

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



*“LA CARTA FIANZA ELECTRÓNICA COMO MECANISMO DE  
ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA DE LOS PROVEEDORES  
EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN REGULADOS POR LA LEY DE  
CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO”.*

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
ABOGADA**

**AUTOR:**

**BACH. CAROLINA CARLA JESÚS GAYOSO RAMÍREZ**

**ASESOR:**

**DR. EDGARDO BAGATE QUISPE VILLANUEVA**

**TRUJILLO – PERÚ**

**2018**

Nro. de Registro:

## DEDICATORIA

A mis padres, quienes han sabido inculcarme valores y principios, enseñándome que con esfuerzo y perseverancia se alcanzan las metas; por su amor y apoyo incondicional a lo largo de mi vida personal y académica.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi asesor, Dr. Edgardo Bagate Quispe Villanueva, por las enseñanzas, orientación y apoyo invaluable en el desarrollo de esta investigación.

A los docentes de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, por impartir sus conocimientos y forjar generaciones de abogados.

## **RESUMEN**

La ejecución de las obras públicas en el Perú se ha visto ensombrecido por una serie de actos de corrupción, cuyos inicios lo tenemos en los autos fraudulentos de un gran número de contratistas quienes presentan: declaraciones falsas y documentación alterada para, entre otras cosas, mejorar sus presupuestos, para pretender justificar que cumplen con las especificaciones del contrato o para sustentar facturas infladas, entre otros. Así, uno de los casos más relevantes es el de la presentación de cartas fianzas falsas, las cuales están reguladas en el artículo 33° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del ESTADO (en adelante LCE), y toman los nombres de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato y Garantía por Adelantos. Asimismo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), D.S. N° 350-2015-EF, lo recoge en los artículos 125° y siguientes.

Si bien tanto la Ley como su reglamento, establece una serie de precisiones respecto a la carta fianza, debemos manifestar que es usual que los proveedores presentan garantías falsificadas; generando con ello la desprotección a la entidad pública y que las contrataciones queden inconclusas, en desmedro del interés público. Por lo expuesto, a través de la presente investigación se plantea un ajuste en la presentación de la denominada carta fianza, a fin de que sin generar un mayor costo de transacción y sin sobrecarga el proceso de ejecución contractual mediante controles innecesarios. Del mismo modo, buscamos que sea remitida a la entidad pública contratante de forma directa y vía electrónica por parte de la entidad bancaria – financiera que corresponda. En ese sentido, consideramos necesario la delimitación de la problemática descrita, del como la implementación de mecanismos legales en la LCE de naturaleza preventiva, obligatoria y sancionadora les permita a las entidades públicas tener la seguridad necesaria para poder suscribir futuros contratos con sus proveedores.

## **ABSTRACT**

The execution of public works in Peru has been overshadowed by a series of acts of corruption, whose beginnings we have in the fraudulent cars of a large number of contractors who present: false statements and altered documentation to, among other things, improve its presuppositions, to pretend to justify that they meet the specifications of the contract or to support inflated invoices, among others. Thus, one of the most relevant cases is the presentation of false bail bonds, which are regulated in article 33 of Law N ° 30225, Law of State Contracting (hereinafter LCE), and take the names of Guarantee of Faithful Compliance with the Contract and Guarantee for Advances. In addition, the Regulation of the Law on Government Procurement (RLCE), D.S. No. 350-2015-EF, it is included in articles 125 and following.

Although both the Law and its regulations establish a series of clarifications regarding the letter of guarantee, we must state that it is usual for suppliers to present falsified guarantees; generating with it the lack of protection to the public entity and that the hiring remains inconclusive, at the expense of the public interest. Based on the foregoing, the present investigation proposes an adjustment in the presentation of the so-called letter of guarantee, so that without generating a higher transaction cost and without overloading the contractual execution process through unnecessary controls. In the same way, we seek that it be remitted to the contracting public entity directly and electronically by the corresponding banking - financial entity. In this regard, we consider it necessary to delimit the problem described, how the implementation of legal mechanisms in the LCE of a preventive, mandatory and sanctioning nature allows public entities to have the necessary security to be able to sign future contracts with their suppliers.

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
ÍNDICE	v
<b><u>TÍTULO I</u></b>	
<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b>	
1. EL PROBLEMA	01
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	01
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	06
2. LA HIPÓTESIS	06
2.1. ENUNCIADO	06
2.2. VARIABLES	07
2.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	07
2.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE	07
3. OBJETIVOS	07
3.1. GENERAL	07
3.2. ESPECÍFICOS	07
<b><u>TÍTULO II</u></b>	
<b><u>MARCO TEÓRICO</u></b>	
<b><u>CAPÍTULO I</u></b>	
<b><u>NOCIONES GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DEL ESTADO.</u></b>	
1. LA TRASCENDENCIA CONTEMPORÁNEA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	09
2. LOS PRINCIPALES ACTORES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.	10
3. UN ASPECTO TERMINOLÓGICO ESENCIAL: ¿CONTRATO DEL ESTADO, CONTRATO ESTATAL, CONTRATO ADMINISTRATIVO, CONTRATO PUBLICO O CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN?	12
4. LOS CRITERIOS PARA CARACTERIZAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO	14
5. ELEMENTOS QUE DISTINGUEN A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	16
5.1. AUSENCIA DE LIBERTAD ESTIPULATIVA EN SU FORMACIÓN Y EJECUCIÓN	16
5.2. FUNCIÓN INSTRUMENTAL AL SERVICIO DEL INTERÉS PUBLICO	17
5.3. LA SUJECCIÓN DEL CONTRATO A LA PLANEACIÓN ESTATAL	19
5.4. LA DESIGUALDAD REGLADA ENTRE LAS PARTES A LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATISTA	20
5.5. LA PRESENCIA DE PRERROGATIVAS EXORBITANTES RESPECTO A LA CONTRATACIÓN COMÚN	20
5.6. LA PUBLICIDAD Y LA TRANSPARENCIA COMO REGLAS	21
5.7. EL ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD AL CONTRATO DE LOS POTENCIALES CONTRATISTAS	21

5.8. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO BAJO EL ESQUEMA DE UNA INVITACIÓN A OFRECER	22
5.9. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO MAYORITARIAMENTE ES DE DURACIÓN PROLONGADA	23
5.10. LA MUTABILIDAD UNILATERAL DEL CONTRATO	24
5.11. LA INTERPRETACIÓN FINALISTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	24
5.12. EL EFECTO NATURAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO FRENTE A TERCEROS	25
5.13. LA TRASCENDENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO	25
5.14. LA NECESIDAD DE PERFECCIONAMIENTO DOCUMENTAL	25
5.15. LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN CONTRACTUAL	26
5.16. LOS CONTRATOS TÍPICOS SON CATEGORÍAS PROPIAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	26
5.17. LOS INTERESES PLURALES INVOLUCRADOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	27
5.18. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO	29

## **CAPÍTULO II**

### **ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DE CONTRATACIONES PUBLICAS**

1. INTRODUCCIÓN	30
2. ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	30
2.1. FINALIDAD (ARTÍCULO 1°)	31
2.2. PRINCIPIOS (ARTÍCULO 2°)	31
2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN (ARTÍCULO 3°)	32
2.4. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN (ARTÍCULO 4°)	33
2.5. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUJETOS A SUPERVISIÓN (ARTÍCULO 5°)	34
2.6. ORGANIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN (ARTÍCULO 6°)	34
2.7. COMPRAS CORPORATIVAS (ARTÍCULO 7°)	34
2.8. FUNCIONARIOS, DEPENDENCIAS Y ÓRGANOS ENCARGADOS DE LAS CONTRATACIONES (ARTÍCULO 8°)	35
2.9. RESPONSABILIDAD (ARTÍCULO 9°)	35
2.10. SUPERVISIÓN DE LA ENTIDAD (ARTÍCULO 10°)	36
2.11. IMPEDIMENTOS (ARTÍCULO 11°)	36
2.12. CALIFICACIÓN EXIGIBLE A LOS PROVEEDORES (ARTÍCULO 12°)	36
2.13. PARTICIPACIÓN EN CONSORCIO (ARTÍCULO 13°)	37
2.14. PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA (ARTÍCULO 14°)	37
2.15. PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES (ARTÍCULO 15°)	38
2.16. REQUERIMIENTO (ARTÍCULO 16°)	38
2.17. HOMOLOGACIÓN DE REQUERIMIENTOS (ARTÍCULO 17°)	39
2.18. VALOR REFERENCIAL (ARTÍCULO 18°)	39
2.19. CERTIFICACIÓN DE CRÉDITO PRESUPUESTARIO (ARTÍCULO 19°)	40
2.20. PROHIBICIÓN DE FRACCIONAMIENTO (ARTÍCULO 20°)	41
2.21. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN (ARTÍCULO 21°)	41
2.22. LICITACIÓN PÚBLICA Y CONCURSO PÚBLICO (ARTÍCULO 22°)	42
2.23. ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA (ARTÍCULO 23°)	42
2.24. SELECCIÓN DE CONSULTORES INDIVIDUALES (ARTÍCULO 24°)	42

2.25. COMPARACIÓN DE PRECIOS (ARTÍCULO 25°)	43
2.26. SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA (ARTÍCULO 26°)	43
2.27. CONTRATACIONES DIRECTAS (ARTÍCULO 27°)	43
2.28. RECHAZO DE OFERTAS (ARTÍCULO 28°)	44
2.29. DECLARATORIA DE DESIERTO (ARTÍCULO 29°)	44
2.30. CANCELACIÓN (ARTÍCULO 30°)	45
2.31. MÉTODOS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN (ARTÍCULO 31°)	45
2.32. EL CONTRATO (ARTÍCULO 32°)	46
2.33. GARANTÍAS (ARTÍCULO 33°)	47
2.34. MODIFICACIONES AL CONTRATO (ARTÍCULO 34°)	47
2.35. SUBCONTRATACIÓN (ARTÍCULO 35°)	49
2.36. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS (ARTÍCULO 36°)	50
2.37. CESIÓN DE DERECHOS Y DE POSICIÓN CONTRACTUAL (ARTÍCULO 37°)	51
2.38. ADELANTOS (ARTÍCULO 38°)	51
2.39. PAGO (ARTÍCULO 39°)	51
2.40. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA (ARTÍCULO 40°)	52
2.41. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL (ARTÍCULO 45°)	53
2.42. REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (ARTÍCULO 46°)	55
<b><u>CAPÍTULO III</u></b>	
<b><u>LAS GARANTÍAS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES</u></b>	
1. INTRODUCCIÓN	57
2. GARANTÍA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL	
2.1. LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y LAS GARANTÍAS	57
2.2. LA GARANTÍA PRECONTRACTUAL: DEFINICIÓN Y SU INTERMITENCIA EN LA LCE	59
2.3. LA GARANTÍA CONTRACTUAL O DEFINITIVA: DEFINICIÓN	61
3. CARTA FIANZA / PÓLIZA DE CAUCIÓN, DEFINICIÓN Y DESENVOLVIMIENTO EN LA LCE	63
3.1. LA FIANZA	63
3.1.1. CONTENIDO DE LA CARTA FIANZA	64
3.2. LA PÓLIZA DE CAUCIÓN	64
3.3. ¿EN QUÉ SE DIFERENCIA LA CARTA FIANZA DE LA PÓLIZA DE CAUCIÓN?	65
4. LAS GARANTÍAS, LA SBS Y LAS ENTIDADES QUE LAS PUEDEN OTORGAR	66
5. LAS GARANTÍAS EN LA LCE Y RLCE	66
5.1. EMISIÓN DE GARANTÍAS Y A FAVOR DE QUIEN. LA FIRMA ESCANEADA O PREIMPRESA	67
5.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS GARANTÍAS. LA REALIZACIÓN AUTOMÁTICA, LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO E IMPOSIBILIDAD DE REGULARIZACIÓN	69
5.2.1. CARACTERÍSTICAS	69
5.2.2. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS	70
5.2.2.1. SUPUESTOS DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO Y DE ADELANTOS	71
5.2.2.2. ACTUACIÓN DE LA ENTIDAD, LA NO EXIGENCIA DEL SUPUESTO HABILITADOR POR PARTE DE LAS ENTIDADES QUE LA OTORGAN Y SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE EJECUCIÓN	72



5.2.2.3.	EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO. CRITERIOS DE LA OSCE Y DEL TRIBUNAL	73
5.2.2.3.1.	EJECUCIÓN DE GARANTÍA Y NULIDAD DE CONTRATO	73
6.	GARANTÍAS A CARGO DEL CONTRATISTA	74
6.1.	LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR SUSCRIPCIÓN DE CONTRATO	74
6.1.1.	GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO Y SU DEVOLUCIÓN	75
6.1.1.1.	LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EN LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA	75
6.1.1.2.	DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA	76
6.1.2.	LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EN EL CASO DE CONCURSO OFERTA CON PRESTACIONES DIVERSAS. IMPOSIBILIDAD DE PRESENTARLA EN DISTINTOS MOMENTOS	76
6.1.3.	EXCEPCIONES A LA PRESENTACIÓN DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR PRESTACIONES ACCESORIAS	77
6.1.4.	VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO. EL MONTO DEL CONTRATO ORIGINAL	77
6.1.5.	LA VARIACIÓN DE LA GARANTÍA	79
6.2.	LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR PRESTACIONES ACCESORIAS	80
6.2.1.	DEFINICIÓN DE PRESTACIONES ACCESORIAS	80
6.2.2.	LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR PRESTACIONES ACCESORIAS	81
6.3.	GARANTÍA POR ADELANTOS EN DINERO Y MATERIALES	81
6.3.1.	AMORTIZACIÓN Y DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA POR ADELANTOS	82
6.4.	GARANTÍAS A CARGO DE LA ENTIDAD: EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	85
7.	EL OLVIDO DE LA ENTIDAD DE PEDIR LAS GARANTÍAS	85
8.	VERIFICACIÓN DE LA IDONEIDAD DE LAS GARANTÍAS Y EL COMITÉ DE SELECCIÓN	86

**TÍTULO III**  
**MARCO METODOLÓGICO**

1.	MATERIAL.	87
1.1.	POBLACIÓN.	87
1.2.	MUESTRA.	87
2.	MÉTODOS.	87
2.1.	MÉTODO DE INDUCTIVO-DEDUCTIVO	87
2.2.	MÉTODO HISTÓRICO	88
2.3.	MÉTODO DESCRIPTIVO	88
2.4.	MÉTODO EXEGÉTICO	88
3.	PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO:	88
3.1.	EL ANÁLISIS DESCRIPTIVO:	88
4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	88
4.1.	ANÁLISIS DOCUMENTAL	89
4.2.	ENTREVISTA	89

5. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	89
6. DISEÑO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME	90

**TÍTULO IV**  
**RESULTADOS**

**SUBCAPÍTULO I**  
**ENTREVISTAS REALIZADAS A ESPECIALISTAS**

1. PREGUNTA N° 01	92
1.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 01	93
2. PREGUNTA N° 02	95
2.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 02	96
3. PREGUNTA N° 03	97
3.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 03	98
4. PREGUNTA N° 04	99
4.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 04	100
5. PREGUNTA N° 05	101
5.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 05	102

**TÍTULO V**  
**DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

**SUBCAPÍTULO I**  
**ENTREVISTAS REALIZADAS A ESPECIALISTAS**

1. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 01	103
2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 02	105
3. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 03	106
4. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 04	107
5. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 05	108

**TÍTULO VI**  
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

CONCLUSIONES	113
RECOMENDACIONES	115
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

# TÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

### **1. EL PROBLEMA**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La contratación pública en el Perú se regía por normas y reglamentos dispersos que no permitían una adecuada gestión de las compras estatales, entre las que destacaba el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. Sin embargo, a partir del año 1998, con la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley N° 26850), se estandarizan los procedimientos de selección y se da inicio a una nueva etapa.

Para que el Estado pueda satisfacer las necesidades de la población a través de los servicios públicos que ofrece tiene que recurrir -necesariamente- a terceros, tanto para proveerse de bienes y/o servicios como para ejecutar obras. Éstos terceros reciben el nombre de proveedores en el ámbito de la contratación estatal.

En este contexto, el Estado utiliza los procesos de selección como instrumento que le permitirán escoger determinados proveedores de forma “transparente e imparcial” – al menos eso es lo que se pretende ya que en la realidad no se puede negar la existencia de actos de corrupción cuando se llevan adelante los procesos de selección-. Sobre el particular, debemos tener en cuenta la cita que presentamos a continuación:

***“La cantidad de dinero que el Estado gasta anualmente en este rubro y la forma en que lo hace, lo convierte en un agente económico con capacidad de orientar el proceso de acumulación económica en la sociedad, convirtiendo a las contrataciones en un instrumento de Política Pública y Económica”.***  
(ACQUIRE, 2011)

En los últimos años, se verifica que el Estado ha gastado enormes cantidades de dinero para poder adquirir bienes y servicios, así como ejecutar obras que le permitan cumplir con sus metas institucionales. Así tenemos que, en el año 2009 el Estado peruano gastó un total de S/ 41,101.93 millones de soles, en el 2010 la

cifra se redujo a S/ 30,320.17 millones de soles, en el año 2011 la cifra decreció a S/ 28,892.18 millones de soles y en el año 2012 la cifra aumentó a S/ 33,803.57 millones de soles.

Otro dato importante, es el referido a la cantidad de procesos de selección que se llevan a cabo todos los años; por ejemplo en el año 2009 el Estado peruano realizó un total de 111, 512 procesos de selección, en el año 2010 hubo un total de 99,446 procesos de selección, en el año 2011 la cifra aumentó a 109,002 procesos de selección y en el año 2012 hubo un total de 134,684 procesos de selección.

Así también, referente al número de proveedores que hicieron contratos con el Estado en los años que hemos evaluado, por ejemplo, en el año 2009 contrataron con el estado un total de 41,877 proveedores, en el año 2010 contrataron un total de 42,264 proveedores, en el año 2011 fueron un total de 41, 897 proveedores y en el año 2012 fueron un total de 50,865 proveedores.

Lamentablemente, el boom o florecimiento de las Contrataciones con el Estado en la última década se ha visto ensombrecido por una serie de actos de corrupción, cuyos inicios los tenemos en los autos fraudulentos de un gran número de contratistas quienes presentan: declaraciones falsas y documentación alterada para, entre otras cosas, mejorar sus presupuestos (REGIÓN LA LIBERTAD, 2017; EL COMERCIO, 2015; REVISTA GANA MAS, 2016), así como pretender justificar que cumplen con las especificaciones del contrato o para sustentar facturas infladas, falsas declaraciones y documentación fraudulenta en proyectos de desarrollo como por ejemplo:

- Declaraciones falsas en relación al contratista y su correspondiente.
  - o Condición financiera (balances de cuentas, ventas infladas, etc.)
  - o Experiencia previa y calificaciones.
  - o Credenciales de sus empleados.
  - o Progreso en un contrato.
- Falsos y fraguados
  - o Propuestas y garantías.
  - o Autorizaciones y licencias.

La advertencia de esta mala práctica viene siendo expuesta, de cierta forma, por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE ya que mediante su Tribunal de Contrataciones viene aplicando sanciones administrativas en mérito a las denuncias efectuadas por las entidades públicas posterior a las acciones de fiscalización mediante las cuales se denota la presentación de diversos documentos falsos y/o información inexacta por parte de los contratistas.

