

## OPINIÓN N° 233-2019/DTN

Entidad: Gobierno Regional Puno  
Asunto: Renovación de garantía por adelantos  
Referencia: Oficio N° 852-2019-GR PUNO/GGR

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General Regional del Gobierno Regional Puno, formula consulta sobre los requisitos que debe cumplir la garantía por adelantos renovada.

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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

### 2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la consulta planteada, debe indicarse que para su absolución se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- “Anterior Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

***“¿La garantía por adelanto de materiales, otorgado 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 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 De manera previa, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado absuelve las consultas relacionadas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en tal sentido, el OSCE no puede, en vía de consulta, pronunciarse sobre el tratamiento que debe dársele a las garantías presentadas por el contratista en el marco de una contratación en particular, aspecto que debe ser analizado y determinado de acuerdo a las particularidades del caso.

No obstante lo anterior, corresponde desarrollar algunos alcances generales sobre la garantía por adelantos, de acuerdo al marco establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado.

- 2.2 En principio, corresponde mencionar que el artículo 33 de la Ley establecía que las garantías que debían otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas —de corresponder—, eran las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Dichas garantías debían ser: incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitían. Cabe señalar que, el segundo párrafo del artículo 33 de la Ley establecía que las empresas que emitían las garantías debían encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y debían estar autorizadas para emitir dichas garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

En relación con lo señalado, sobre la garantía por los adelantos, debe precisarse que ésta tenía la finalidad de salvaguardar la amortización total del adelanto que hubiere otorgado la Entidad, conforme a como se establecía en la anterior normativa de contrataciones del Estado<sup>1</sup>.

Al respecto, el artículo 156 del anterior Reglamento señalaba que en el caso que en las Bases se hubiera establecido el otorgamiento del adelanto directo, el contratista, dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, podía solicitarlo formalmente, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondiente. Al vencimiento del plazo señalado, no procedía el adelanto.

En relación con ello, cabe anotar que el artículo 129 del anterior Reglamento establecía que *“La Entidad sólo puede entregar los adelantos directos y por*

---

<sup>1</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley, para la entrega de adelantos, la Entidad debía establecer su entrega en las Bases, en los casos, montos y condiciones señalados en el anterior Reglamento. Al respecto, de conformidad con el artículo 155 del anterior Reglamento, en el caso de obras, los adelantos que podía entregar la Entidad eran los siguiente: (i) los adelantos directos, que en ningún caso podían exceder en conjunto del diez por ciento (10%) del monto del contrato original; y (ii) para materiales o insumos a utilizarse en el objeto del contrato, los que en conjunto no debían superar el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original.

*materiales contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso. // La garantía debe tener un **plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable por un plazo idéntico hasta la amortización total del adelanto otorgado.** (...)” (El resaltado es agregado).*

Al respecto, es pertinente acotar que el adelanto para materiales e insumos debía ser amortizado de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias, conforme a lo señalado en el artículo 158 del anterior Reglamento.

En tal sentido, se tiene que la garantía por los adelantos debía ser emitida con una vigencia mínima de tres (3) meses<sup>2</sup>, la cual debía ser renovada hasta que el monto del adelanto hubiera sido amortizado totalmente.

- 2.3 Ahora bien, es materia de la consulta determinar si la renovación de la garantía por adelantos debe ajustarse a las características de las garantías previstas en el artículo 33 de la Ley y a las disposiciones del anterior Reglamento –vigentes al momento del perfeccionamiento del contrato–, o si resulta de aplicación la característica adicional –referida a que sean emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior– incorporada en el artículo 148 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprueba el nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Sobre el particular, debe precisarse que en nuestro ordenamiento jurídico, por regla general, rige el **principio de aplicación inmediata de las normas**, en virtud del cual, toda norma debe regir a partir del momento en que empieza su vigencia hasta su derogación. Esta, de manera general, se encuentra prevista en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú en los términos siguientes: "*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 lo dispuesto en el artículo 109 de la misma norma, que 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*".

De lo expuesto se desprende 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

---

<sup>2</sup> Salvo que el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses, siempre que se cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado.

contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte<sup>3</sup>.

- 2.4 A lo señalado debe agregarse que, en materia contractual, existe una excepción constitucional expresa para la aplicación de las normas en el tiempo, pues el artículo 62<sup>4</sup> dispone que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes –se entiende posteriores a la suscripción del contrato–, estableciéndose una regla de inmutabilidad de los términos contractuales<sup>5</sup>.

En esa medida, si bien la regla es que la ley desde su entrada en vigencia se aplica de manera inmediata, debe considerarse que la propia Constitución Política del Perú prevé determinadas excepciones, como en materia contractual, en donde los términos del contrato no pueden ser modificados por leyes emitidas con posterioridad a su suscripción, salvo que dichos términos impliquen afectar el interés u orden público, o algún bien, principio o derecho constitucional que sea necesario preservar frente a la libertad contractual<sup>6</sup>, para lo cual, previamente, debe haberse cumplido con el test de proporcionalidad.

- 2.5 Efectuadas las precisiones anteriores, debe indicarse que de conformidad con el artículo 116 del anterior Reglamento, el contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Artículo 62 de la Constitución Política del Perú: "*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. (...)*" (El subrayado es agregado).

<sup>5</sup> No obstante, cabe precisar que la regla de inmutabilidad de los términos contractuales frente a cambios normativos no es absoluta. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional ha señalado, en virtud al principio de interpretación unitaria de la Constitución, que el artículo 62 debe interpretarse conjuntamente con el numeral 14) de su artículo 2, el cual reconoce o garantiza la libertad de contratación, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que existen ciertos casos en los que una ley posterior puede alterar los términos contractuales, siempre que ello sea necesario para evitar la afectación del interés general o del interés público; para ello se debe demostrar que la aplicación inmediata de la ley al contrato cumple con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

De esta manera, si la aplicación de un nuevo régimen legal incide en el derecho de libertad de contratación, debe aplicarse el test de proporcionalidad, habida cuenta que el cambio de régimen legal tendría que justificarse en la protección, optimización o realización de algún bien, principio o derecho constitucional que podría oponerse a la libertad de contratación.

<sup>6</sup> Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de libertad de contratación está sujeto a una serie de límites expresos e implícitos. Entre los primeros, a partir de lo señalado en el numeral 14) del artículo 2 de la Constitución, tenemos a la finalidad lícita que deberá perseguir todo contrato, así como las normas de orden público que son de obligatorio e ineludible cumplimiento para las partes. En tanto que como límites implícitos tenemos a los derechos fundamentales que pueden justificar limitaciones a la libertad de contratación. Los límites indicados, de hecho, justificarían que el Estado, en virtud de su *iusimperium*, pueda introducir modificaciones en las condiciones contractuales.

Así, dentro de los documentos del procedimiento de selección se establecen, entre otros, los requisitos de las garantías, los cuales se encontrarán acorde a la normativa vigente al momento de la convocatoria. Dichas disposiciones forman parte del contrato derivado del procedimiento de selección y, en consecuencia, serán aplicables durante la ejecución contractual, salvo lo previsto en el numeral 2.4 de la presente opinión.

En ese sentido, la renovación de la garantía por adelantos presentada en el marco de una contratación bajo la vigencia de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, se rige por dicha normativa.

### 3 CONCLUSIÓN

La renovación de la garantía por adelantos presentada en el marco de una contratación bajo la vigencia de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, se rige por dicha normativa.

Jesús María, 31 de diciembre de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RAC.