo, disposiciones que regulan la penalidad por mora o la aprobación de adicionales o ampliaciones del plazo.

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 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.

- 2.1.6 Llegado a este punto cabe precisar que, en coherencia con lo señalado previamente, los contratos suscritos en el marco de la normativa de Contrataciones son el resultado de los procedimientos de selección convocados por la Entidad; en tal medida, éstos se rigen por las normas que resulten aplicables a los procedimientos de selección de los cuales se deriven.

Así, dado que las disposiciones contempladas en el Decreto Legislativo N°1444, así como aquellas que conforman el Decreto Supremo N°344-2018- EF, entraron en vigencia el 30 de enero de 2019, dichas disposiciones se aplican a los procedimientos de selección convocados desde la referida fecha.

Por tanto, la renovación de las garantías presentadas en el marco de una contratación realizada bajo la vigencia de la anterior Ley *-aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341-* y su reglamento *-aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF-*, se regirá por dicha normativa⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que la aceptación *-por parte de las Entidades-* de las garantías que se presentan en el marco de un proceso de contratación con el Estado y que emiten las entidades autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones, se sujeta a lo dispuesto por la legislación que regula dicha materia y por la Entidad competente.

En consecuencia, al momento de su renovación, corresponderá que las Entidades acepten garantías emitidas por empresas que se encuentren autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones a emitir cartas fianzas.

- 2.2. “¿La ejecución de un contrato que se regula por las disposiciones de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Legislativo N° 1341 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°350-2015-EF modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, el cual se suscribió por garantía de fiel cumplimiento otorgada por una Cooperativa de Ahorro y Crédito, de clasificación Modular 2 (ley 30822) Registro Nacional de COOPAC Supervisada por la Superintendencia de Banca Seguros y AFP, puede renovar la garantía de fiel cumplimiento, adelanto de materiales y adelanto directo (adelantos otorgados por la Entidad)?” (Sic).**

- 2.2.1 Al respecto, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado no es competente para pronunciarse sobre temas concernientes al sistema financiero o la regulación especial aplicable a las empresas emisoras de garantías, pues ello está

⁴ Este criterio es concordante con el contemplado en la Opinión N° 233-2019/DTN.

fuera de las competencias conferidas legalmente; por tanto, corresponde a las instituciones competentes absolver las consultas vinculadas a tales extremos.

No obstante lo señalado, debe reiterarse que los contratos que deben cumplir con las disposiciones contempladas en el Decreto Legislativo N°1444, así como, aquellas que conforman el Decreto Supremo N°344-2018- EF, son aquellos provenientes de los procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigencia de las referidas normas.

En tal sentido, la renovación de las garantías presentadas en el marco de una contratación realizada bajo la vigencia de la anterior Ley *-aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341-* y su reglamento *-aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF-*, se registrará por dicha normativa.

Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que la aceptación *-por parte de las Entidades-* de las garantías que se presentan en el marco de un proceso de contratación con el Estado y que emiten las entidades autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones, se sujeta a lo dispuesto por la legislación que regula dicha materia y por la Entidad competente.

En consecuencia, al momento de su renovación, corresponderá que las Entidades acepten garantías emitidas por empresas que se encuentren autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones a emitir cartas fianzas.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La renovación de las garantías presentadas en el marco de una contratación realizada bajo la vigencia de la anterior Ley *-aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341-* y su reglamento *-aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF-*, se registrará por dicha normativa.
- 3.2. Al momento de su renovación, corresponderá que las Entidades acepten garantías emitidas por empresas que se encuentren autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones a emitir cartas fianzas.

Jesús María, 7 de diciembre de 2020

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RMPP.