El caso más relevante, en cuanto a presentación de documentos falsos se evidencia por parte de las empresas postores en los procesos de selección, de cartas fianzas falsas. En efecto, mediante el denominado “*Observatorio OSCE*” se señala que -en los meses de enero a noviembre de 2014- se emitieron un total de 512 resoluciones durante dicho periodo, donde ha podido determinar aquellas sanciones aplicadas a los contratistas públicos por la infracción relacionada a la presentación de cartas fianzas falsas y/o adulteradas.

En ese orden de ideas, se puede apreciar las sanciones impuestas a determinada empresa privada. Por ejemplo, la empresa ANTALSIS al participar en determinadas contrataciones públicas relacionadas a la ejecución de obras de infraestructura de instituciones educativas de nivel básico en la región de Cusco habría presentado cartas fianzas falsas, situación que motivó la inhabilitación temporal por 36 meses, la cual fue emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE según la Resolución N° 190-2014-TC-S3 del 04 de febrero de 2014, mientras que meses después se le inhabilito de forma definitiva mediante la Resolución N° 705-2014-TC-S2 del 10 de abril de 2014.

Al respecto, se debe agregar que las sanciones relacionadas a las resoluciones precitadas están vinculadas a dos procedimientos de selección de obras públicas destinadas al sector educativo en donde el monto del valor adjudicado en conjunto ascendía a 7 millones de soles, cuyas obras finalmente quedaron inconclusas perjudicando a la población cusqueña.

Bajo dichas consideraciones, resulta importante señalar el procedimiento que actualmente se sigue dentro del proceso de ejecución de obras públicas, en torno

a la presentación de la carta fianza, toda vez que a diferencia de los procesos de adquisición de bienes y servicios, en los de obras es factible solicitar un adelanto pecuniario, ello de acuerdo al esquema normativo vigente. Es de señalar entonces que, una vez adjudicado el contrato de ejecución de obra el contratista debe presentar una serie de documentos, entre ellos, la carta fianza que representa la garantía de cumplimiento del contrato. Vale la pena remarcar que el contratista de obras puede solicitar como adelanto directo hasta el 10% del monto del contrato original y como adelanto para materiales o insumos hasta el 20% del mismo monto.

Dentro de dicho contexto, la entidad pública contratante debido a los plazos para la suscripción del contrato, frecuentemente no está en la posibilidad de revisar integralmente los documentos presentados por el Contratista, como por ejemplo: la carta fianza; la cual es entendida *-desde el punto de vista jurídico-* como el ***“Contrato de garantía del cumplimiento de pago de una obligación ajena, suscrito entre el fiador y el deudor, y que se materializa en un documento valorado emitido por un fiador (banco o entidad financiera) a favor de un acreedor (entidad contratante) garantizando las obligaciones del deudor (solicitante) en caso de incumplimiento del deudor, el fiador asume la obligación”*** (OSCE, 2012, p. 2). Desde el *punto de vista financiero*; una Carta Fianza ***“es la operación mediante la cual el Banco se constituye en fiador o garante ante un tercero comprometiéndose al pago de la suma otorgada en caso de incumplimiento”***.

En otras palabras, **las Cartas Fianzas son garantías que buscan asegurar el cumplimiento de un contrato; para el presente caso, contratos suscritos con el Estado. Si el proveedor no cumple, entonces se ejecuta la garantía.**

Las cartas Fianzas están reguladas en el artículo 33° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del ESTADO (en adelante LCE), y **toman los nombres de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato y Garantía por Adelantos.** Asimismo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), D.S. N° 350-2015-EF, lo recoge en los artículos 125° y siguientes.

Esta última norma es bastante clara al señalar que para suscribir el contrato con el Estado, es **“requisito indispensable”** que el **“postor ganador debe entregar a la entidad la garantía del fiel cumplimiento del mismo”**. Agrega, además, que la Carta Fianza **“deberá de ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras”**. En otras palabras, no se puede suscribir el contrato si es que el contratista no ha entregado la carta fianza por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original.

A lo anteriormente expresado, hay que sumarle que conforme al artículo 33° de la LCE -las cartas fianzas que entrega el contratista deberán ser expedidas por empresas (entiéndase bancos, financieras, cajas, cooperativas, etc.) que están dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Si bien tanto la Ley como su reglamento, establece una serie de precisiones respecto a la carta fianza, debemos manifestar que es usual que los proveedores presentan garantías falsificadas. De esta manera, se aprecia que estos actos dolosos por parte del contratista quebranta una serie de principios establecidos en la Ley. Asimismo, se ha podido evidenciar que los contratistas de obras públicas intentan captar rápidamente ingresos económicos mediante la presentación de solicitudes de adelanto directo o adelanto de materiales respaldadas en cartas fianzas que resultan finalmente falsas para posteriormente abandonar la ejecución del contrato. En consecuencia, las garantías falsas ponen a la entidad pública en situación de desprotección generando que las contrataciones queden inconclusas, en desmedro del interés público.

Si bien existe una sanción administrativa a cargo del Tribunal del OSCE, así como acciones judiciales por la presentación de documentos falsos; finalmente, se afecta gravemente la cautela de los recursos públicos destinados a la ejecución

de obras en los distintos niveles de Gobierno sobre todo en los gobiernos subnacionales. Cabe señalar que bajo el principio de libertad de empresa a pesar de la inhabilitación administrativa que se imponga a los contratistas, éstos pueden volver al mercado de obras públicas bajo otra fachada societaria.

Por lo expuesto, es que se plantea un ajuste en la presentación de la denominada carta fianza, como parte de lo prescrito en el artículo 33° de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, a fin de que sin generar un mayor costo de transacción y sin sobrecarga al proceso de ejecución contractual mediante controles innecesarios se plantea que la carta fianza sea remitida a la entidad pública contratante de forma directa y vía electrónica por parte de la entidad bancaria – financiera que corresponda.

De esta forma, la presentación y remisión de la carta fianza ya no será efectuada únicamente por el contratista sino además por la entidad bancaria – financiera emisora que este disponga en favor de la entidad pública que dispuso el otorgamiento de la buena pro. En ese sentido, consideramos necesario la delimitación de la problemática descrita del como la implementación de mecanismos legales en la LCE de naturaleza preventiva, obligatoria y sancionadora permita a las entidades públicas tener la seguridad necesaria para poder suscribir futuros contratos con sus proveedores.

## **1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

*¿De qué manera, la inclusión de la carta fianza electrónica en los procesos de selección regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento; incidirá en la verificación, tanto de la solvencia económica como de la seguridad jurídica de las propuestas presentadas por los proveedores que contraten al amparo de dicha normativa?*

## **2. LA HIPÓTESIS**

### **2.1. ENUNCIADO**

*La inclusión de la carta fianza electrónica en los procesos de selección regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento; incidirá positivamente en la verificación, tanto de la solvencia económica como de la*



*seguridad jurídica de las propuestas presentadas por los proveedores que contraten al amparo de dicha normativa.*

*Con ello se evitará la presentación de cartas fianzas falsas en este tipo de contrataciones y se reducirá, por ende, significamente el perjuicio para el Estado.*

## **2.2. VARIABLES**

### **2.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE**

*Inclusión de la carta fianza electrónica en los procesos de selección regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.*

### **2.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE**

*La solvencia económica y la seguridad jurídica de las propuestas presentadas por los proveedores que contraten al amparo de dicha normativa.*

## **3. OBJETIVOS**

### **3.1. GENERAL**

Determinar de qué manera, la inclusión de la carta fianza electrónica en los procesos de selección regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento; incidirá en la verificación, tanto de la solvencia económica como de la seguridad jurídica de las propuestas presentadas por los proveedores que contraten al amparo de dicha normativa.

### **3.2. ESPECÍFICOS**

- 3.2.1.** Analizar a nivel de la doctrina y legislación nacional y comparada, la figura de la carta fianza, como garantía personal, establecida en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.
- 3.2.2.** Precisar la problemática derivada de la proliferación del empleo de las cartas fianzas, por parte de proveedores que contratan con el Estado.
- 3.2.3.** Fundamentar las razones por las cuáles es necesaria la incorporación de las Cartas Fianzas Electrónicas en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.

**3.2.4.** Proponer la modificación pertinente de los artículos referidos a la Carta Fianza, tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en su reglamento, a fin de incluir en ellas las cartas fianzas electrónicas.

## TÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### CAPÍTULO I

#### NOCIONES GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS DEL ESTADO.

#### **1. LA TRASCENDENCIA CONTEMPORÁNEA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

La Administración contemporánea ha incorporado a la forma autoritaria tradicional de vincularse con la ciudadanía una variedad de figuras de negociación bilateral a través de los acuerdos, contratos o pactos de diverso contenido (MORÓN & AGUILERA, 2017, p. 17). Dichas formas de vinculatoriedad, - ya sea que tengan por objeto conceder en concesión un servicio público, la ejecución –en asociación con un privado- de un proyecto de inversión pública o el aprovisionamiento de bienes o servicios- tiene una alta trascendencia para lograr los objetivos públicos en distintos sectores. A dicho efecto, las entidades adquieren bienes y servicios, crean infraestructura; para lo cual requieren de colaboradores privados, quienes asumen contenidos públicos. Sobre lo señalado en las líneas precedentes, MORÓN expresa lo siguiente:

*“(...) la intervención de las entidades con sus relaciones contractuales tiene un alto impacto en el desarrollo y economía del país, pues a través de ello se busca satisfacer las necesidades de la población se dinamiza el tráfico comercial y se genera empleo incidiendo directamente en el producto bruto interno del país”.*  
(MORÓN, 2016, p. 17)

En base a lo expresado en la cita anterior, el autor agrega que:

*“(...) las contrataciones que celebra el Estado son herramientas que le permiten intervenir en la economía del país de manera directa, pues en periodos de recesión, como política económica, suele inyectar recursos públicos para dinamizar la economía y procurar el tráfico comercial mientras que cuando se advierte periodos de escasos recursos, el Estado opta por reducir el gasto público”.* (MORÓN, 2016, p. 17)

Desde este punto de vista, la industria de bienes y servicios tiene como principal cliente al Estado debido a la envergadura, cuantía y carácter continuado de sus necesidades que se atienden a través de las contrataciones lo que permite a los empresarios proyectar el desarrollo de su organización y de su producción. En tal sentido, el Estado se convierte en el cliente más importante del mercado, toda vez que requiere una variedad de productos de distintos rubros, tales como: farmacéuticos, seguros, maquinaria, construcción, supervisores de obra, entre otros. (MORÓN, 2016, p. 17)

## **2. LOS PRINCIPALES ACTORES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.**

En esta vinculación contractual participan, de un lado, las diversas personas jurídicas que forman parte de la Administración estatal; y del otro, los agentes económicos que bajo distintas personerías jurídicas acuden a pactar estos contratos estatales. En consecuencia, los principales actores que intervienen en la contratación estatal son: el Estado, y el Sector Privado, que concurren para celebrar los contratos respectivos y ofrecer el servicio público que se le ha sido delegado, ejecutar el proyecto de inversión pública, o entregando los bienes, servicios u obras requeridos. (MORÓN, 2016, p. 18)

Pero individualizando a los diversos actores tenemos que por el lado del Estado coexisten agentes plurales que interactúan con diversos roles en estos procesos, como el Ministerio de Economía y Finanzas, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), Pro inversión, los organismos concedentes, las propias entidades que convocan procesos de selección para contratar bienes, servicios u obras y la Contraloría General de la Republica, cada uno de ellos con funciones distintas pero determinantes para el sistema de contratación estatal.

En tanto que en el Sector Privado existen también diversos actores tales como:

- ***Interesados***; es decir, las personas naturales o jurídicas que tienen interés en participar en un proceso de selección determinado;
- ***Postores***, aquellos que deciden presentar propuestas en el marco de un proceso de selección;
- ***Adjudicatario***, aquel que luego del proceso de competencia, obtuvo el mejor puntaje total y por ello resulta adjudicado con la buena pro de un proceso de selección;

- **Contratista o concesionario**, aquella persona natural o jurídica que contrata con el Estado;
- **Subcontratistas**, personas naturales o jurídicas que sin tener vínculo con el Estado ejecutan, por encargo del contratista y en el marco de una relación de derecho privado, parte de las prestaciones que serán entregadas al Estado; y
- **Los gremios que representan a los contratistas**, tales como la Cámara Peruana de la Construcción, la Asociación Peruana de Consultoría, las cámaras de comercio, entre otras.

Actualmente, se observa una creciente influencia supranacional en la contratación del Estado que se ha recibido la denominación de *Derecho Internacional de las Contrataciones del Estado*. La influencia de la que nos referimos líneas arriba surge de diversas fuentes como son: a) El Acuerdo Mundial sobre la Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, b) La Ley Modelo sobre Contratación Pública de las Naciones Unidas con fuerza legal, c) Los tratados de libre comercio que nuestros países convienen y, d) Los arbitrajes internacionales.

En ese orden de ideas, durante los últimos años, el sistema peruano se ha sido influenciado por la acción del Derecho supranacional a partir de los tratados de libre comercio o acuerdos bilaterales de inversión que el Congreso de la República aprobó y el Poder Ejecutivo suscribió en su oportunidad. En ese sentido, los acuerdos celebran adhieren ***“reglas vinculantes en materia de contratación estatal en las que cumpla con principios de no discriminación (trato nacional a los postores de otro país), transparencia, debido proceso, entre otros”*** (MORÓN, 2016, pp. 17 - 18). En cuanto al debido proceso, se disponen obligaciones de regular los registros de participantes, la revisión de pliegos, los plazos de impugnación, el acceso a autoridad independiente para revisar impugnaciones, etc. (MORÓN, 2016, pp. 17 - 18)

Esta influencia supranacional también se encuentra presente por medio del softlaw que nos habla de la globalización de las compras públicas como son: a) los reglamentos de organismos multilaterales (guide-lines); b) la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011); c) el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (OMC) (revisado 2012); d) los modelos de contratos FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores)

que contienen las condiciones contractuales para trabajos de construcción de ingeniería civil, condiciones contractuales para trabajos eléctricos y mecánicos, incluida la instalación in situ, condiciones contractuales para contratos de proyecto y obra y llave en mano.

### **3. UN ASPECTO TERMINOLÓGICO ESENCIAL: ¿CONTRATO DEL ESTADO, CONTRATO ESTATAL, CONTRATO ADMINISTRATIVO, CONTRATO PÚBLICO O CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN?**

En la doctrina se suele encontrar terminología y contenido distinto para referirse al estudio de los acuerdos entre los organismos administrativos y los agentes económicos. En ese sentido, un sector de la doctrina se refiere a ellos como contrato estatal o del Estado, mientras que otros especialistas lo califican como un contrato administrativo y algunos los catalogan como contratos de la Administración. Vale precisar que en los acuerdos internacionales se prefiere hablar de los contratos públicos. Finalmente, otros prefieren diferenciar a los contratos de los acuerdos o convenios entre las mismas partes. Sobre ello, la doctrina se interroga: *¿En estos casos nos estamos refiriendo a los mismos fenómenos?* Ante tal interrogante, **MORÓN URBINA** expresa lo siguiente: ***“Ciertamente no es posible dar una respuesta universal o aplicable en cualquier etapa de la evolución de la institución y a todos los ordenamientos jurídicos”***. (MORÓN, 2016, p. 20)

En base a lo expresado en la parte *in fine* del párrafo anterior, la doctrina mayoritaria, considera que:

***“el término “contratos de la Administración” o “contrato público” corresponde ser empleado como una categoría general de acuerdo patrimonial que implica únicamente que una de las partes del acuerdo de Administración, es decir, un organismo público, sin distinguir aun sobre la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre ellos o su contenido prestacional”*** (MORÓN, 2016, p. 20).

Lo que si le queda atribuido es un régimen precontractual de formación en el que se contempla básicamente la necesidad de un proceso abierto competitivo para su concreción

En ese orden de ideas, dentro de esta macrocategoría encontramos los contratos públicos y los contratos administrativos. Los contratos administrativos *“son los acuerdos patrimoniales que se sujetan a un régimen específico para la Administración creado por ley y diferenciado del contrato de derecho común, que se celebran con privados que colaboran con su prestación, de manera directa o indirecta, en la satisfacción de un servicio o función administrativa”* (MORÓN, 2016, p. 20). Este régimen específico y diferenciado tiene por objetivo asegurar el adecuado y oportuno alcance de fines públicos sujetos a acuerdos con particulares preservando la capacidad de dirección contractual a cargo de la Administración y evitando el riesgo que puedan frustrarse por el sistema de garantías concurrentes que el derecho común permite a las partes. Ejemplos de estos contratos son la concesión, la obra pública, los servicios de consultoría, las diversas modalidades de asociación público-privada, etc. No obstante, debe tenerse presente que no todos estos contratos *“tienen un régimen igual; existen, por el contrario, variadas gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen del derecho público”* (GORDILLO, 1982, p. 18), presentándoles desde un rango extremo de intensas prerrogativas, como la concesión y la obra pública, hasta un extremo más aligerado de prerrogativas como son el contrato de donación y arrendamiento de inmuebles.

Cabe precisar que estos contratos administrativos se distinguen de los contratos sujetos al derecho público que son acuerdos de contenido patrimonial establecidos íntegramente por normas especiales de derecho público, pero no por el régimen específico de la contratación administrativa.

Por defecto, entonces, tendríamos el contrato estatal de derecho privado que nos permite identificar a aquellos contratos cuyo contenido y formas de contratación se sujetan únicamente a la regulación común. Por último, tenemos los convenios administrativos que son una categoría general que abarcan una variedad de expresiones de relaciones convencionales entre organismos públicos y privados, pero sin tener un contenido patrimonial (MORÓN & AGUILERA, 2017, p. 21).

#### **4. LOS CRITERIOS PARA CARACTERIZAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

La doctrina especializada se interroga lo siguiente: *¿Cuál es la causa que califica en administrativo un contrato y lo diferencia del contrato privado? ¿Será la determinación expresa de la ley, la voluntad administrativa que se plasma en el contrato, o la naturaleza misma de la relación que precede al contrato mismo?*

(MORÓN, 2016, p. 56)

En ese sentido, a lo largo de la evolución de la disciplina se han ido utilizando y prescindiendo de diversos criterios; los cuales han sido señalados por **MORÓN & AGUILERA** (2017, p. 24 y ss.):

1. **Criterio subjetivo:** Reconoce al contrato administrativo como categoría especial en razón del sujeto que lo celebra, la Administración Pública. Así, se caracterizaría al contrato administrativo por la participación de un sujeto público (estatal o no estatal) en ejercicio de la función administrativa como parte del contrato. Como parece obvio, la existencia de contratos celebrados por los organismos públicos, pero bajo régimen privado desmiente este criterio (MORÓN & AGUILERA, 2017, p. 24).
2. **Criterio de jurisdicción:** En que su origen fue el criterio más empleado porque se entiende que debemos reconocer al contrato administrativo atendiendo a la jurisdicción aplicable para conocer los contenciosos que se generen en su ejecución, según sea el Consejo de Estado o el fuero común. Este criterio, de origen francés ya no se corresponde con la actual realidad, pues diversas legislaciones prevén que las controversias que surgen en la ejecución de un contrato administrativo sean resueltas por el Poder Judicial, en vía contencioso-administrativo, y en otros, como el nuestro, mediante arbitraje y conciliación (MORÓN & AGUILERA, 2017, p. 24).
3. **Criterio formal:** Según este criterio, la categoría de contrato administrativo la determina el modo de formación del contrato, esto es, el proceso de selección previo (licitación o concurso público) para seleccionar al contratista. No obstante, cabe precisar que hay contratos celebrados entre privados que también se derivan de un proceso de selección, así como contratos del Estado en vía directa, por lo



que no consideramos que este criterio sea el que determine la categoría de contrato administrativo (MORÓN, 2016, p. 56).

