

OPINIÓN N° 126-2020/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Loreto
Asunto: Adelantos y constitución de Fideicomiso
Referencia: Formulario 002- DTN con fecha 03.NOV.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Subgerente de Supervisión y Control del Gobierno Regional de Loreto, formula una consulta referida al otorgamiento de adelantos y la constitución de un fideicomiso para su administración.

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. 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, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“En un procedimiento de selección se ha establecido la entrega de adelantos de materiales hasta el 20% con la Carta Fianza, como consecuencia, de la*

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Declaratoria de Emergencia se emitió el D.L. N° 1486 donde se ha previsto la entrega de adelantos hasta el 25% acompañando la garantía. Mediante una modificación convencional descrita en el numeral 34.10 del Artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad puede constituir un contrato de Fideicomiso para otorgar el adelanto de materiales?” (Sic.)

2.1.1. En primer término, debe indicarse que la finalidad de los adelantos es otorgar financiamiento y/o liquidez al contratista para facilitar la ejecución de sus prestaciones; de esta manera, se evita que el contratista recurra a fuentes de financiamiento externas que incrementen el costo de la contratación y que, como consecuencia, trasladen dicho incremento a la Entidad.

Así, el artículo 38 de la Ley establece que la Entidad puede entregar adelantos al contratista con la finalidad de otorgarle financiamiento y/o liquidez para la ejecución del contrato, **siempre que ello haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección**; en atención a los tipos, condiciones y monto de cada adelanto, así como a la forma de amortización luego de su otorgamiento, según lo dispuesto en el Reglamento.

Al respecto, tratándose de contratos de obra, el artículo 180 del Reglamento prevé las clases de adelantos que pueden establecerse en los documentos del procedimiento de selección; estos son: **(i) Directos**, los que en ningún caso exceden en conjunto el diez por ciento (10%) del monto del contrato original; y, **(ii) Para materiales o insumos**, los que en conjunto no deben superar el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original.

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**. 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.

No obstante, es importante mencionar que la normativa de contrataciones del Estado ha contemplado la posibilidad de que se constituya un fideicomiso para la administración de los recursos que se otorguen al contratista a título de adelanto, con lo cual ya no será necesario que ese último otorgue la garantía prevista en artículo 153.

Al respecto, el numeral 38.3 del artículo 38 de la Ley establece que, tratándose de la ejecución de obras, la Entidad puede solicitar **en los documentos del procedimiento que el contratista constituya un fideicomiso** para el manejo de los recursos que reciba a título de adelanto, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

En esa misma línea, el artículo 184 del Reglamento detalla que la Entidad puede **incorporar en las bases** la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra cuando el valor referencial o presupuesto del proyecto sea igual o superior a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00). Una vez suscrito el contrato de obra entre el contratista y la Entidad; esta última, tiene un plazo de treinta (30) días calendarios contados desde la firma de éste para realizar los trámites correspondientes para la constitución del fideicomiso y, de esta forma, el contratista poder recibir el adelanto directo.

En ese sentido, como ya se adelantó líneas arriba, el numeral 153.5 del artículo 153 del Reglamento señala que **no se exigirá la presentación de garantía por adelantos cuando los documentos del procedimiento de selección establezcan la obligación de constituir un fideicomiso** para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelanto.

2.1.3 A efectos de precisar tales puntos, es importante agregar que mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM (y sus posteriores prórrogas) se declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. En ese contexto, se emitió el Decreto Legislativo N° 1486, el cual, entre otros aspectos, establece disposiciones especiales para la reactivación de obras públicas **paralizadas** durante el periodo de aislamiento e inmovilización social.

Al respecto, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1486, precisa que las disposiciones especiales contenidas en dicho apartado resultan aplicables a los contratos de obra vigentes y sus respectivos contratos de supervisión, **bajo el ámbito del régimen general de contrataciones del Estado**, cuya ejecución se ha visto paralizada debido al Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19.

Ahora bien, en los literales de la referida Disposición Transitoria se detallan las reglas especiales aplicables a dichos contratos paralizados, estableciéndose entre otras figuras excepcionales, **la posibilidad de otorgar adelantos de carácter extraordinario**.

Así, el literal e) de la referida disposición detalla que, a solicitud del ejecutor de obra, la Entidad otorga **adelantos directos hasta el 15% del monto del contrato original**, y **adelantos para materiales hasta el 25% del monto del contrato original**, en los siguientes casos: i) contratos donde no se hubiera previsto la entrega de adelantos; ii) contratos donde aún no se hubieran entregado los adelantos; iii) contratos en donde ya se hubiera otorgado adelantos (en este caso se otorga la diferencia hasta alcanzar los porcentajes indicados precedentemente).

Asimismo, el referido dispositivo precisa que **en caso el ejecutor de obra solicite adelantos, debe acompañar la garantía por el mismo monto solicitado**.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Ahora bien, la presente consulta está referida a la posibilidad de celebrar una modificación convencional con el objeto de constituir un fideicomiso para el manejo de los adelantos extraordinarios que la Entidad otorgue al contratista en el marco de lo dispuesto mediante Decreto Legislativo N° 1486.

Al respecto, debe indicarse que si bien el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley regula posibilidad de que la Entidad y el contratista acuerden modificaciones al contrato (distintas a los adicionales, reducciones y ampliaciones de plazo), ello no significa que puedan convenir modificaciones que transgredan disposiciones - *explícitas o implícitas*- previstas en la normativa de contrataciones del Estado o en regímenes especiales, como aquellos que, como el Decreto Legislativo 1486, regulan contrataciones en circunstancias excepcionales.

En ese sentido, es importante anotar que dentro de las disposiciones de carácter excepcional establecidas en el Decreto Legislativo N° 1486 –y *desarrolladas en la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD*– no se contempló la posibilidad de incluir la obligación de constituir un fideicomiso para gestionar los adelantos extraordinarios que se entreguen al contratista bajo el amparo de dicha norma¹. Es decir, y en concordancia con el principio de legalidad que rige para las actuaciones en el marco del derecho público, la norma que regula este régimen excepcional no ha previsto la posibilidad de que se utilice el fideicomiso como mecanismo que viabilice la entrega de adelantos.

En consecuencia, en la medida que el Decreto Legislativo N° 1486 no contempla la posibilidad de constituir un fideicomiso para la entrega de los adelantos extraordinarios que regula, tampoco será posible que tal fideicomiso se constituya usando la modificación convencional a que se refiere el inciso 34.10 del artículo 34 de la Ley.

3. CONCLUSIÓN

En la medida que el Decreto Legislativo N° 1486 no permite la posibilidad de constituir un fideicomiso para la entrega de los adelantos extraordinarios que regula, tampoco será posible que tal fideicomiso se constituya usando la modificación convencional a que se refiere el inciso 34.10 del artículo 34 de la Ley.

Jesús María, 16 de diciembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.

¹ Cabe reiterar que el Decreto Legislativo N° 1486 señala que cuando el ejecutor de obra solicite adelantos, debe acompañar la garantía por el mismo monto solicitado.