4. **Criterio teleológico:** Por este criterio, se afirma que el contrato administrativo y la necesidad de un régimen especial queda atribuido por la finalidad de servicio público y de atención de necesidades de interés público que estos contratos persiguen.
5. **Criterio de los recursos públicos involucrados:** Conforme a este criterio, se considera que al involucrarse recursos públicos en su ejecución a través de los pagos al colaborador, el contrato administrativo requiere de una normativa específica, distinta al derecho común. No obstante, los contratos de APP (asociación público-privada) y concesiones que no involucran recursos dinerarios –de pasivo o activo- del Estado también son administrativos.
6. **Criterio del objeto:** Para quienes afirman esta posición, sería el objeto creado – obligaciones públicas- lo que calificaría a un contrato como administrativo (MORÓN, 2016, p. 57).
7. **Criterio de legalidad:** El criterio más neutro es el que afirma que el contrato administrativo se deriva de la voluntad del legislador, es la norma expresa la que califica a un contrato como administrativo ejerciendo una atribución de discrecional para crear el régimen particular para su formación y ejecución.
8. **Criterio de relación entre las partes:** En ésta tesis, los contratos administrativos se identifican como tales pues se advierte en ellos que existen cláusulas o prerrogativas exorbitantes para los organismos públicos que determinan una subordinación particular del contratista. En esas prerrogativas exorbitantes suelen reconocerse a la prerrogativa de interpretación administrativa del contrato (prerrogativa de dictar resoluciones interpretativas vinculantes al contratista desde que son emitidas), la prerrogativa sancionadora por incumplimientos del contratista, la prerrogativa de cancelar procesos de selección, la prerrogativa de anular actos contractuales, la prerrogativa de resolución contractual directa, la prerrogativa modificatoria unilateral de las prestaciones, la prerrogativa de reasumir la prestación en caso de incumplimiento, la prerrogativa de dirección y

control de la ejecución contractual (posibilidad de dar órdenes, instrucciones y mandatos vinculantes a la otra parte) (MORÓN, 2016, p. 57).

## **5. ELEMENTOS QUE DISTINGUEN A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

En las líneas siguientes procederemos a exponer algunas de las características más resaltantes que diferencian al contrato estatal del contrato de derecho común. Debemos advertir que no toda la gama de contratos del Estado participan de estas características en la misma intensidad. Asimismo, no todo contrato privado presenta de modo uniforme la libertad contractual y la igualdad entre las partes. (MORÓN, 2016, pp. 57-58). En base a lo expresado procederemos a señalar las diferencias más resaltantes entre este tipo de contratos:

### **5.1. AUSENCIA DE LIBERTAD ESTIPULATIVA EN SU FORMACIÓN Y EJECUCIÓN**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<b>El contenido sustantivo se funda en el principio de legalidad, es decir, la norma habilita la actuación de las partes y es presupuesto para su validez el cumplimiento de lo establecido en la normativa.</b>	<b>El contenido sustantivo del contrato se funda en la autonomía privada, y el ordenamiento jurídico constituye un límite negativo, es decir, solamente aquello que esté prohibido por la norma no es posible ser incluido en el pacto.</b>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 58

En el contrato administrativo, la formación de la voluntad contractual (oferta y aceptación o consentimiento) se origina por algún procedimiento objetivo establecido en las normas positivas que deben ser acatadas por todos los partícipes en el proceso de contratación.

En ese sentido, la autoridad actúa siguiendo el principio de legalidad que le señala los tipos de contratos a realizar, los objetos contractuales posibles de concertar, el presupuesto posible de comprometer, el tipo de procedimiento de selección a aplicar a cada caso y las reglas de ejecución contractual. Aun en las zonas en las que la Administración actúa con discrecionalidad (preparar bases, evaluar propuestas, negociar modificaciones al contrato, etc.) cada decisión debe ser motivada y sujetarse siempre a principios establecidos en la normativa. (MORÓN, 2016, p. 58)

Dicha situación le resulta aplicable igualmente a los postores y contratistas. En ese orden de ideas, para que sus actos sean válidos deben cumplir tanto con las reglas del

derecho privado, como con las reglas establecidas en el Derecho Administrativo. En consecuencia, deben contar con registro especial habilitante para ser contratistas (Registros Nacional de Proveedores), registrarse obligatoriamente como participante, vincularse a las bases, acreditar los requisitos, no puede realizar contrapropuestas dentro de su proceso licitarlo, ni puede negociar bilateralmente los términos del contrato.

## **5.2. FUNCIÓN INSTRUMENTAL AL SERVICIO DEL INTERÉS PÚBLICO**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<p><b>El contrato administrativo tiene como objetivo servir de instrumento para alcanzar el fin público relevante de realización inmediata o directa que se incorpora como finalidad del contrato (por ejemplo; infraestructura, salud, educación).</b></p> <p><b>El interés público es causa del contrato y la regulación persigue la previsibilidad de la ejecución para evitar incumplimientos y buscar el valor por dinero.</b></p>	<p><b>El contrato privado se agota en el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.</b></p>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 59

La verdadera causa de los Contratos Administrativos no es la voluntad para obtener la prestación específica que asume el contratista (aspecto inmediato); sino que el acuerdo y su ejecución, deben ser adecuados para atender la necesidad pública mediata que reclama la actuación estatal, con el modo y el alcance exigidos por esa necesidad.

A través de los Contratos Administrativos, los organismos estatales en su mayoría buscan el cumplimiento de los fines de servicio y función pública, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas.

Desde esta perspectiva, los contratistas, además de obtener su utilidad, cuya protección garantiza el Estado, colaboran en el logro de sus fines y cumplen una función social que implica también obligaciones particulares como colaborador de la Administración. (MORÓN, 2016, p. 59)

### **5.3. LA SUJECIÓN DEL CONTRATO A LA PLANEACIÓN ESTATAL**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<p>El contrato administrativo está sujeto a la regla del planeamiento de las actividades gubernativas a fin de identificar necesidades, prioridades, y oportunidad de ejecución, así como el costo y calidad de la prestación, y evitar con ello el dispendio, la superposición, la improvisación de los funcionarios o la generación de negocios en mero interés del proveedor. Por ello, existe un ciclo contractual en el que se planifica y programa las etapas siguientes del contrato hasta su liquidación.</p> <p>Expresiones de esta planeación estatal son, por ejemplo, los estudios preliminares de inversión pública (perfil, factibilidad), estudio de mercado (posibilidades de pluralidades de oferentes, costos, tecnologías), estudio de financiamiento (presupuesto, financiamientos, etc.), estructura previsor de la ejecución de negocio (disponibilidad del terreno para la obra, expediente técnico, lugares y forma de entrega, etapas de ejecución, etc.), estudio y asignación de riesgos en el contrato distribuyendo los riesgos previsible en este, la obligación de contar con un plan de trabajo con calendario de obra (en la ejecución), etc.</p>	<p>El contrato privado puede obedecer indistintamente a la espontaneidad del adquirente, a una liberalidad o a la búsqueda de atender una necesidad planeada por una o ambas partes. Resulta indistinto el origen de esta necesidad para la validez del contrato mismo.</p>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 60

En el corto o en el largo plazo, el contrato administrativo es una inversión pública. En consecuencia, dicho contrato es el resultado de un proceso cuidadoso y sucesivo de planeamiento estatal con el objetivo de optimizar el uso de los recursos y poder celebrar contratos que involucren inversiones que sean socialmente rentables, técnicamente viables, sostenibles en el tiempo y compatibles con los planes estatales.

Para ello, varios sistemas administrativos están implicados en la elaboración de un contrato estatal (Inversión Pública, Presupuesto, Endeudamiento, etc.); y en la fase de ejecutoria, la propia entidad a través de una adecuada gestión contractual.(MORÓN, 2016, p. 60)

#### 5.4. LA DESIGUALDAD REGLADA ENTRE LAS PARTES A LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATISTA

<u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u>	<u>CONTRATO PRIVADO</u>
<p>En el contrato administrativo, las partes están sujetas a las normas legales por lo que no poseen libertad contractual y, por su lado, conforme al ordenamiento legal se atribuye al organismo convocante y al contratista una desigualdad jurídica. Mientras que la entidad tiene prerrogativas en la formación del contrato y en la ejecución, el contratista queda sometido a ellas mediante cargas (por ejemplo, presentación de garantías), soportar la dureza contractual derivada del fuerte control de la Administración sobre el cumplimiento de las prestaciones, exigiendo al contratista la diligencia ordinaria y especial.</p>	<p>En la contratación privada se asume como regla esencial la igualdad entre las partes del contrato, dado que este expresa una relación de coordinación de intereses privados y libertad de contratación sustentada en la libertad individual y en la autonomía de la voluntad</p> <p>Por ende, las partes en el contrato privado tienen las siguientes expresiones de la libertad:</p> <p>a) Libertad de contratar, que permite a las partes decidir con quién y cuándo contratar, y de concluir o no el contrato. Se contrata porque se quiere y se hace con la persona que se quiere</p> <p>Libertad contractual, que reconoce a las partes el derecho de elaborar el contenido contractual: condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato.</p> <p>b) Libertad de elección, que permite a las partes elegir el tipo contractual entre los ofrecidos, bien por las normas o tratados o la práctica comercial</p> <p>Libertad de creación, que faculta a las partes a crear libremente, otros tipos contractuales cuando ninguno de los ofrecidos responden a sus necesidades.</p>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 61

En la contratación administrativa, las partes carecen de libertad de contratar toda vez que es la ley, o en su defecto, cada organismo que convoca es el que plantea las reglas para contratar objetivamente. Por ello, solo el postor tiene la libertad de postular o no. Asimismo no existe libertad contractual debido a que las partes no elaboran el contenido contractual de mutuo acuerdo, sino que es impuesto únicamente por la entidad y aceptado absolutamente por el postor. Del mismo modo, no se encontrará libertad de creación de tipos contractuales pues - siguiendo el principio de legalidad- solo disponen de los tipos autorizados establecidos en la norma. (MORÓN, 2016, pp. 61-62)

En ese sentido, el contratista se encuentra en una vinculación de subordinación jurídica frente a la entidad contratante respecto del que debe soportar las prerrogativas de control que el ordenamiento le atribuye: de supervisar las prestaciones del contratista, interpretar el contrato y obligar al cumplimiento de esta interpretación ejecutiva del contrato, resolver unilateralmente el contrato, modificar unilateralmente de las prestaciones (deductivos y adicionales), etc. No obstante, la subordinación no supone una desprotección total, debido a que cuenta con derechos como el debido proceso, recurrir al arbitraje, notificación previa, etc.

### **5.5. LA PRESENCIA DE PRERROGATIVAS EXORBITANTES RESPECTO A LA CONTRATACIÓN COMÚN**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<b>En la ejecución del contrato administrativo, las entidades públicas poseen –en mayor o menor medida- capacidades inusuales sobre el contratista, que le permiten una determinada dirección estratégica del contenido del contrato y su ejecución</b>	<b>El contrato privado posee en su base la regla de la igualdad de las partes, por lo cual únicamente, excepcionalmente y mediando aceptación de la otra parte, una de ellas tiene capacidad singular para imponer deberes a la otra</b>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 62

La doctrina especializada afirma que durante siglos se ha señalado que las prerrogativas exorbitantes como elementos caracterizadores de los contratos administrativos. Sin embargo, actualmente no tienen la misma dimensión y efectos que en sus orígenes. Evidentemente, las entidades estatales poseen, conforme a ley, una serie de capacidades inusuales en la contratación privada, que simbolizan la proyección dentro del contrato que celebra el Estado, de la ejecutoriedad administrativa unilateral institucionalizada para la actuación administrativa en la ejecución del contrato e incorporada como un régimen jurídico general por el ordenamiento.

Entre esas capacidades inusuales tenemos las de supervisar las prestaciones del contratista; interpretar administrativamente el contrato (prerrogativa de decidir la interpretación ejecutiva del contrato); resolver unilateralmente el contrato; la de modificar unilateralmente de las prestaciones (deductivos y adicionales); la de reasumir la prestación, en caso de incumplimiento; la sanción al contratista por la comisión de infracciones; la revocación del contrato por inconveniencia; etc. (MORÓN, 2016, p. 63)

## **5.6. LA PUBLICIDAD Y LA TRANSPARENCIA COMO REGLAS**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<b>El contrato administrativo debe generarse, concretarse y ejecutarse de modo transparente, público y auditable para todos</b>	<b>El contrato privado interesa solo a las partes y esta comúnmente asociado a la privacidad del intercambio patrimonial</b>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 63

Debido a la naturaleza propia de la labor estatal, las decisiones vinculadas con la contratación del Estado deben ser de acceso público para la colectividad de forma permanente, activo y finalístico. No solo hablamos del derecho de acceso a la información que podría tener cualquier persona respecto de una contratación, sino el deber de los funcionarios y de los participantes a ser transparentes y someter sus acciones a la publicidad suficiente. Para ello, las entidades estatales deben adoptar un modelo organizativo dirigido y orientado hacia la transparencia y elegir a responsables para que publiciten oportunamente la información pertinente en los portales correspondientes. Del mismo modo, se requiere que estos asuman la obligación de responder sustancialmente todas las solicitudes de información y proporcionar la información solicitada, aclaraciones a las bases, atención a las observaciones, motivar la selección del postor, agotar los medios de búsqueda de la información, custodiar la información del proceso, proveer la información requerida a los peticionarios o instancias de control y sujetar sus decisiones discrecionales a la opción posible más ajustada a la transparencia. (MORÓN, 2016, p. 63)

## **5.7. EL ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD AL CONTRATO DE LOS POTENCIALES CONTRATISTAS**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<b>La Administración debe respetar el derecho a la igualdad que tienen los potenciales contratistas y la libre competencia entre ellos</b>	<b>En la contratación privada quien tiene la iniciativa puede elegir libremente, y sin necesidad de motivar a terceros, al contratista de su conveniencia. Es parte de su libertad de contratar. Ninguna contraparte puede reclamar un derecho a ser considerado</b>
<b>La Administración debe seleccionar motivada y objetivamente al contratista</b>	

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 64

En la contratación administrativa, todos los agentes económicos (persona natural o jurídica) tienen el derecho de participar en las opciones de contratar con el Estado. En ese sentido, el participante (sea nacional o extranjero, gran empresa o pequeña empresa, o cualquier otra circunstancia), pueden concurrir en la medida que cumplan las

exigencias mínimas que se exijan en las bases (BACA, 2008, pp. 143-156). Por ello, las entidades convocantes deben ajustar sus decisiones contractuales (determinación de necesidad, estudio de mercado, preparación de requisitos mínimos o factores de competencia, fecha de convocatorias, etc.) a las alternativas que mejor protejan este derecho. En ese sentido, el ente que convoco al proceso de contratación no puede contratar con quien deseen, sino con quien en un plano de igualdad ha demostrado tener la propuesta más conveniente para el interés público (MORÓN, 2016, p. 65).

Por ello, este derecho de acceso en condiciones de igualdad no solo requiere de procedimientos y reglas transparentes de selección, sino una activa promoción que agrade a más y mejores potenciales licitadores.

## **5.8. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO BAJO EL ESQUEMA DE UNA INVITACIÓN A OFRECER**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<p>En el contrato administrativo, la Administración invita a presentar ofertas y los agentes privados deben adaptarse a una fórmula y cláusulas preestablecidas unilateralmente por ella, sin tener capacidad para alterarlas, condicionarlas o presentar contraoferta</p> <p><b>No hay libertad de estipulación contractual: negociaciones, discusión u contraofertas</b></p>	<p>El procedimiento de contratación del contrato privado puede adoptar diversas fórmulas, siendo la regla la libre negociación de su contenido, condiciones y las diversas cláusulas que contendrá</p>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 65

Los contratos administrativos siguen en su formación el esquema de la invitación a ofrecer, por lo que es el organismo convocante quien invita fijando unas pautas o criterios; los privados son los que presentan su propuesta, imponiéndose las reglas predispuestas e incorporando aquellos aspectos necesarios para formar un acuerdo integral (por ejemplo, el precio, personal a asignarse, mejoras, etc.) Por último, es la entidad, la que, verificando el cumplimiento de las reglas, concede la mejor propuesta. (MORÓN, 2016, p. 65)

Esta formación de consentimiento es excepcional en el derecho privado donde se prefiere fórmulas más tradicionales y flexibles.



## **5.9. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO MAYORITARIAMENTE ES DE DURACIÓN PROLONGADA**

En la mayoría de los contratos administrativos, el tiempo es sumamente fundamental para el cumplimiento de sus respectivos objetivos de forma que se generen los efectos requeridos por la entidad convocante y adherido por el postor, y finalmente, se satisfaga la necesidad pública con el servicio a contratar.

En base a lo descrito anteriormente, el consentimiento en el Contrato Administrativo es progresivo a lo largo de la duración del contrato, en la medida que durante su vigencia es objeto de ciertas adaptaciones y con algunos acuerdos renovados, por lo que las prestaciones que son objeto de contrato se reformulan en su contenido en la medida del incremento tecnológico, precios, servicios, eventos externos no previstos. Por ejemplo tenemos, el contrato contiene diversas cláusulas que son un cálculo probalístico de los riesgos usuales previsibles y su asignación estableciendo un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con la finalidad que se adapte, con ampliaciones de plazo, adicionales, deductivos, adaptaciones de trazo, actualizaciones tecnológicas, y otros. (MORÓN, 2016, pp. 66-67)

Entonces, entendiendo de modo general, el contrato administrativo de larga duración deviene en un contrato naturalmente incompleto e imperfecto; pues requiere adaptarse a las innumerables variantes, ya que durante su vigencia se han de perfeccionar necesariamente. La imposibilidad real de prever racionalmente todos los riesgos que se puedan presentar a lo largo de la vida del contrato, los altos costos de detección de los propios, los riesgos posibles y, en caso de poder preverlos, la imposibilidad de anticipar todos sus efectos, los errores en la formación del expediente técnico o en la propia ejecución, como toda obra humana y dentro del rango de error razonable, hasta las siempre actualizables metas y políticas gubernamentales son factores usuales que retan cotidianamente la fórmula contractual aprobada, hacen que no pueda preverse con anticipación a los innumerables supuestos de contingencias que a futuro puedan afectarlo. Así tenemos, el contrato, incompleto por su naturaleza frente a todos, debe ser completado en el transcurso de su vigencia. (MORÓN, 2016, pp. 66-67)

Todos estos contratos surgen para durar y para atender necesidades permanentes de la colectividad, que requieren de una intervención extensa. Por ende, las prestaciones están establecidas desde el inicio, pero están sujetas a revisión constante produciéndose un equilibrio dinámico de las prestaciones que demandan su adaptabilidad a un entorno cambiante.

Por eso, estos contratos administrativos requieren diseñarse anticipando los cambios o eventos que justifican la mutación objetivamente asignando adecuadamente los riesgos que pueden ser previsibles según su naturaleza y crear cláusulas que permitan dar el tratamiento a esos eventos, regulando de cómo se abordarán y producirán estos cambios adaptativos a la realidad. (MORAN, 2016, p. 67)

Adicionalmente, por su naturaleza los contratos de duración, responden a la noción necesaria de flexibilidad razonable; en otras palabras, contraria a la rigidez contractual que les permita asegurar por medio de la adaptación a los eventos sobrevinientes importantes como son los servicios públicos, la infraestructura o, en general las prestaciones atendidas con el contrato administrativo se puedan obtener eficientemente durante la vida del contrato y no verse frustrados.

#### **5.10. LA MUTABILIDAD UNILATERAL DEL CONTRATO**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<p>El contrato administrativo admite como regla general su mutabilidad unilateral (para la Administración), para adaptarlo a las necesidades públicas, reducirlo e incluso dejarlo sin efecto para actuar conforme al interés público, sin requerir aceptación del contratista (por ejemplo: prestaciones adicionales o deducciones respecto a lo contratado).</p> <p>El contrato administrativo es inmutable para el contratista, pero es inmutable en cuanto sus fines originarios para las partes.</p>	<p>El contrato privado se rige por la regla pacta sunt servanda y la revisión –por causas exógenas- es excepcional y necesita de un acuerdo de las partes</p>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 67

#### **5.11. LA INTERPRETACIÓN FINALISTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<p>Predomina criterio de conformidad legal del acuerdo y la teleología del contrato.</p>	<p>Predomina criterio voluntarista (intención de las partes).</p>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 67

**5.12. EL EFECTO NATURAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO FRENTE A TERCEROS**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
Los contratos administrativos producen naturalmente efectos sobre terceros no partícipes en el pacto (trabajadores del contratista a los que se le establecen algunos beneficios, los usuarios de la concesión que sufragan las tarifas según las reglas acordadas, las personas que deben ser sujetos de reasentamiento o de liberación de áreas para ejecutar la obra, afectados por derechos de superficie necesarios para la obra, etc.)	Los contratos privados no pueden afectar a un tercero que no ha sido parte en el mismo; sus efectos se limitan a los derechos y deberes que se crean entre los partícipes (res inter alios acta).

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 68

El contrato administrativo constituye título suficiente para que el contratista haga valer sus derechos contractuales frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones.

**5.13. LA TRASCENDENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
En el contrato administrativo existen procedimientos de selección debidamente regladas para escoger al contratista, por ejemplo: licitación pública, subasta pública, subasta inversa, concurso público, convenio marco, etc.  Por su trascendencia, el correcto procedimiento determina la validez del contrato	En la contratación privada no existe ni es usual el cumplimiento de un procedimiento determinado para formar el consentimiento y seleccionar al contratista  Prevalece la libertad y la reserva mental

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 68

**5.14. LA NECESIDAD DE PERFECCIONAMIENTO DOCUMENTAL**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
El contrato administrativo requiere un perfeccionamiento documental luego de haberse producido el consentimiento con la buena pro. Solo queda perfeccionado con la suscripción formal.	El contrato privado se perfecciona con el consentimiento o traditio (solo consenso obliga).

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 68

## 5.15. LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN CONTRACTUAL

<u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u>	<u>CONTRATO PRIVADO</u>
Respecto al contrato administrativo, la ley de la materia es imperativa, su observancia de validez al contrato y no se puede pactar contra ella	Respecto del contrato común, las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes.

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 69

## 5.16. LOS CONTRATOS TÍPICOS SON CATEGORÍAS PROPIAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Los contratos típicos a los cuales acuden los organismos convocantes, son particulares y diferentes a los establecidos en el derecho privado común. Ante lo expuesto, **MORÓN** se interroga: *¿Es igual la concesión privada a la concesión administrativa?, ¿corresponde el contrato típico de obra privada al de contrato de obra pública?, ¿El contrato de locación de servicios es identico al contrato de prestación de servicios privado?, ¿tiene tipo similar en el derecho privado el contrato de consultoría o el contrato de supervisión?* (MORÓN, 2016, p. 68)

La falta de correspondencia entre los contratos típicos privados y los contratos típicos administrativos ha sido producto a lo largo de la evolución diferente en ambos regímenes contractuales. De ahí que, hay que tener mucho cuidado en la aplicación supletoria de normas privadas a los contratos administrativos, aunque posea similar o igual concepto al tipo contractual. Así tenemos, por ejemplo, el contrato de concesión privado implica que el concesionario que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios, según haya sido pactado. Es el caso de los concesionarios de vehículos o estaciones de abastecimiento de combustible.

El contrato de obra privada está compuesta por la obra intelectual como la obra física y forma parte de la categoría más amplia de prestación de servicios. En la contratación administrativa el contrato de obra es más bien un contrato de construcción de obra física y esta segregado del contrato de prestación de servicios; siendo así, se rige por reglas distintas a la locación de servicios. Algo similar sucede con los contratos administrativos de consultoría y de supervisión que no guardan relación con los tipos contractuales en el derecho privado aunque pertenezcan a la categoría amplia de prestación de servicios. (MORÓN, 2016, pp. 69-70)

## **5.17. LOS INTERESES PLURALES INVOLUCRADOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
<b>En la conformación y ejecución del contrato administrativo se atienden intereses plurales: de las partes contratantes, usuarios, consumidores, proveedores; y además debe tener en atención los intereses: ético, político, medioambiental, tecnológico, financiero y cada vez más el interés supranacional</b>	<b>En la conformación y ejecución del contrato privado se atiende los intereses de las partes</b>

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 70

El contrato administrativo tiene la particular característica que en las diversas etapas por las que atraviesa aparecen intereses y derechos de diversos actores, además de las partes intervinientes. (MORÓN, 2016, p. 70)

En principio, el contrato administrativo, como todo tipo de contrato, debe atender a los intereses de las partes con las variantes que ello implica; por el interés público presente y el carácter de colaborador del contratista. Pero entre estos intereses también deben plasmarse la situación y la seguridad de los usuarios, de los contratistas, de los consumidores, de los proveedores, de los subcontratistas, y de los trabajadores de contratistas. También, sería indebido que un proveedor haga economía y obtenga ahorros a costa de los salarios de los trabajadores de su proveedor o tolerar malas prácticas laborales. De la misma manera, cuando se diseña un contrato de concesión, es parte esencial la exigencia de índices de servicios a los usuarios de una carretera, sus formas de supervisión y de reclamo. Por lo que el interés directo y concreto de los usuarios y consumidores se mide por el libre acceso al mercado de la prestación; por lo tanto, del servicio público, y en las condiciones de calidad y oportunidad en que llega a sus destinatarios.

El contrato administrativo tanto en su composición como en su ejecución debe cuidar el interés de la ética pública y de la ejemplaridad; por ello, en la contratación pueden destacar el principio de moralidad, que impone el deber para la administración y los contratistas de actuar con honradez, veracidad, transparencia y con ética, tratando de evitar situaciones que entren en conflicto de interés o el manejo de información privilegiada, estableciéndose limitaciones para ser contratistas, o para ser supervisores, impedimentos para ser subcontratista y causas que puedan acarrear nulidad de contrato en caso de fraude, etc. (MORÓN, 2016, pp. 70-71)

A diferencia del contrato privado, el contrato administrativo, se encuentra sujeto a la influencia del factor que se hace patente en los objetos de contratación, las prioridades de su ejecución, el equilibrio entre la eficiencia y la valoración de las razones de oportunidad, mérito, conveniencia para la satisfacción del interés público en concordancia de los planes de Gobierno y las políticas públicas).

El contrato administrativo, por su inversión y búsqueda de sostenibilidad en el tiempo, debe atender el interés tecnológico, privilegiándose el desarrollo, la modernidad y la actualización para la técnica de los bienes, equipos y obras a contratarse, evitando incurrir en la ineficacia y obsolescencia en la prestación de servicios públicos, exigir a los concesionarios la actualización de la tecnología a aplicarse, asegurarse la concordancia y utilidad tecnológica entre la preexistente y lo que se va adquirir; evitar, en lo posible, caer en la dependencia tecnológica con el proveedor.

El contrato administrativo por antonomasia debe considerar los diversos aspectos de la protección ambiental: los contratos administrativos propenden a la conservación de la naturaleza, actuando como elemento armonizador con el desarrollo de la industria, pues la actividad contractual del Estado no puede incidir negativamente en el medio ambiente. Así, los valores referenciales deben comprender los costos ambientales de la actividad, se exigen reglas de protección y renovación ambiental en los contratos, etc.

El contrato administrativo, por ser esencialmente conmutativo, debe atender al interés económico, por lo que deben preservar el equilibrio económico entre las prestaciones que debe cumplir el contratista y las obligaciones a cargo de la entidad, garantizando, mediante diversas técnicas, la intangibilidad del precio.

El contrato administrativo también presenta una necesaria asociación con el interés financiero del Estado. Ello es así tratándose de contratos en los que el organismo financia, como por los que los organismos perciben ingresos. De este modo, todo contrato administrativo debe procurar el equilibrio entre la provisión de recursos y presupuesto del Estado con los gastos e inversiones que se pretenden ejecutar en cada ejercicio presupuestal. (MORÓN, 2016, pp. 70-71)

Cada vez más el componente internacional es más importante en la contratación administrativa, que ya dejó de ser un fenómeno únicamente nacional o territorial. La necesidad de conocer las alternativas de productos en el mercado internacional es importante para las necesidades nacionales. La posibilidad de atraer inversionistas

importantes, la necesidad de conocer las normas que contienen los tratados de libre comercio y diversos pactos bilaterales o multilaterales es cada vez más importante para definir las reglas de los procesos de selección porque estos documentos contienen reglas especiales de plazos, mecanismos de impugnación, tratos de postor nacional, etc.(MORÓN, 2016, p. 71)

### **5.18. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO**

<b><u>CONTRATO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>CONTRATO PRIVADO</u></b>
El contrato administrativo da mayor protección patrimonial al contratista que la existente en el derecho común.	En el contrato privado el riesgo del negocio es total de las partes que actúan en plano de igualdad.
Garantiza el derecho a la utilidad, bajo condiciones normales, a través del equilibrio financiero, formulas automáticas de actualización de valor, etc.	Excepcionalmente, cabe la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación para balancear equilibrios o resolver el contrato

**Fuente:** Morón Urbina, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 72

El concepto de “*equilibrio económico-financiero*” está referido al balance o equivalencia que hay entre las prestaciones a cargo del Estado y su contratante, y que disponen que bajo estas cláusulas contratadas resulte ser más provechoso para el Estado, según a los objetivos que persigue, y rentable para su contraparte.

La ruptura o la alteración del equilibrio económico financiero del contrato durante su fase ejecutoria, esto es, la equivalencia o correspondencia de las prestaciones determinará el derecho de la parte agraviada de requerir a su contraparte que se tomen las medidas indispensables establecidas en el propio acuerdo para restablecer el equilibrio perdido.

## **CAPÍTULO II**

### **ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Ante los cambios en la normativa de contrataciones observamos que la nueva Ley de Contrataciones, Ley N° 30225, simboliza la ruptura entre la antigua y la nueva técnica legislativa, para cambiar la normativa de contrataciones. En ese sentido, esta nueva técnica es más exquisita, integral y arriesgada, aspecto que resulta ser avalado por la mayoría de especialistas, y que con el transcurso de la práctica legal, generará opiniones favorables y desfavorables respecto a esta nueva normativa.

En base a lo acotado anteriormente, este nuevo cambio en la forma de modificar, o mejor dicho evolucionar, el régimen jurídico de las contrataciones del Estado en el Perú.

En ese orden de ideas, de una atenta lectura a la norma, se darán cuenta de que el contenido de la Ley N° 30225 dista mucho de las tenues modificaciones a las cuales nos tenían acostumbrados con la anterior Ley, más a partir de las incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1341, emitido en el 6 de enero de 2017.

Asimismo, en esta nueva normativa, se han incorporado muchas figuras, así como se han precisado términos, mejorando la coherencia con la acción que describen. De otro lado, se incorporan artículos nuevos; mientras que, muchos otros han sido retirados o cambiados de lugar, en miras a un mejor uso para los usuarios de la normativa de contrataciones.

Por ello, en base a lo señalado en los párrafos anteriores, procederemos a analizar los artículos más relevantes de la Ley vigente, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341.

#### **2. ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

En las líneas siguientes procederemos a analizar los artículos más importantes de la Ley N° 30225. Previamente debemos indicar que, en los apartados subsiguientes,



llamaremos al Decreto Legislativo N° 1017 «la Ley Derogada»; y en el caso de la Ley N° 30225, usaremos la expresión la «Nueva Ley o Ley Vigente»:

## **2.1. FINALIDAD (ARTÍCULO 1°)**

En la Ley derogada se tomaban en cuenta, en los artículos 1° y 2°, los alcances y el objeto de la Ley de Contrataciones. Esta situación cambia con la nueva ley donde este aspecto ha venido a ser sustituido por un único artículo, el cual detalla la finalidad de la normativa de contrataciones en función de nuevos conceptos tales como: el uso de la palabra recursos públicos en lugar de dinero, la gestión pública por resultados. Todo ello, tomando en consideración que la Ley vigente se rige a un único fin, los fines públicos en repercusión positiva respecto a las condiciones de vida de los ciudadanos, fundamentada bajo los principios de la normativa de contrataciones. (MORANTE, 2014, VII-2)

## **2.2. PRINCIPIOS (ARTÍCULO 2°)**

Este articulado define el uso interpretativo e integrador de los principios en contrataciones del Estado. El artículo en mención destaca un *numerus apertus* en relación con los principios del derecho público, que si bien pueden ser obviados del listado, ello no restringe su aplicación.

Del mismo modo, se divide el contenido de varios principios que anteriormente se encontraban unidos en uno solo, aspecto que consideramos positivo, pues se detalla de forma más precisa su contenido, ejemplo de ello son los nuevos principios independizados de: libertad de concurrencia, igualdad de trato y competencia.

Sin embargo, debe destacarse que existen algunos principios de la Ley derogada que no son tomados en consideración en la Ley vigente; ejemplo de ello son: el principio de promoción del desarrollo humano, subsumido en el principio de sostenibilidad ambiental y social, el principio de moralidad, de razonabilidad, y de economía.

De otro lado, se hace una diferencia entre las expresiones “*eficiencia*” y “*eficacia*”, al configurar un principio enfocado en estos dos aspectos, en materia de contrataciones y no solo referido a la eficiencia.

### 2.3. **ÁMBITO DE APLICACIÓN (ARTÍCULO 3º)**

Respecto al ámbito de aplicación, el contenido que antes era visto por un solo artículo en la Ley derogada, ahora ha sido desprendido en los artículos 3º y 4º de la actual Ley.

En relación con los cambios del contenido, en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, debemos precisar la exclusión en la Ley vigente del término empleado en la Ley predecesora «*Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones*» (MORANTE, 2014, VII-2). Si bien antes se podía comprender que dentro de esta expresión se encontraba la Presidencia del Consejo de Ministros, ahora dicha situación debe ser advertida, con la premisa que en este ente se emplean fondos públicos, pues al mencionar ministerios, no se hace alusión expresa a la Presidencia de Consejo de Ministros.

Otro punto relevante es la incorporación de los programas y proyectos vinculados a los tres niveles de gobierno aspecto en donde el sentido de pertenencia no se encontraba definido adecuadamente (MORANTE, 2014, VII-2).

Además, producto de esta implementación se deja de lado el uso de las expresiones «*dependencias y reparticiones*». Del mismo modo, se hace la salvedad de que pese al régimen particular que regula a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, solo en el aspecto de proveerse de bienes servicios y obras, dichas entidades serán tratadas de forma similar a todas las entidades precitadas.

Por otro lado, en el ámbito objetivo, se realizaron algunas precisiones de técnica legislativa que permitirán al operador en materia de contrataciones conocer los alcances de la preeminencia del ámbito de aplicación objetivo, sustentado en el uso de fondos públicos para la provisión de bienes, servicios u obras.

## **2.4. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN** **(ARTÍCULO 4°)**

A comparación de la Ley derogada, en la Ley vigente se desarrollan en forma más explícita una variedad de supuestos de inaplicación de la normativa de contrataciones tales como:

- En el caso de los contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, se suma a modo de precisión todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley N° 28563 o norma que la sustituya (MORANTE, 2014, VII-2).
- En el caso de los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales, se amplía la exclusión a los miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley y el reglamento para la etapa de ejecución contractual (MORANTE, 2014, VII-2).

Mientras que ámbitos como los contratos de locación de servicios de presidentes de directorios, notarios públicos, misiones de servicio exterior, compras por remate, contrataciones bajo especificaciones internacionales en materia de endeudamiento externo y/o donaciones, contrataciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, respecto a cambio de mando, o cumbres internacionales, no han sufrido cambio alguno, salvo el desarrollo de un diferente orden dentro del artículo 3° de la Nueva Ley (MORANTE, 2014, VII-2).

Ahora bien, como verán hay muchos otros supuestos de inaplicación de la normativa que han sido trasladados al artículo 5° de la Ley, el cual regula también ámbitos excluidos pero sujetos a supervisión (MORANTE, 2014, VII-2).

Finalmente, urge señalar a través que mediante el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1341, se incorpora el inciso i), estableciéndose en el mismo que la Ley de Contrataciones con el Estado no es de aplicación a las asociaciones públicos privadas y proyectos activos regulados por el Decreto Legislativo N° 1224 y el Decreto Legislativo N° 674.

## **2.5. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUJETOS A SUPERVISIÓN (ARTÍCULO 5°)**

El artículo bajo análisis, si bien detalla supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones, fija la obligación de supervisión por parte del OSCE en los supuestos listados.

En consecuencia, dicho organismo debe supervisar: la contratación de servicios públicos para lo cual hay un solo proveedor, los convenios de colaboración entre entidades, contrataciones efectuadas por entes internacionales que se deriven de donaciones efectuadas por estos, las contrataciones que realice el Estado peruano con otro Estado, las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando sea imposible realizar la contratación a través de los métodos de contratación establecidos en la Nueva Ley (MORANTE, 2014, VII-2).

Ahora el punto más importante es la incorporación de los supuestos de inaplicación bajo supervisión de las contrataciones cuyos montos resulten iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Del mismo modo, es de resaltar que dicha inaplicación no comprende las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco.

## **2.6. ORGANIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN (ARTÍCULO 6°)**

El artículo 6° de la Ley N° 30225 dispone que los procesos de contratación son organizados por la institución convocante, como destinatarios de los fondos públicos asignados a la contratación. Del mismo modo, se detalla que mediante convenio una entidad puede encargar a otra las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección.

## **2.7. COMPRAS CORPORATIVAS (ARTÍCULO 7°)**

Este artículo concentra lo regulado por el artículo 15° de la Ley derogada en correlación con lo establecido en el artículo 80° del reglamento derogada pero de una forma más clara y detallada en la nueva Ley de Contrataciones, indicando la

función de la central Perú-Compras, entidad regulada por el Decreto Legislativo N° 1018, decreto que también resulta modificado en función de la Nueva Ley de contrataciones (MORANTE, 2014, VII-3).

## **2.8. FUNCIONARIOS, DEPENDENCIAS Y ÓRGANOS ENCARGADOS DE LAS CONTRATACIONES (ARTÍCULO 8°)**

El artículo 8 de la Ley, referido a los funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones; el mismo que se encuentra modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, dispone que el titular de la entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente Ley le otorga, y que también “puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra”.

Del mismo, el precitado artículo indica que no pueden ser objeto de delegación la declaración de nulidad de oficio, la aprobación de las contrataciones directas, salvo aquellas que disponga el Reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, así como las modificaciones contractuales a las que se refiere el artículo 34-A (10) de la presente Ley y los otros supuestos que establece el Reglamento.

## **2.9. RESPONSABILIDAD (ARTÍCULO 9°)**

Este articulado versa sobre la responsabilidad del comité especial, alcance que, adecuadamente y en función de la legalidad, ha sido ampliado a todas aquellas personas que intervengan en los procesos de contratación por o a nombre de la entidad con independencia del régimen jurídico que los vincule con esta, siendo todos ellos responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de efectuar contrataciones de manera eficiente, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las disposiciones de la Nueva Ley y los principios, sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que se otorgan (MORANTE, 2014, VII-3).

Asimismo, en el segundo párrafo del inciso primero del artículo 9° de la Ley de Contrataciones se dispone que de corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, ésta se realiza de acuerdo con el régimen

jurídico que los vincule con la entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

De otro lado, en el inciso segundo del artículo precitado, se dispone que las Entidades son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos intereses que puedan surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en el artículo 2° de la Ley de Contrataciones del Estado.

#### **2.10. SUPERVISIÓN DE LA ENTIDAD (ARTÍCULO 10°)**

El artículo 10° de la Ley, versa sobre la supervisión de la entidad. Cabe indicar que con la modificación dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1341, se dispone ahora que cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento.

Del mismo modo, urge indicar que en el Reglamento de la Ley se dispondrá de los mecanismos a aplicar en los supuestos en los que nazcan diferencias en el contrato y estas se sometan a arbitraje, por el tiempo que dure este.

#### **2.11. IMPEDIMENTOS (ARTÍCULO 11°)**

Se hace una precisión en cuanto a los actos cuyos partícipes se encuentran impedidos, añadiendo el caso de aquellos que tengan que ver con la determinación de la nueva figura del valor estimado.

#### **2.12. CALIFICACIÓN EXIGIBLE A LOS PROVEEDORES (ARTÍCULO 12°)**

Este artículo ha sido incorporado en la Nueva Ley, y no se encuentra detallado en la antigua. Sobre este artículo, se detallada que «la Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el reglamento (D.S. N° 350-2015-EF). Para dicho efecto, los documentos del procedimiento de selección deben prever con claridad los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación» (MORANTE, 2014, VII-3).

### **2.13. PARTICIPACIÓN EN CONSORCIO (ARTÍCULO 13°)**

Esta sección es detallada por el artículo 36° de la antigua Ley, bajo la sumilla de ofertas en consorcio. Es interesante iniciar el análisis observando de forma más clara el cambio del término proceso de selección por un más adecuado término denominado procedimiento de selección.

Otra salvedad es la exclusión de la necesidad de presentar una promesa formal de consorcio y la suscripción del consorcio en el RNP, aspecto que posiblemente esté incluido en el artículo relacionado al RNP o en el reglamento que aún no ha sido publicado.

### **2.14. PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA (ARTÍCULO 14°)**

El presente artículo es una inclusión dada por la Nueva Ley de contrataciones que establece la obligación de la entidad, el OSCE o el Tribunal de Contrataciones del Estado de verificar la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección, en los términos del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que la sustituya, para lo cual todas ellas deberán remitir la información pertinente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi para que este, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables.

Asimismo, detalla el segundo párrafo del artículo: cuando el OSCE advierta que un requisito establecido en los documentos del procedimiento de selección podría afectar la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, tiene la potestad de ordenar a la Entidad que lo sustente y/o elimine, según corresponda. Si, adicionalmente, el OSCE advierte la existencia de indicios de colusión, en los términos del artículo 384° del Código Penal, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público.

## **2.15. PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES (ARTÍCULO 15°)**

El plan anual de contrataciones es definido por RETAMOZO como:

*“un instrumento de gestión para planificar y ejecutar las contrataciones, así se articula con el plan operativo institucional y el presupuesto institucional de la entidad; siendo esta su naturaleza”*  
(RETAMOZO, 2016, p. 499)

En la Ley vigente, el Plan Anual de Contrataciones está regulada en el artículo 15°. Con respecto a ello, MORANTE manifiesta lo siguiente:

*“Lo más resaltante que podemos observar es el nuevo orden y la mejora en las pautas pormenorizadas al momento de formulación del Plan Anual, aspectos que en la práctica ya eran tomados en cuenta, pero que ahora ayudarán a instruir a aquellas que se incorporan al mundo de las contrataciones públicas”* (MORANTE, 2014, VII-3).

En ese orden de ideas, la Ley vigente detalla que a partir del primer semestre, y teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria correspondiente al siguiente año fiscal, cada entidad debe programar en el Cuadro de Necesidades los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para dicho año, los que deben encontrarse vinculados al Plan Operativo Institucional, con la finalidad de elaborar el Plan Anual de Contrataciones (MORANTE, 2014, VII-3). Dichos requerimientos deben estar acompañados de sus respectivas especificaciones técnicas y/o términos de referencia, los cuales pueden ser mejorados, actualizados y/o perfeccionados antes de la convocatoria.

## **2.16. REQUERIMIENTO (ARTÍCULO 16°)**

El artículo 16° esta referidos a los requerimientos. Sobre el particular MORANTE señala que:

*“el artículo 16° de la Ley, presenta muchas novedades, entre las que destaca que la no sujeción a lo descrito en el Plan Anual para la determinación de los requerimientos del área, sino sobre la base de sus propias necesidades, que deberían estar acordes al Plan Anual”*  
(MORANTE, 2014, VII-4).



Otro punto relevante es que ahora el área usuaria no contará con el apoyo del Órgano Encargado de las Contrataciones «*unidad de logística*», para la elaboración de las especificaciones técnicas. En base a lo señalado, la doctrina cuestiona si estas personas, que son las encargadas de esta labor, sin ninguna asesoría, “*necesitarán ahora encontrarse capacitadas y certificadas en esta materia del mundo de las contrataciones, como es la creación de especificaciones técnicas*” (MORANTE, 2014, VII-4).

### **2.17. HOMOLOGACIÓN DE REQUERIMIENTOS (ARTÍCULO 17°)**

El artículo 17° de la Ley preceptúa lo concerniente a la homologación de requerimientos. Sobre el particular, la doctrina considera que es un punto importante y vital para el desarrollo de la interoperabilidad del sistema estatal.

El artículo en mención considera que las entidades del Poder Ejecutivo que expongan políticas nacionales y/o sectoriales del Estado se encuentran facultadas a uniformizar los requerimientos de los bienes y servicios que deban contratar las instituciones del Estado que se gobiernen bajo la Ley N° 30225 y su reglamento, en el ámbito de sus competencias a través de un proceso de homologación (MORANTE, 2014, VII-4).

### **2.18. VALOR REFERENCIAL (ARTÍCULO 18°)**

El artículo 18° de la Ley N° 30255, se encuentra referido al valor referencial. Cabe indicar que el precitado artículo, fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1341. A partir de dicha modificatoria se elimina el “*valor estimado de bienes y servicios*”, el cual era discrecional solo para los funcionarios de la entidad que convocaba a proceso de selección.

En ese orden de ideas, la redacción actual del artículo 18° dispone que el órgano encargado de las contrataciones en cada entidad determina el valor referencial a efectos del proceso de contratación, con la finalidad de establecer el tipo de procedimiento de selección correspondiente y gestionar la asignación de los recursos presupuestales necesarios.

En el caso de bienes y servicios, el valor referencial se establece en virtud de un estudio de mercado, con el fin de determinar el tipo de procedimiento de selección correspondiente y gestionar la asignación de los recursos presupuestales necesarios.

Mientras que, en el caso de consultoría de obras, la entidad establece los detalles de la estructura del valor referencial y el monto respectivo, pudiendo efectuar estudios de mercado para confirmar el monto establecido, también, en el caso de ejecución de obras, el valor referencial se establece en el expediente técnico o estudio definitivo de la obra.

Por último, urge precisar que no corresponde establecer valor referencial en los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

#### **2.19. CERTIFICACIÓN DE CRÉDITO PRESUPUESTARIO (ARTÍCULO 19°)**

Este artículo es un completo desarrollo en función de una breve sección del artículo 12° de la antigua Ley que exige la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento, como requisito previo para convocar a un proceso, ahora procedimiento. Al respecto, este artículo exige bajo sanción de nulidad contar con la certificación de crédito presupuestario o la previsión presupuestal, conforme se señala en los literales siguientes:

- a.** En todo procedimiento de selección, la certificación de crédito presupuestario debe mantenerse desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
- b.** Tratándose de ejecuciones contractuales que superen el año fiscal se requiere, además de la certificación de crédito presupuestario, el documento suscrito por el jefe de la Oficina General de Administración y la Oficina de Presupuesto, o el que haga sus veces en la Entidad, que garantice la programación de los recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones en los años fiscales subsiguientes.
- c.** En los procedimientos de selección, cuya convocatoria se realice dentro del último trimestre de un año fiscal, y el otorgamiento de la Buena Pro y suscripción del contrato se realice en el siguiente año fiscal, la Oficina de Presupuesto de la Entidad

o a la que haga sus veces, otorgará una constancia respecto a la previsión de recursos correspondientes al valor estimado o referencial de dicha convocatoria.

- d. La citada constancia debe señalar el monto de los recursos programados para tal efecto en el proyecto de ley de presupuesto del sector público correspondiente al año fiscal siguiente, que presenta el Poder Ejecutivo al Congreso de la República; asimismo, debe señalar las metas previstas y la fuente de financiamiento con cargo a la cual se atenderá su financiamiento.
- e. En los procedimientos de selección referidos en el literal c), previo a otorgar la Buena Pro, se debe contar con la certificación de crédito presupuestario emitida por la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, sobre la existencia de crédito presupuestario suficiente, orientado a la ejecución del gasto en el año fiscal en que se ejecutará el contrato, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Para tal efecto, el comité de selección o la oficina a cargo del procedimiento de selección, según corresponda, antes de otorgar la Buena Pro, debe solicitar a la Oficina de Presupuesto de la Entidad o a la que haga sus veces, la referida certificación.

## **2.20. PROHIBICIÓN DE FRACCIONAMIENTO (ARTÍCULO 20°)**

En el artículo 20° de la Ley, se modifican algunas terminologías, de las cuales la más curiosa resulta ser aquella que intercambia el término “*ejecución de obras*” por “*obras*”. (MORANTE, 2014, VII-4)

Además de lo acotado en el párrafo anterior, el artículo precitado resulta ser más explícito en la prohibición de división de procedimientos de selección en dos o más procedimientos para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública. (MORANTE, 2014, VII-4)

## **2.21. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN (ARTÍCULO 21°)**

Este artículo es uno de los que genera más cambios sustanciales en los procedimientos de selección, puesto que ahora el Estado cuenta con 7 métodos distintos para adquirir bienes o contratar servicios.

Estos son: la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada, la selección de consultores individuales, la comparación de precios, la subasta

inversa electrónica y la contratación directa. A los antes señalados, hay que adicionarles los denominados «métodos especiales de contratación», entre los que se encuentran los catálogos electrónicos de acuerdo marco.

Además, la norma menciona que el nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones (el cual deberá aprobar el MEF dentro de 180 días) podrá fijar otros procedimientos de selección de alcance general, los cuales deberán respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

#### **2.22. LICITACIÓN PÚBLICA Y CONCURSO PÚBLICO (ARTÍCULO 22°)**

La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras; mientras que el concurso público para la contratación de servicios. La norma prevé que ambas modalidades se deberán aplicar a las contrataciones cuyo valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que señale la Ley de Presupuesto del Sector Público.

Se precisa que el reglamento establecerá las modalidades de licitación pública y concurso público. Asimismo, que los actos públicos deben contar con la presencia de notario público o juez de paz.

#### **2.23. ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA (ARTÍCULO 23°)**

Esta es una nueva modalidad de contratación, y se utilizará para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes fijados por la Ley de Presupuesto del Sector Público.

#### **2.24. SELECCIÓN DE CONSULTORES INDIVIDUALES (ARTÍCULO 24°)**

Otra nueva modalidad de contratación, la cual se destinará para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en los que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio constituyan los requisitos primordiales de la contratación. Igualmente, existe la limitación que su valor estimado o referencial,

según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que precise la Ley de Presupuesto del Sector Público.

#### **2.25. COMPARACIÓN DE PRECIOS (ARTÍCULO 25°)**

Esta nueva modalidad se utilizará para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado.

Un detalle importante es que el valor estimado de dichas contrataciones debe ser inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para la licitación pública y el concurso público.

#### **2.26. SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA (ARTÍCULO 26°)**

La subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

#### **2.27. CONTRATACIONES DIRECTAS (ARTÍCULO 27°)**

La anterior Ley de Contrataciones establecía 6 supuestos en los cuales la entidad podría contratar directamente, esto es, sin necesidad de llevar adelante un proceso de selección (se incluía, por ejemplo, los casos de desabastecimiento, emergencias por catástrofes o sanitarias, compras militares secretas, servicios personalísimos, etc.).

Además de estas, la Nueva Ley contempla 7 nuevas situaciones en las que procederá esta contratación directa. Destacan los servicios de publicidad en medios de comunicación; bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo científico o tecnológico, arrendamiento de bienes inmuebles y la adquisición de bienes inmuebles existentes, servicios especializados de asesoría legal para la defensa de miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, para contratar servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, etc.

Por último, el artículo también dispone que las entidades podrán contratar, sin realizar procedimiento de selección, los bienes y servicios que se incorporen en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco como producto de la formalización de Acuerdos Marco. Se establece que el reglamento fijará los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

## **2.28. RECHAZO DE OFERTAS (ARTÍCULO 28°)**

Otro aspecto que no se encuentra en la antigua Ley es aquel regulado en el artículo 28° de la Nueva Ley sobre el rechazo de las ofertas, al respecto se establece facultades para rechazar ofertas bajo las siguientes premisas:

*«28.1 Para la contratación de bienes y servicios, la Entidad puede rechazar toda oferta por debajo del valor referencial si determina que, luego de haber solicitado por escrito o por medios electrónicos al proveedor la descripción a detalle de la composición de su oferta para asegurarse de que pueda cumplir satisfactoria y legalmente sus obligaciones del contrato, se acredita mediante razones objetivas un probable incumplimiento. El rechazo de la oferta debe encontrarse fundamentado.*

*Adicionalmente, la Entidad puede rechazar toda oferta que supera la disponibilidad presupuestal del procedimiento de selección, siempre que haya realizado las gestiones para el incremento de la disponibilidad presupuestal y este no se haya podido obtener.*

*28.2 Tratándose de ejecución o consultoría de obras serán devueltas las ofertas que excedan el valor referencial en más de 10%. En este caso, las propuestas que excedan el valor referencial en menos del 10% serán rechazadas si no resulta posible el incremento de la disponibilidad presupuestal.*

*En los casos de ejecución o consultoría de obras, la entidad rechaza las ofertas que se encuentren por debajo en un 20% del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el Valor Referencial*

## **2.29. DECLARATORIA DE DESIERTO (ARTÍCULO 29°)**

Al respecto, este artículo detalla en forma afirmativa que solo serán procesos de selección desiertos, cuando en estos no quede ninguna oferta válida. Asimismo,

muchos de los aspectos a regular luego de la declaratoria de desierto han pasado a ser re direccionados al reglamento de la Nueva Ley.

Sin embargo, cuando se declare desierto un procedimiento de selección cuyo objeto sea la contratación de un seguro patrimonial, o tratándose de una segunda convocatoria declarada desierta cuyo objeto sea la contratación de productos farmacéuticos y dispositivos médicos, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud a través de sus sedes centrales competentes, pueden utilizar lo previsto en el literal f) del artículo 5° de la presente Ley. Lo cual podría suponer que ambas contrataciones actúen como supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión.

### **2.30. CANCELACIÓN (ARTÍCULO 30°)**

Este nuevo artículo que tiene su correlato en el artículo 34° de la antigua Ley, además de hacer algunas precisiones en la técnica legislativa, plantea como causal adicional para la cancelación del procedimiento, la insuficiencia de recursos.

Otro punto adicional es que se exime de responsabilidad a la entidad respecto a los proveedores que hayan presentado ofertas por el solo hecho de cancelar el procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 30° de la Nueva Ley.

### **2.31. MÉTODOS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN (ARTÍCULO 31°)**

Este artículo no se encuentra presente en la antigua Ley, sin embargo, existían los llamados convenios marco que ahora se convierten en acuerdos marco. En estos supuestos, las entidades contratan, sin realizar procedimiento de selección, los bienes y servicios que se incorporen en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco como producto de la formalización de Acuerdos Marco. Para ello, el reglamento de la Nueva Ley establece los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Por último, se detalla que el reglamento puede establecer otros métodos especiales de contratación.

### **2.32. EL CONTRATO (ARTÍCULO 32°)**

El artículo 32° de la Ley N° 30225, modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, está referido al contrato de ejecución. En el inciso primero del precitado artículo versa sobre la formalidad requerida. Así, el inciso en mención dispone que el contrato debe de celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.

Mientras que, en el inciso segundo del artículo 32°, establece que en el supuesto de los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución según el análisis realizado en la planificación.

Otro punto importante, es el dispuesto en el inciso tercero del acotado artículo, en el que se indica que los contratos normados por la Ley vigente deben incluir obligatoriamente y bajo responsabilidad las siguientes cláusulas:

- a) Garantías,
- b) Anticorrupción,
- c) Solución de controversias, y
- d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento.

Por otro lado, el inciso quinto expresa que, en el caso de la contratación de ejecución de obras, el organismo convocante debe contar con la disponibilidad física del terreno. Del mismo modo, se advierte que -excepcionalmente- dicha disponibilidad puede ser acreditada mediante entregas parciales siempre que las características de la obra a ejecutar lo permitan. Esta información debe estar incluida en los documentos del procedimiento de selección. Por último, el legislador en dicho inciso, indica que para el caso de ejecución de obras que cuentan con residentes o supervisores a tiempo completo, estos no podrán prestar servicios en más de una obra a la vez.

Finalmente, en los incisos 6) y 7) del artículo precitado, están referidos a la responsabilidad de los contratistas, del proyectista y a la supervisión, de acuerdo al alcance de los respectivos contratos, y la aprobación a la Entidad. De igual



forma, la entrega completa de la información que es puesta a disposición de los postores, corresponde a la Entidad.

### **2.33. GARANTÍAS (ARTÍCULO 33°)**

El artículo 33° de la ley vigente, regula las garantías por adelantos y de fiel cumplimiento del contrato. Del mismo modo, se retira los enunciados reglamentarios en materia de garantías, direccionándolos al reglamento. Sobre el particular, *“ya no se habla del beneficio de 10 % del monto total para contratar, por garantía de fiel cumplimiento para las Mypes, y las pautas para su extensión en los contratos para ejecución de obras”*. (MORANTE, 2014, VII-6)

Otra salvedad es que se establece como responsabilidad que las entidades financieras que emitan garantías a las que se refiere la presente Ley, deban facilitar el acceso de estas a las entidades públicas beneficiarias, debiendo para el efecto implementar los mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de la disposición materia de análisis.

### **2.34. MODIFICACIONES AL CONTRATO (ARTÍCULO 34°)**

En la práctica, este aspecto causo, muchos problemas que terminaron siendo revisados por varios arbitrajes, por ello la relevancia de desarrollar este aspecto de forma novedosa en la Ley, y en forma paralela pero más amplia respecto del artículo 143° del reglamento antiguo (MORANTE, 2014, VII-6). Sobre el particular, la Ley N° 30225, dispone en su artículo 34° lo siguiente:

*“34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.*

*34.2 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la*

*ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.*

**34.3** *Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.*

*En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.*

**34.4** *Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la*

*obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República.*

*Asimismo, el Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. En este último supuesto, no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.2 del presente artículo.*

**34.5** *El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.*

*De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados. El procedimiento para determinar los gastos generales es establecido en el reglamento."*

### **2.35. SUBCONTRATACIÓN (ARTÍCULO 35°)**

De acuerdo a la Dirección Técnica Normativa (en adelante DTN), en su Opinión N° 99-2015/DTN se define a la naturaleza jurídica del subcontrato como:

*“un contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza (contrato base o principal), originado por la decisión de uno de dos contratantes, que en vez de ejecutar personalmente la obligación asumida, se decide a contratar con un tercero la realización de aquella, con base en el contrato anterior del cual es parte”* (Opinión N° 99-2015/DTN)

Por su parte, **RETAMOZO** señala que la subcontratación:

*“(…) implica que un ‘tercero’ ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la entidad, entendiéndose por ‘tercer’ a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta al contratista”* (RETAMOZO, 2016, p.153).

En base a lo expuesto en los párrafos anteriores, el artículo 35° de la Nueva Ley, regula la figura de la subcontratación. En el primer inciso de dicho artículo se dispone que el contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje que establezca el reglamento de la Ley de Contrataciones. No podrá subcontratar, siempre y cuando exista prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.

En el inciso segundo, el legislador manifestó que no se podrá subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

En lo que respecta a los requisitos que debe contar el subcontratista, el inciso tercero, se ha consignado que éste debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado. Finalmente, en el quinto inciso, se advierte que el contratista mantendrá la responsabilidad de la ejecución total del contrato frente a la entidad contratante.

### **2.36. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS (ARTÍCULO 36°)**

Este aspecto es detallado en el artículo 36° de la Nueva Ley. (MORANTE, 2014, VII-6)

Ahora bien, el presente artículo delimita de mejor manera las posibles causas de resolución de los contratos, estableciendo dos tópicos: el primero referido a la resolución por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato y el segundo por incumplimiento de obligaciones

que será mejor detallado en el reglamento, y por último, por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.

Dejando para el final la afirmación de que, en cualquiera de los casos de resolución del contrato antes mencionado, que en caso la resolución sea por causas imputables a alguna de las partes, esta deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

### **2.37. CESIÓN DE DERECHOS Y DE POSICIÓN CONTRACTUAL (ARTÍCULO 37°)**

La cesión de derechos y posición contractual si bien es novedosa para la Nueva Ley, es un aspecto ya desarrollado en el antiguo reglamento, de donde se señala la posibilidad, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, que el contratista puede ceder su derecho al pago a favor de terceros. Pero no obstante, no procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos que deberán ser señalados en el reglamento. (MORANTE, 2014, VII-6)

### **2.38. ADELANTOS (ARTÍCULO 38°)**

En el presente caso, la figura desarrollada es elaborada en el artículo 38° de ambas leyes (Nueva y antigua). En su contenido, si bien hay algunos cambios en la mecánica de explicación, grandes cambios no hay, salvo que se excluye al menos de la Ley el requerimiento, de que sea el contratista quien deba solicitar el adelanto, de cierto modo, ahora la entidad puede, si desea, con la finalidad de otorgarle financiamiento y/o liquidez para la ejecución del contrato, otorgar adelantos, no obstante, es necesario observar qué dirá o detallará el reglamento al respecto. De otro lado, se establece que la provisión de adelantos, no sea solo vista en las bases, sino en un término más amplio, denominado los documentos del procedimiento de selección. El resto de pautas serán tratadas por el reglamento. (MORANTE, 2014, VII-6-7)

### **2.39. PAGO (ARTÍCULO 39°)**

Este tema es novedoso para la Ley, pues no es desarrollado en la antigua Ley, sin embargo, sí era desarrollado de cierta forma en el artículo 140° del reglamento.

Consideramos -al igual que la mayoría de especialistas- que es punto positivo el haber trasladado dicho contenido a la Ley y haberlo desarrollado de mejor manera, para poder entender la realización de pagos, producto de la contratación de bienes, servicios y obras. Sobre el particular, el artículo 39° de la Ley vigente detalla que:

*«39.1 El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta. Excepcionalmente, el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando, este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la garantía, cuando corresponda, conforme se establece en el reglamento.*

*39.2 Los pagos por adelantado y a cuenta no constituyen pagos finales, por lo que el proveedor sigue siendo responsable hasta el cumplimiento total de la prestación objeto del contrato.*

*39.3 En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconoce al contratista los intereses legales correspondientes, debiendo repetir contra los responsables de la demora injustificada. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora ».*

#### **2.40. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA (ARTÍCULO 40°)**

La responsabilidad del contratista se encuentra plasmada en el artículo 40° de la Nueva Ley. Debemos advertir que, la redacción actual resulta ser muy parecida al contenido del artículo 50° de la Ley derogada. Sin embargo, el legislador opto por cambiar el uso de la expresión bases, por los documentos del procedimiento de selección, en donde se establece el plazo máximo de responsabilidad del contratista (MORANTE, 2014, VII-7).

Del mismo modo, se establece la responsabilidad del contratista de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo con lo establecido en el contrato.

De otro lado, se hace la salvedad de que en los contratos de ejecución de obra, además, se debe cumplir lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 1774° del Código Civil, los cuales prescriben lo siguiente:

*«Artículo 1774°.- Obligación del contratista*

*El contratista está obligado:*

*(...)*

*2. A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por este, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular.*

*3. A pagar los materiales que reciba, si estos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra».*

#### **2.41. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL (ARTÍCULO 45°)**

En el artículo 45°, la Ley N° 30225 dispone los medios de solución de controversias «de la ejecución contractual». El precitado artículo, desde una perspectiva de técnica legislativa, resulta ser sumamente tedioso, denso y complejo y no permite un minucioso análisis.

En ese orden de ideas, el inciso primero de dicho artículo establece que están previstos como medios de solución de controversias la conciliación y el arbitraje.

Del mismo modo, incorpora la denominada «*Junta de Resolución de Disputas*» (también conocida como *Dispute Boards*) en el caso de obras, aspecto que esta especificado en el reglamento. Por tanto, los medios de solución de controversias establecidos son ahora tres y ya no solo dos.

Se indica también que el reglamento puede disponer otros medios de solución de controversias, criterio que la doctrina considera sumamente acertado en línea con la adecuada gestión de conflictos y los avances en el derecho comparado sobre esta materia (MORANTE, 2014, VII-7). Además, de los criterios para conciliar que se señala serán establecidos en el reglamento.

Además, de acuerdo al citado inciso, se prevé que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias derivadas de prestaciones adicionales, que se reclamen como enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquiera otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas. En esos casos, la única vía correspondiente será el Poder Judicial.

En cuanto a los plazos de caducidad establecidos en el numeral 45.2, se aclara el plazo general que va hasta antes de que se produzca el pago final. Para los casos específicos de nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, el plazo de caducidad para iniciar alguno de los mecanismos de solución de controversias es de 30 días hábiles. Para las controversias que se susciten con posterioridad al pago final (vicios ocultos), el plazo será de 30 día hábiles, conforme lo regule el reglamento.

Igual plazo, contado desde que haya sido recibida la obra, se da para el inicio de un arbitraje que pretenda discutir la decisión de la «**Junta de Resolución de Disputas**».

Si se trata de controversias surgidas con posterioridad a ese momento, será un plazo de 30 días conforme a lo que regule el reglamento. Asimismo, el numeral 45.3 conserva el criterio de prelación de aplicación de las normas, aspecto que creemos puede desencadenar la nulidad o anulabilidad del laudo.

El inciso tercero se establece que tanto los centros de conciliación como las instituciones arbitrales deberán de acreditarse ante el Ministerio de Justicia y el OSCE, cada cual en ese orden respectivamente.

En tanto, en el inciso sexto se dispone que, para ser árbitro es necesario estar inscrito en el Registro de Árbitros del OSCE. Dicho requisito se da para los secretarios arbitrales conforme a lo estipulado en el inciso 7); este mecanismo permitirá conocer quiénes apoyan en las labores propias de secretaría en los procesos arbitrales para tener mayor comunicación con las personas que en la



práctica son las encargadas de hacer las comunicaciones, los resúmenes y gran parte del trabajo en los arbitrajes.

En tanto que, en el inciso 8) del artículo 45° establece y fomenta que cuando exista un arbitraje en curso y del mismo contrato se desprenda una nueva controversia, estas se acumulen en un mismo arbitraje, salvo casos excepcionales y debidamente fundamentados por los tribunales arbitrales. En estos casos en los que se deniegue la acumulación, las partes deben iniciar un nuevo arbitraje en un plazo de caducidad de 15 días hábiles de notificada la denegatoria.

El inciso 9) del artículo 45° preceptúa los supuestos especiales de nulidad de laudo, dentro de los que se dispone los siguientes:

- (i) si la composición del Tribunal Arbitral unipersonal o colegiado no se ajustó a lo establecido por la Ley,
- (ii) si las actuaciones arbitrales no se ajustaron a lo establecido en la Ley.

Finalmente, el inciso 10) del precitado artículo dispone que el OSCE aprobará un Código de Ética que permitirá que un Consejo de Ética, conformado por un representante de la PCM, otro del MEF y uno último de MINJUS, determine sanciones que correspondan a los árbitros por transgresiones establecidas en dicho Texto Legal (que pueden ser amonestación, suspensión temporal e inhabilitación permanente). Por ende, debe destacarse que las resoluciones del OSCE que resuelvan controversias sobre devolución de honorarios constituirán títulos ejecutivos.

#### **2.42. REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (ARTÍCULO 46°)**

El artículo 46° de la Ley N° 30225, modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, dispone lo concerniente al Registro Nacional de Proveedores (RNP). Dicho registro es:

*“(...) de carácter administrativo (...) encargado de clasificar, validar y registrar información de personas naturales o jurídicas (proveedores de bienes y servicios, ejecutores y consultores de obras) los cuales desean contratar con el Estado peruano”* (R&C Consulting, 2013).

En ese sentido, la inscripción en el mencionado registro significa: ***“un recaudo de habilitación, como condición subjetiva para poder presentarse como oferente en un procedimiento licitatorio”*** (DROMI, 1995, p. 319). En ese orden de ideas, el mencionado registro tiene como objetivo, según lo detalla **RETAMOZO** (2016, p. 311), citando a DROMI: ***“posibilitarle a la Administración conocer el grado de suficiencia o de insuficiencia de los oferentes, sobre la base de una clasificación genérica de eficacia de los licitadores para un sinnúmero de procedimientos licitatorios”***, significando la exteriorización de la ***“idoneidad jurídica, técnica económica y financiera para poder ejecutar la prestación objeto del futuro contrato”*** (DROMI, 1995, p. 319).

En base a lo señalado, el artículo 46° versa sobre el Registro Nacional de Proveedores (RNP); la misma que ha sido modificada por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1341. De esta manera, con la redacción actual se dispone que el RNP tiene vigencia indeterminada, por ende, el RNP ya no será renovado anualmente. En consecuencia, a partir de ahora, la inscripción en el RNP tendrá vigencia indeterminada sujeta a la actualización de información de conformidad con lo que señala el reglamento.

De otro lado, el artículo 46° -modificado por el Decreto Legislativo N° 1341-, establece que la información del RNP será de acceso público, a excepción de aquella información reservada de índole tributaria, bancaria o comercial de las personas inscritas. Este aspecto resulta ser muy relevante para la supresión de trámites que no son trascendentes en el procedimiento de selección.

## CAPÍTULO III

### LAS GARANTÍAS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las garantías forman parte de las denominadas cláusulas exorbitantes del contrato administrativo; es decir, nos estamos refiriendo a la exteriorización del ejercicio de la potestad administrativa.

En la relación Administración-administrado, entidad-contratista, las garantías tienen con la finalidad de *“asegurar la perfección del contrato y su correcta ejecución posterior”* (GARCÍA, 2001, p. 709), devenir en el que cumplen una doble función: por un lado, tienen una función de *compulsiva* y, por el otro, son *resarcitorias*. Las garantías son compulsivas, *“pues lo que pretenden es compeler al contratista a cumplir sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este”* (OSCE, 2012); mientras que las garantías resarcitorias, *“(…) pretende a través de su ejecución es indemnizar a la entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista”* (OSCE, 2012).

Teniendo en cuenta lo esbozado, en los párrafos siguientes analizaremos la figura en mención, en base a lo establecido en la normatividad especial.

#### 2. GARANTÍA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

Al formar parte el contrato administrativo un proceso donde la voluntad de la Administración se va preparando a través de la ejecución de una variedad de etapas preclusivas. En ese orden de ideas, vemos pues que las garantías son empleados en distintas fases bajo denominaciones y fines distintos. Así tenemos que en doctrina existen dos tipos de garantías: la primera, la denominada precontractual o de caución provisoria, o *“garantía de oferta”* o *“garantía de mantenimiento de propuesta”* o *“provisionales”*; y a segunda, la de *“caución definitiva”* o denominada también *“garantía de fiel cumplimiento”*. La primera se ubica en la etapa de selección debiendo ser otorgada por todos los oferentes o proponentes; y la segunda, que se vincula a la formalización o perfeccionamiento del contrato, que solo será otorgada por el adjudicamiento elegido (DROMI, 1995, cap. XVII).

Ante lo expuesto en la parte *in fine* del párrafo anterior, surge la siguiente interrogante: *¿Cuál es la diferencia entre una y otra garantía?* Sobre el particular RETAMOZO señala que:

***“En principio, tenemos la ya indicada, la que establece que estas se presentan en distintas etapas del procedimiento de selección, la primera en la presentación de las propuestas, y la segunda luego de consentida la buena pro y en la antesala de la suscripción del contrato”*** (RETAMOZO, 2016, p. 116).

En ese orden de ideas, de acuerdo a la glosa citada, tenemos que, las garantías provisionales ***“se exigen a todo aquel que comparece como licitante en un procedimiento contractual con la aspiración de resultar adjudicatario del contrato, a fin de garantizar la solvencia y seriedad de su oferta, y la efectiva suscripción del contrato en caso de resultar adjudicatario del mismo”***, mientras que las definitivas ***“pretenden asegurar la efectiva realización del contrato conforme a lo pactado”*** (ESCRIBANO & BENAVENTE, 2003, p. 440), funcionando las provisionales como ***“arras de aseguramiento”***, en cuanto que el licitador puede apartarse de la concurrencia a la licitación, o renunciar a la suscripción del contrato, arrastrando su pérdida, siendo que las definitivas:

***“funcionan no como cláusulas penales (pues el contratista no puede eximirse de su obligación a través de su incautación por la Administración) sino como penalidades convencionales que tratan de asegurar los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación contractual, sin perjuicio de la obligación de reparación de daños y perjuicios que puede añadirse a la incautación de dicha garantía en caso de incumplimiento culpable”*** (ESCRIBANO & BENAVENTE, 2003, P. 440).

Las diferencias descritas anteriormente coexisten con sus semejanzas, las que se articulan a partir de las características de estas. En este orden, lo común está en que estas deben ser unilaterales, obligatorias, consustanciales o accesorias, inembargables, independientes, opcionales en cuanto a la forma de presentar la garantía (DROMI, 2004, p. 50), siendo acreditadas por el postor o contratista, según sea el caso, por lo que solo involucran a los administrados

## **2.1. LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y LAS GARANTÍAS**

¿Por qué las entidades públicas no presentan garantías? Sobre el particular, tenemos que la omisión se debe a que estas no buscan proteger al postor o contratista, sino a la Administración, pero además debido a que *“el hecho de la solvencia de la Administración viene dada de antemano por la existencia de crédito presupuestario para el pago del contrato”* (ESCRIBANO & BENAVENTE, 2003, p. 437); criterio que se relativiza sobre la base de la experiencia, por cuanto en la Administración Pública una cosa es ser solvente y otra es pagar.

Si bien esta es la posición doctrinaria, debemos indicar que nuestra normativa si considera que las entidades otorguen garantías, específicamente para el caso de arrendamiento de bienes e inmuebles.

## **2.2. LA GARANTÍA PRECONTRACTUAL: DEFINICIÓN Y SU INTERMITENCIA EN LA LCE**

La garantía precontractual o provisional garantiza la solemnidad de la oferta, y a decir de DROMI: *“[Es] una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento”* (DROMI, 2004, p. 519). De esta manera, esa clase de garantía es un *instrumento disuasorio* abocado a preservar:

*“la seriedad de las ofertas formuladas por los licitadores, evitándose con ello, en definitiva, la participación en tales procedimientos de personas que carezcan de un interés real en convertirse en adjudicatorios y, por lo tanto, en cumplir con el objeto del contrato”* (GARCÍA-TRAVIJANO, 1997, p. 30).

Desde la perspectiva de que son cedidas por el postor, y el Estado las reclama para garantizar el mantenimiento de la oferta hasta el otorgamiento de la buena pro, adquieren la naturaleza jurídica de arras penitenciales, constituyendo así *“que se establece como medida de la responsabilidad del oferente frente a la Administración licitante para asegurar el cumplimiento, en esta etapa precontractual, de sus obligaciones frente a ella”* (DROMI, 1995, pp. 335 - 336).

En ese orden de ideas, el objetivo viene definido por su naturaleza jurídica. De tal manera que, con ella se buscaría ***“garantizar la seriedad de las ofertas y el cumplimiento de la obligación del adjudicador de formalizar el contrato”*** (GARCÍA, 2001, p. 709); lo cual implica ***“el mantenimiento de la oferta durante el plazo que se estipula en la ley o en los pliegos de condiciones”***, por lo que en caso de su incumplimiento (retiro de la oferta antes del plazo fijado, o no aceptar la adjudicación o negarse a suscribir el contrato) se produciría la pérdida de la misma (ejecución) por parte del verdadero acreedor, el interés público (DROMI, 1995, p. 333).

Sobre el particular, el Tribunal de Contrataciones en la Resolución N° 490-2010-TC-S2, expreso lo siguiente:

***“la exigencia de la garantía da seriedad de la oferta al momento de la presentación de propuestas, se justifica en el hecho de dotar de seriedad a las propuestas que eventualmente se presenten a los procesos de selección “buscándose de esta forma” que los postores traten de preservar la seriedad en las ofertas formuladas, evitando la participación de personas que carezcan del interés de cumplir con el objeto del contrato”.***

Desde la perspectiva legal tenemos que nuestro marco normativo ha tenido una relación contradictoria con este tipo de garantía. Así, tenemos el Decreto Supremo N° 065-85-PCM , Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales (ahora ya derogado); en el que se establecía este tipo de garantía y su ejecución en el numeral 2 del artículo 3.2.4 y en el artículo 5.1.5. Criterio que fue recogido en la redacción inicial del artículo 40 la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y luego, vía modificación efectuada por la Ley N° 28267, se suprimió, para reincorporarla después de algunos años en el artículo 39 Decreto Legislativo N° 1017. Ley de Contrataciones del Estado, para ser nuevamente suprimida en la modificación efectuada por la Ley N° 29873, no siendo considerada en la actual normativa (RETAMOZO, 2016, p. 118).

Las razones de estas idas y vueltas tienen que ver con el aumento del costo de transacción para los postores, que es el criterio que ha prevalecido frente al aseguramiento del mantenimiento de la propuesta; pero, además, con la falta de institucionalidad del sistema. Ningún orden jurídico que se aprecie de estable y de proyectar confianza y seguridad jurídica, puede ser objeto de tantas modificaciones (RETAMOZO, 2016, p. 118).

### **2.3. LA GARANTÍA CONTRACTUAL O DEFINITIVA: DEFINICIÓN**

La fase integrativa tiene como antesala la presentación de la garantía de fiel cumplimiento (contractual o definitiva) por parte del postor ganador de la buena pro que ha quedado consentida. Sin el cumplimiento del requisito de la garantía no se puede suscribir contrato (RETAMOZO, 2016, p. 118).

Esta garantía es la definitiva, denominada también garantía de seriedad de oferta, definida como *“una pena convencional provisional en el sentido de que, en los casos de incumplimiento, el acreedor –licitante- puede exigir la pena como importe mínimo del daño”* (DROMI, 1995, p. 334), y por las responsabilidades del contratista frente a la Administración y a los terceros. Por su parte, García de Enterría considera que este tipo de garantía:

*“responde de las penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato (...) y de los daños y perjuicios que el contratista pueda ocasionar a la Administración por motivo de ejecución del contrato, así como de los gastos originados a la misma por la demora en el cumplimiento de sus obligaciones (...) la fianza tiende a compensar a la Administración por el retraso en la ejecución de la obra, que ha de implicar, en términos generales, una nueva licitación o la suspensión o inejecución parcial o total del servicio público (...)”* (GARCÍA, 2001, p. 710).

En doctrina se asume que son obligatorias y consustanciales al contrato, son *numerus clausus*, existiendo opcionalidad respecto al medio de presentación, tal como lo señala GARCÍA TRAVIJANO, para quien: *“la obligación de prestar garantía definitiva en los contratos administrativos no constituye (...) una*

***obligación accesoria, sino que forma parte de la obligación principal misma”***  
(GARCÍA-TRAVIJANO, 1997, p. 102).

En este orden, y como hemos indicado, la garantía de fiel cumplimiento tiene como fin el respaldar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista tras la firma del contrato y de esta manera:

***“compensar a la Administración por el retraso en la ejecución de la obra, que ha de implicar, en términos generales, una nueva licitación o la suspensión o inejecución parcial o total del servicio público, perjuicios estos de difícil evaluación, que por esa razón se evalúan a priori de forma objetiva a través de la fianza”*** (GARCÍA, 2001, p. 710).

En este sentido, se entiende que la garantía en mención:

***“debe cubrir todas las obligaciones a cargo del contratista, derivadas de su vínculo contractual (...) debe responder del necesario “buen hacer” del contratista y de las posibles responsabilidades en que pueda incurrir por defectos de los bienes suministrados, de las obras ejecutadas”***  
(DROMI, 1994, p. 531).

En el marco del procedimiento de contratación, los postores ganadores de la buena pro se encuentran en la obligación de presentar las garantías al momento de la firma del contrato, cualquier disposición en contrario es ilegal, tal como lo ha establecido el Tribunal en un caso donde un funcionario de la entidad opino en contrario. Al respecto, el colegiado señaló lo siguiente:

***“(...) en cuanto a que acordaron con el asesor legal de la entidad para que las garantías fueran presentadas con posterioridad a la firma del contrato, es preciso señalar que tanto los trabajadores de las entidades como los administrados, están en la obligación de actuar de acuerdo al ordenamiento legal correspondiente, en consecuencia el presunto acuerdo entre el postor y un funcionario de la entidad, carece de protección legal”*** (Res. N° 622/2005/TC-SU).



### **3. CARTA FIANZA / PÓLIZA DE CAUCIÓN, DEFINICIÓN Y DESENVOLVIMIENTO EN LA LCE**

La nueva LCE, y específicamente el artículo 125 del RLCE, considera dos tipos de garantías, la carta fianza y la póliza de caución, pudiendo cualquiera de ellas ser otorgadas como garantía de fiel cumplimiento y por adelantos. Debiéndose tener presente que ya no corresponde otorgar la garantía por el momento diferencial de la propuesta en razón de la posibilidad de rechazo de la oferta (RETAMOZO, 2016, p. 120).

#### **3.1. LA FIANZA**

La fianza nace del intercambio y de la necesidad de garantizarlo, por lo que se encuentra vinculada al cumplimiento de una obligación, pero en un sentido más estricto y técnico. Así, la fianza *“es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal”* (RETAMOZO, 2016, p. 120); pudiendo ser entendida también *“como el contrato por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal subsidiariamente, es decir, cuando el deudor no la cumple”* (HOYOS, 2012, p. 35).

En el ámbito nacional tenemos que la fianza se define como un *“contrato de garantía por el que una persona se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación ajena, si esta no es cumplida por el deudor”* (MONTROYA, 1999, 269), definición concordante con el primer párrafo del artículo 1868 del Código Civil que establece: *“Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor”*.

Delimitando aún más la definición tenemos que la SBS la conceptualiza como aquel:

*“Contrato de garantía del cumplimiento de pago de una obligación ajena, suscrito entre el fiador y el deudor, y que se materializa en un documento valorado emitido por un fiador (banco o entidad financiera) a favor de un acreedor (entidad contratante) garantizando las*

*obligaciones del deudor (solicitante) en caso de incumplimiento del deudor, el fiador asume la obligación” (SBS, S/F).*

En el contexto de las contrataciones del Estado, *“la carta fianza garantiza el cumplimiento de una obligación ajena que tiene su origen en la relación “deudor-acreedor” o “proveedor-Estado” (Opinión N° 68-2012).*

En base a lo expresado en los párrafos anteriores, se aprecia que las distintas definiciones expuestas delimitan sus elementos, como son: **la accesoriadad de la obligación**, ya que la fianza no puede concebirse sino por la existencia de una obligación principal; y, la **subsidiaridad**, por virtud de la cual el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación (HOYOS, 2012, p. 35).

### **3.1.1. CONTENIDO DE LA CARTA FIANZA**

Al respecto, en la Resolución N° 587-2012-TC-S2, el Tribunal estableció que la carta fianza “es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad, por el cual **la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecido en el propio documento del que fluye su obligación**, por ello, el tenor literal del documento es decisivo para determinar el contenido y la extensión del derecho que emerge de dicho título.

De tal modo, resulta evidente entonces que **el contenido de la carta fianza debe indicar –expresar manifiestamente y sin lugar a dudas- la obligación garantizada**, ello en salvaguarda del interés de la entidad, detrás del cual se encuentra indudablemente el interés público plasmado en la contratación a realizarse”.

### **3.2. LA PÓLIZA DE CAUCIÓN**

Establecida la definición de carta fianza, resulta necesario definir a la póliza de caución, la misma que consiste en el:

*“(…) contrato de seguro por el cual la empresa aseguradora (garante), mediante el cobro de una prima, protege al asegurado (acreedor) contra*

*el incumplimiento de una obligación específica asumida legal o voluntariamente por el garantizado (deudor principal o fiado), protección que opera evidentemente a los términos y condiciones que consten en la correspondiente póliza” (ORTEGA, 2006, p. 115),*

En ese sentido, resulta necesario traer a colación la Opinión N° 068-2012, la que señala que:

*“si bien la póliza de caución es un instrumento distinto a la carta fianza, su función es similar pues ambas cumplen con garantizar una obligación ajena que tiene su origen en la relación ‘proveedor-Estado’, en el marco de las contrataciones del Estado” (Opinión N° 068-2012).*

En resumidas cuentas, el seguro de caución es *“el seguro que garantiza al acreedor de una obligación el resarcimiento de los daños que puede provocar su incumplimiento (de las obligaciones contractuales o legales del tomador del seguro)” (HOYOS, 2012, p. 36).*

### **3.3. ¿EN QUÉ SE DIFERENCIA LA CARTA FIANZA DE LA PÓLIZA DE CAUCIÓN?**

La distinción sería con relación a sujetos intervinientes. Mientras que en la fianza, tomador y asegurado son siempre la misma persona; en la caución tomador y asegurado son sujetos diferentes, toda vez que el tomador es la persona que contrata el seguro y cuya conducta puede ser desencadenante del siniestro, en tanto que asegurado es el titular del interés cubierto por el seguro, quien ocupa, frente al asegurador una posición acreedora, siendo el beneficiario de la eventual indemnización (RETAMOZO, 2016, p. 122). Otra distinción sería la del riesgo cubierto. En ese orden de ideas, mientras que en la fianza el crédito protege al acreedor frente a la insolvencia definitiva del deudor, en el seguro de caución protege al acreedor frente al mero incumplimiento del contrato (HOYOS, 2012, p. 35).

#### **4. LAS GARANTÍAS, LA SBS Y LAS ENTIDADES QUE LAS PUEDEN OTORGAR**

La carta fianza que se solicita no necesariamente debe ser bancaria. En ese sentido, tengamos en cuenta los Pronunciamientos N° 268-2011/DTN y N° 442-2010/DTN, los cuales están referidos a la exigencia de solo presentar carta fianza bancaria, las cuales señalan lo siguiente:

*“(…) deberá suprimirse de la cláusula séptima de la proforma del contrato, la restricción de presentar solo carta fianza ‘bancaria’, pudiendo presentarse cartas fianzas efectuadas por cualquier empresa bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas y Fondos de Pensiones (SBS) o que estén consideradas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú”.*

La relación entre garantías y SBS es de suma relevancia, por cuanto *“esta institución tiene la responsabilidad de certificar a las instituciones bancarias y financieras que cuentan con la solvencia económica suficiente para otorgar estas garantías a favor de los postores ganadores de la buena pro y contratistas, según sea el caso”.* (RETAMOZO, 2016, p. 123).

Em el supuesto de que se trate de garantías emitidas a favor de una entidad, el artículo 33° de la Ley vigente, dispone claramente que las emisoras de las garantías, que se pueden aceptar en los procesos de contratación correspondientes, deben ser entidades que se encuentren bajo la supervisión directa de la SBS 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.

#### **5. LAS GARANTÍAS EN LA LCE Y RLCE**

Las garantías establecidas en el ámbito doctrinario se desenvuelven en la normativa de contrataciones, a excepción de la garantía de seriedad de oferta o precontractual y la garantía por el monto diferencial de propuesta, las que no han sido consideradas en la nueva normativa; habiendo quedado subsistentes las garantías de fiel cumplimiento del contrato y por adelantos, tal como lo dispone el primer párrafo del ya citado artículo 33° (RETAMOZO, 2016, p. 126).

En el marco normativo precitado, la presentación de la garantía contractual consignada en la normativa de contratación del Estado *“constituye requisito previo para la suscripción del contrato y el medio para garantizar el cumplimiento de los mismos, la que tiene por finalidad el respaldar la conducta del contratista de acuerdo a lo pactado en el contrato administrativo, más que la de compensar a la entidad por un posible daño”* (PÁRRAGA, 2005), por lo que no pueden ser asumidos como medio indemnizatorio, ni *“extenderse sus alcances a cubrir los posibles riesgos de incumplimiento de obligaciones sociales del contratista, ni otras deudas u obligaciones que no se deriven del estricto cumplimiento del contrato”* (PÁRRAGA, 2005). Este criterio afectaría la función resarcitoria.

#### **5.1. EMISIÓN DE GARANTÍAS Y A FAVOR DE QUIEN. LA FIRMA ESCANEADA O PREIMPRESA**

En relación con la emisión de garantías y a favor de quien, en la Opinión N° 068-2012, se consulta lo siguiente: *“¿una institución financiera autorizada por la SBS puede emitir carta fianza o póliza de caución, de ser el caso, a favor de si mismo a fin de garantizar su participación como postor en un proceso de selección o como contratista para la suscripción del contrato?”*

Sobre dicha interrogante, la Dirección Técnica Normativa, dispuso lo siguiente:

*“(..) para asegurar que las entidades podrán ejecutar las garantías otorgadas por los postores y/o contratistas, es necesario que quien emite una garantía sea alguien distinto al postor y/o contratista, según corresponda, pues, de lo contrario se pondría a dicho postor y/o contratista en un conflicto de intereses –al ser deudor y fiador o asegurado y aseguradora al mismo tiempo, pudiendo este negarse y/o retrasar la ejecución de las garantías; enervándose de esta manera su finalidad y poniendo a la entidad en una situación de indefensión”.*  
(Opinión N° 068-2012)

Por su parte, la SBS (mediante oficio N° 17099-2012-SBS), en respuesta a la consulta formulada por el Organismo Supervisor (mediante oficio N° 064-2012/DTN/SDN), ha señalado que:

*“(…) el artículo 1868 del Código Civil es claro al estipular que por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor, de lo que, claramente, se concluye que el fiador la constituye para garantizar las obligaciones de personas ajenas a él y no propias”.*

Asimismo, dicha entidad indico que: *“(…) la póliza de caución como contrato requiere la participación de dos partes, la compañía aseguradora y el tomador del seguro o contratante, lo cual no se cumple en los casos en que dicha póliza haya sido emitida por la propia aseguradora obligada, además de que no permitiría cumplir con la finalidad antes descrita”.*

En consecuencia, en el marco de las contrataciones del Estado, ni la carta fianza ni la póliza de caución pueden ser emitidas por empresas financieras o de seguros a favor de sí mismas.

Siguiendo con la Opinión ante la interrogante de si en el ámbito del régimen de contratación pública: *“¿Es válido y aceptable que la firma del funcionario de la institución autorizada por la SBS que emite la carta fianza o póliza de caución, sea consignada de modo escaneado o pre impreso? (sic)”*, se estableció que:

*“el detalle del contenido de los instrumentos mediante los que se otorgan estas garantías –carta fianza o póliza de caución, a elección de la entidad- le compete a la SBS, en su calidad del organismo rector del sistema financiero y de seguros*

*En tal sentido, sobre la validez de consignar la firma del representante de la empresa financiera o de seguros, emisora de la carta fianza o póliza de caución, escaneada o preimpresa, debe consultarse a la SBS”.*

## **5.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS GARANTÍAS. LA REALIZACIÓN AUTOMÁTICA, LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO E IMPOSIBILIDAD DE REGULARIZACIÓN**

Las características señaladas tanto en la Ley de Contrataciones como en su reglamento son similares a las establecidas en la doctrina. En las líneas siguientes pasaremos a señalar cada una de las características que cuenta esta figura.

### **5.2.1. CARACTERÍSTICAS**

Estos caracteres descritos encuentran precisión en el modificado artículo 33 de la LCE, el cual establece que las garantías deben ser:

- Incondicionales;
- Solidarias;
- Irrevocables;
- De realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva calidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten

En mérito de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de 3 días

En cuanto a la ejecución de las garantías, que es a lo que se refiere el artículo glosado, en la Opinión N° 012-2011/DTN, ante la consulta de si *“en virtud a la realización automática de las garantías, a primera solicitud, las empresas emisoras (...) ¿Pueden las empresas emisoras solicitar otra forma de honramiento de las garantías”*, la respuesta de la DTN fue precisar previamente lo que se entiende por *“honrar”* indicando que *“(...) por ‘honrar’ se entiende pagar a la entidad el monto dinerario garantizado, en la medida que las garantías fueron emitidas a efectos de garantizar montos dinerarios determinados (RETAMOZO, 2016, p. 128).*

Adicionalmente, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que las empresas emisoras realicen *“otra forma de honramiento de las garantías”*, ni que las entidades acepten dichas formas.

En tal sentido, debe señalarse que en el supuesto que la empresa que emitió una garantía proponga a la entidad *“otra forma de honramiento”*, la entidad no podrá aceptarla.

- La responsabilidad por la demora. El artículo 33 de la LCE establece que la demora en la ejecución *“genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses”*.
- Las empresas que otorguen deberán estar bajo la supervisión directa de la SBS, y 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.
- Las entidades financieras que emiten garantías facilitan el acceso a estas a las entidades públicas beneficiarias, debiendo para el efecto implementar mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de lo establecido en la norma.

### **5.2.2. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS**

En la ejecución de garantías por incumplimiento del contratista rigen dos principios: el de preferencia y el de suficiencia. El primero implica “que la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión (DROMI, 1995, p. 533), y el segundo, el de suficiencia, que significa que estas deben cubrir las obligaciones del contratante.

La normativa se ha puesto en los casos en los cuales procede la ejecución de las garantías a simple requerimiento de la entidad. Así el artículo 131 del RLCE establece que la ejecución de la garantía procede en las situaciones siguientes:



### 5.2.2.1. **SUPUESTOS DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO Y DE ADELANTOS**

RETAMOZO (2016, p. 130) indica los supuestos de ejecución de la garantía de fiel cumplimiento y de adelanto dispuestos en la Ley Vigente (LCE) y el reglamento de la Ley N° 30225 (RLCE), los cuales pasaremos a señalar a continuación:

- **Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Ejecución y devolución del Saldo**

Una vez que se cuente con la conformidad de la recepción de la prestación o haya quedado consentida la liquidación, según corresponda, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista o de haber saldo a favor, se le devuelve el monto ejecutado sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por el adelanto pendiente de amortización

- **Ejecución por resolución de contrato consentida**

La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En dichos casos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado

- **Ejecución por no pago de saldo a favor de la entidad**

De la misma forma, la garantía de fiel cumplimiento se ejecuta cuando transcurridos 3 días hábiles de haber sido requerido por la entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o en la liquidación final del contrato, en el caso de consultoría de obras y ejecución de obras.

Esta ejecución es solicitada por un monto equivalente al citado salgo a cargo del contratista.

- **Ejecución de la garantía por adelantos**

De acuerdo a lo establecido en la norma, la garantía por adelantos se ejecuta cuando resuelto o declarado nulo el contrato exista riesgo sustentado de imposibilidad de amortización o pago, aun cuando este evento haya sido sometido a un medio de solución de controversias.

En cualquiera de los casos contemplados en el párrafo precedente, el organismo convocante en forma previa a la ejecución de la garantía por adelantos, solicita notarialmente al contratista, concediéndole un plazo de 10 días hábiles para que devuelva el monto pendiente de amortizar, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía por adelantos por dicho monto

**5.2.2.2. ACTUACIÓN DE LA ENTIDAD, LA NO EXIGENCIA DEL SUPUESTO HABILITADOR POR PARTE DE LAS ENTIDADES QUE LA OTORGAN Y SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE EJECUCIÓN**

Los supuestos previstos en los numerales anteriores están referidos exclusivamente a la actuación de la entidad, siendo de su única y exclusiva responsabilidad evaluar en que supuesto habilitador se encuentra para la ejecución de la garantía, por lo que no afectan de modo alguno al carácter automático de tal ejecución y por tanto, de la obligación de pago a cargo de las empresas emisoras, quienes se encuentran obligadas a honrarlas conforme a lo previsto en el artículo 33 de la LCE al solo y primer requerimiento de la respectiva entidad, sin poder solicitar que se acredite el supuesto habilitador, sin oponer excusión alguna y sin solicitar sustento ni documentación alguna y en el plazo perentorio de 3 días hábiles. Cualquier pacto en contrario contenido en la garantía emitida es nulo de pleno derecho y se considera

no puesto, sin afectar la eficacia de la garantía extendida (RETAMOZO, 2016, p. 131).

Finalmente, se indica que aquellas empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada son sancionadas por la SBS

### **5.2.2.3. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO. CRITERIOS DE LA OSCE Y DEL TRIBUNAL**

#### **5.2.2.3.1. EJECUCIÓN DE GARANTÍA Y NULIDAD DE CONTRATO**

Por otro lado, en la Opinión N° 059-2012/DTN, referido a la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento cuando se declara la nulidad del contrato, en la consulta de si *“¿procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento cuando la entidad ha declarado la nulidad del contrato, por infracción del principio de presunción de veracidad; siendo que en el periodo de vigencia del contrato objeto de nulidad, de manera simultánea, se advirtieron incumplimientos esenciales imputables al contratista, que habrían derivado en la resolución del mismo?”*,

Ante tal pregunta, la Dirección Técnica Normativa estableció que:

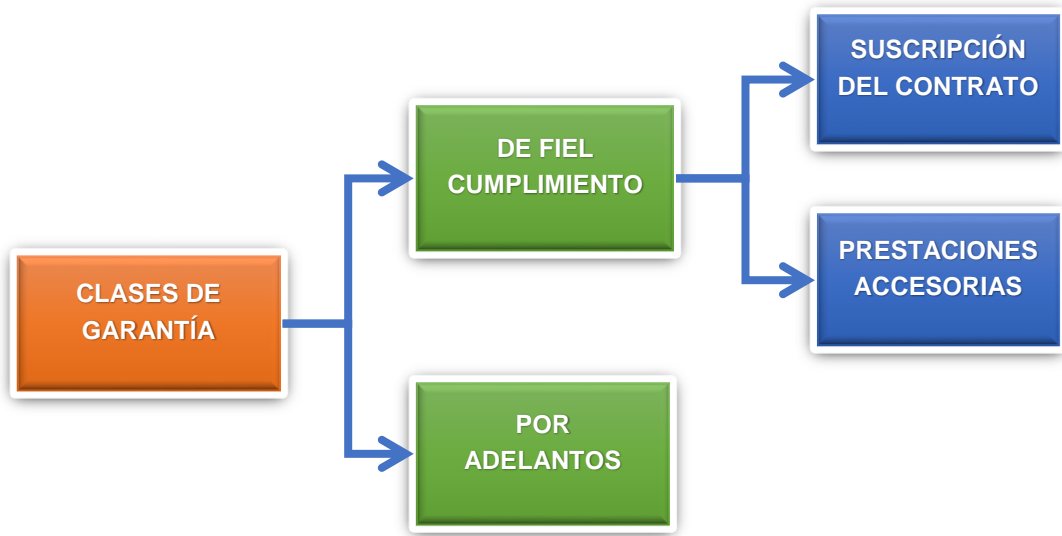
*“Cabe precisar que la consecuencia de la declaración de nulidades la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos.*

*De conformidad con lo expuesto, si una entidad declara la nulidad de un contrato luego de haber verificado la trasgresión del principio de presunción de veracidad, ello determina la inexistencia de dicho contrato y, por consiguiente, la inexigibilidad de las obligaciones contenidas en este; no siendo procedente la ejecución de*

*la garantía de fiel cumplimiento, ya que esta salvaguarda el cumplimiento de un contrato inexistente”-*

## **6. GARANTÍAS A CARGO DEL CONTRATISTA**

Establecidas las reglas, corresponde señalar las clases de garantías. Al respecto, tenemos que el artículo 33 de la LCE establece que las garantías que deberán otorgar los contratistas son:



### **FUENTE:**

Retamozo Linares, M. (2016). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis de Control*. Tomo II. (11ava Ed.). Lima: Gaceta Jurídica. p. 132

### **6.1. LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR SUSCRIPCIÓN DE CONTRATO**

El desenvolvimiento de este marco doctrinario se puede apreciar en los artículos 126 y 127 del RLCE, en los que se establecen que la garantía de fiel cumplimiento se presenta en los casos siguientes:

- En la suscripción del contrato
- En las prestaciones accesorias

#### **6.1.1. GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO Y SU DEVOLUCIÓN**

Al respecto, el artículo 126 del RLCE reitera el criterio que para la firma del contrato el postor ganador debe entregar a la entidad la garantía de fiel

cumplimiento por el equivalente al 10% del monto del contrato, **con vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación, en el caso de bienes, servicios en general y consultoría en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final en los casos de ejecución y consultoría de obras.**

#### **6.1.1.1.LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EN LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA**

La norma mantiene el trato preferencial hacia las micro y pequeñas empresas, al indicar que en los contratos periódicos que celebren las entidades con las micro y pequeñas empresas, estas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el 10% del monto del contrato original, porcentaje que es retenido por la entidad (RETAMOZO, 2016, p. 133).

Los contratos periódicos a los que hace mención la norma son los siguientes:

- Suministro de bienes:
- Prestación de servicios en general:
- Ejecución y consultoría de obras:
- En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio solo procede cuando:
  - a) El procedimiento de selección original del cual derive el contrato a suscribirse sea una adjudicación simplificada;
  - b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a 60 días calendarios; y,
  - c) El pago a favor del contratista considere, al menos 2 valorizaciones periódicas, en función del avance de obra.

En cuanto al momento de la retención se indica que esta se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

#### **6.1.1.2.DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA**

Sobre este tema, el citado artículo 126 de la RLCE dispone que en caso se haya practicado la liquidación final y se determine un saldo a favor del contratista, la entidad debe devolverle la garantía de fiel cumplimiento, aun cuando se someta a controversia la cuantía de ese saldo a favor

#### **6.1.2. LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EN EL CASO DE CONCURSO OFERTA CON PRESTACIONES DIVERSAS. IMPOSIBILIDAD DE PRESENTARLA EN DISTINTOS MOMENTOS**

Sobre este tema, en la Opinión N° 099-2013/DTN se estableció que en la modalidad de concurso oferta las prestaciones de diversa naturaleza que debe ejecutar el contratista:

*“no pueden asimilarse a las prestaciones accesorias, pues cada una de estas son indispensables para que la contratación cumpla su objetivo principal: la ejecución de la obra pública (...) De conformidad con lo expuesto, si bien las obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta involucran la ejecución sucesiva de prestaciones de diversa naturaleza –entre ellas, la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra en si-, la garantía de fiel cumplimiento garantiza la adecuada y oportuna ejecución del íntegro de las prestaciones objeto del contrato. Así, para que la garantía presentada por el postor ganador de la buena pro sea aceptada por la entidad, esta debe ser emitida por el diez por ciento (10%) del monto total del contrato original, con una vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato.*

*En tal sentido, la mencionada garantía no puede asegurar el cumplimiento de las prestaciones individualmente consideradas que comprende la modalidad de concurso oferta, ni tampoco presentarse en dos etapas, pues su finalidad es garantizar la*

*ejecución del íntegro de la prestación del contrato y, en última instancia, la ejecución de la obra pública”.*

**6.1.3. EXCEPCIONES A LA PRESENTACIÓN DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR PRESTACIONES ACCESORIAS**

El artículo 128 del RLCE preceptúa cuáles son los supuestos en que no se constituye una garantía de fiel cumplimiento del contrato y por prestaciones accesorias. En ese sentido, el precitado artículo señala los siguientes casos:

- **Contratos de bienes y servicios, distintos a la consultoría de obras cuyos montos sean iguales o menores a cien mil soles (S/ 100 000,00)**

Dicha salvedad también aplica a los contratos originados de procedimientos de selección por relación de ítems, cuando el monto del ítem adjudicado o la sumatoria de los montos de los ítems adjudicados no superen el monto señalado anteriormente.

- **Adquisición de bienes inmuebles.**
- **Contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles**
- Las contrataciones complementarias celebradas bajo los alcances del artículo 150 del RLCE, cuyos montos sean iguales o menores a cien mil soles (S/ 100 000,00)

**6.1.4. VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO. EL MONTO DEL CONTRATO ORIGINAL**

Respecto a la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 126 del Reglamento de la Ley N° 30225, preceptúa que establece que esta se mantiene hasta:

- La conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultoría en general, o
- Hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Sobre el particular, en la Resolución N° 560-2004/TC-SU, emitida por el Tribunal de Contrataciones dispuesto que la vigencia hasta la liquidación del contrato, *“no implica que necesaria e inexcusablemente las primeras garantías que se presenten (...) deban tener esa fecha de vigencia, ya que las mismas pueden ser renovadas, cuantas veces sea necesario, a fin de asegurar la obligación principal, cumpliéndose en este caso la finalidad a la que está destinada, que es mantenerse vigente hasta la finalización del contrato”*.

En relación con la vigencia de la garantía de Fiel Cumplimiento, la DTN emitió la Opinión N° 025-2011/DTN, en la que se les consulta lo siguiente: *“si otorgada la buena pro en un concurso público con un periodo de 4 años de vigencia ¿se puede aceptar la garantía de fiel cumplimiento con una vigencia de un año asimismo el 10% del monto equivalente a un año?”*,

Ante dicha interrogante, la mencionada dirección opino en los términos siguientes:

*“(...) el ‘contrato original’ es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro. En ese sentido, cuando la norma hace referencia a que la garantía debe ser del monto ‘del contrato original’, está haciendo mención al monto contemplado en el texto del documento contractual, es decir el monto de la totalidad de la ejecución del contrato”*.

#### **6.1.5. LA VARIACIÓN DE LA GARANTÍA**

En relación con la posibilidad de que se pueda variar la garantía otorgada, específicamente cuando se trata de retención en la ejecución de un contrato (MYPE), la Opinión N° 121-2015/DTN estableció que:

*“durante la ejecución del contrato, el contratista (MYPE) podría solicitar la variación de la garantía de fiel cumplimiento de una retención a una carta fianza que reúna los requisitos previstos en (...) la ley (siempre que esta forma de garantía haya sido prevista*



*en las bases..), la que, en caso sea aprobada por la entidad, no debe afectar la obligación del contratista de garantizar a la entidad por la ejecución de sus obligaciones contractuales.*

*De esta manera, aun cuando se presente la referida variación, el contratista seguiría cumpliendo con su obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento y la entidad se encontraría debidamente protegida ante el eventual incumplimiento de las obligaciones del contratista.*

*Para estos efectos, la entidad, bajo su exclusiva responsabilidad, puede adoptar la decisión de gestión de autorizar la variación de la garantía, aceptando la carta fianza, tomando en consideración las retenciones que se hayan efectuado, la viabilidad de la variación de la garantía y la pertinencia de la misma, conforme al Estado de la ejecución del contrato.*

*Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que no sería admisible que, durante la ejecución del contrato, el contratista solicite la variación de la garantía de fiel cumplimiento de una carta fianza o póliza de caución (...) a una retención, pues la normativa de contrataciones del Estado solo le otorga el beneficio de optar por la garantía en forma de retención hasta el momento de suscribir el contrato”.*

## **6.2. LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR PRESTACIONES ACCESORIAS**

El artículo 127 del Reglamento de la Ley N° 30225, establece que en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías o de obras que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines, se debe otorgar una garantía adicional por este concepto, la que debe ser renovada periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas, no pudiendo eximirse su presentación en ningún caso.

### **6.2.1. DEFINICIÓN DE PRESTACIONES ACCESORIAS**

El artículo 127° del referido cuerpo normativo, define a las prestaciones accesorias, como *“mantenimiento, reparación o actividades afines”*. En ese orden de ideas, mediante Resolución N° 357-2009-OSCE/PRE se aprobó la Directiva N° 009-2009-OSCE/CD, denominada *“Lineamientos para la aplicación de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias”*, la cual preciso aún más lo que se debía entender por prestaciones accesorias diferenciándolas de las principales.

En ese sentido, dicha directiva señala en su numeral V.2, que las **prestaciones principales:**

*“constituyen la esencia de la contratación realizada por la entidad, mientras que las prestaciones accesorias están vinculadas al objeto del contrato y existen en función de la prestación principal coadyuvando a que se viabilice, es decir a que se haga efectiva según los términos y condiciones previstos por la entidad”*.

En cuanto a su desenvolvimiento, la citada directiva establece -en el numeral V.3- que las prestaciones accesorias *“no están contenidas junto con la prestación principal en una relación obligatoria única siendo que para su formalización se requiere la suscripción de contratos específicos”*. Razón por la cual la obligación de cumplir las prestaciones accesorias (de acuerdo al numeral V.4 de dicha directiva) *“se sustenta en la vinculación que tiene la entidad con el contratista en virtud del contrato celebrado específicamente para dicho fin, el cual es independiente del contrato que contiene la prestación principal”*, precisándose que la existencia de dos contratos *“no afecta la relación de accesoriedad que existe entre ambas obligaciones”*.

No puede haber prestaciones accesorias sin cumplimiento de la obligación principal. Por ello se establece -en el numeral V.5 de la directiva precitada- que *“para el cumplimiento de las prestaciones accesorias deberá,*

*necesariamente, verificarse el cumplimiento previo de las prestaciones principales”.*

#### **6.2.2. LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO POR PRESTACIONES ACCESORIAS**

En ese sentido, la normativa dispone la exigencia de la garantía de fiel cumplimiento en el caso de prestaciones accesorias. Por ende, el acotado artículo 127° del Reglamento de la Ley N° 30225 señala que en las contrataciones de **bienes, servicios o de obras** que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias –entendiéndose como tales al mantenimiento, reparación o actividades afines-, *“se debe otorgar una garantía adicional por este concepto, la que debe ser renovada periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas, no pudiendo eximirse su presentación en ningún caso”.*

#### **6.3. GARANTÍA POR ADELANTOS EN DINERO Y MATERIALES**

La garantía por adelantos no se configura como un requisito para el perfeccionamiento del contrato, por cuanto su entrega se realiza en el transcurso de su ejecución, debiendo la entidad entregar los adelantos contra la presentación de la garantía.

Normativamente tenemos que el artículo 129 del RLCE establece que esta clase de garantía no puede ser exceptuada en ningún caso, que se entrega contra los adelantos previstos en las bases y que sean solicitados por el contratista. La garantía se debe presentar por un idéntico monto al solicitado y con un plazo mínimo de vigencia de tres meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar. Esta es una garantía que va disminuyendo en relación directa con la amortización.

Si el plazo de ejecución contractual fuese menor a tres 3 meses, cuando el *adelanto sea en dinero* las garantías “podrían ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado”. En el caso de los *adelantos en materiales*, la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la

entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo

### **6.3.1. AMORTIZACIÓN Y DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA POR ADELANTOS**

Sobre el particular, en la Opinión N° 053-2010/DTN, la Dirección Técnico Normativa estableció que:

*“(...) la devolución de la garantía por adelantos está directamente relacionada con la amortización del adelanto entregado, es decir, que la garantía por adelantos será devuelta al contratista una vez que este haya amortizado el adelanto recibió (...) el adelanto se amortiza mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista, por la ejecución de la prestación o las prestaciones objeto del contrato.*

*Al respecto, debe indicarse que esta forma de amortización del adelanto ha sido establecida con la finalidad de facilitar al contratista el financiamiento necesario para la ejecución de las prestaciones a su cargo y, consecuentemente, evitar el encarecimiento de la contratación, al evitar que el contratista tenga que recurrir ante terceros por financiamiento, asumiendo los costos que ello conlleva, los cuales, en última instancia, serían trasladados a la entidad.*

*De esta manera, en principio, el adelanto se amortiza en cada uno de los pagos parciales que la entidad efectuó al contratista por la ejecución de la prestación o las prestaciones objeto del contrato; no obstante, resulta posible que el contratista solicite a la entidad que el descuento correspondiente a la amortización del adelanto se realice en el primer pago parcial, o en los primeros pagos parciales; ello, siempre que el adelanto haya sido utilizado en su totalidad para la ejecución de las prestaciones parciales, respecto*

*de las cuales el contratista solicita que se efectuó el descuento correspondiente a la amortización del adelanto*

*En este punto, es importante resaltar que esta medida favorecería al contratista, pues le permitiría amortizar el adelanto con antelación y evitar el costo de mantener la garantía por adelantos durante todo el periodo de la ejecución contractual, pero también favorecería a la entidad al permitirle recuperar los fondos entregados al contratista en calidad de adelanto, en un plazo más corto al de la ejecución contractual, diluyéndose el riesgo de que el contratista incumpla el contrato antes de haber amortizado el adelanto, riesgo que resulta mayor cuando más extenso sea el plazo de ejecución contractual''.*

Por otro lado, en la Opinión N° 041-2013/DTN, ante la consulta de

*“(..). Si la entidad propone la resolución de contrato por causa imputable al contratista y este antes de que quede consentida la resolución de contrato, la somete a arbitraje dentro del que menciona la existencia de liquidaciones pendientes; puede la entidad ejecutar la carta fianza de adelanto en efectivo, en todo caso esta ejecución es legalmente válida”,*

Sobre el particular, la DTN estableció que:

*“(..). la resolución de un contrato de obra por incumplimiento del contratista obliga a la inmediata paralización de la obra y determina que el contratista este impedido de continuar con su ejecución, por lo que el adelanto otorgado por la entidad no se amortizara según lo programado, pues la amortización se realiza en función del pago de cada una de las valorizaciones de los avances en la ejecución de la obra (...). En esa medida independientemente de si la resolución de un contrato de obra por incumplimiento del contratista esta consentida o no, esta determinara la paralización de la obra e impedirá la amortización del adelanto directo otorgado; por lo que, con la finalidad de*

*proteger los fondos públicos involucrados, la entidad podrá ejecutar la garantía por adelantos y recuperar el monto pendiente de amortización”.*

De otro lado, resulta pertinente traer a colación lo señalado en la Opinión N° 016-1013/DTN, ante la consulta de si *“¿resulta lícito que como requisito de ejecución las empresas emisoras de las garantías por adelantos soliciten a la entidad ejecutante que previamente acredite el saldo no amortizado por el contratista?”*. Ante tal interrogante, la DTN estableció que la garantía por adelantos *“se ejecuta por el monto total consignado en esta al momento en que se solicita su ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes de efectuada la solicitud por la respectiva entidad, sin que quepa la posibilidad de oponer excusión alguna”*;

Ante tal afirmación presentada anteriormente, surgió la siguiente interrogante: *“¿es correcto afirmar que el plazo de tres días (...) se computa recién a partir de la fecha en que la entidad ha acreditado frente a la empresa emisora de la garantía el saldo no amortizado del adelanto entregado al contratista”*, a lo que se respondió que *“(...) el plazo de tres (3) días (...) para que las empresas emisoras ejecuten la garantía por adelantos, se computa a partir del día siguiente de que la respectiva entidad solicite la ejecución”*.

Además de lo señalado se consultó *“¿Es lícito que las entidades beneficiarias de las garantías por adelantos ejecuten las mismas por su valor nominal, sin deducir los importes amortizados?”*. Frente a dicha interrogante, la DTN respondió que:

*“En los casos que un contratista tenga la posibilidad de reducir el monto de la garantía por adelantos conforme al monto pendiente de amortizar, su ejecución se efectuará por el monto total consignado en dicha garantía; no obstante, posteriormente el contratista podrá ejercitar las acciones legales que resulten aplicables para solicitar la restitución del exceso del saldo no amortizado”*.

#### **6.4. GARANTÍAS A CARGO DE LA ENTIDAD: EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**

El artículo 130 del RLCE se refiere a la garantía que debe entregar la entidad, estableciendo que en los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, la garantía será entregada por la entidad al arrendador en los términos previstos en el contrato, la que cubrirá las obligaciones derivadas del contrato con excepción de la indemnización por lucro cesante y daño emergente. (RETAMOZO, 2016, p. 140)



**FUENTE:** Retamozo Linares, M. (2016). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis de Control*. Tomo II. (11ava Ed.). Lima: Gaceta Jurídica. p. 140

#### **7. EL OLVIDO DE LA ENTIDAD DE PEDIR LAS GARANTÍAS**

El problema que se puede presentar es cuando la entidad “se olvida” de pedir la garantía al postor ganador de la buena pro. Al respecto, en la Opinión N° 119-2009/DTN ante la consulta “*¿Procede que las entidades exijan a los contratistas, durante la vigencia del contrato, la presentación de garantías, como la de fiel cumplimiento de contrato y de adelanto, que no fueron requeridas por la entidad como condición para la suscripción del contrato?*”, la Dirección Técnico Normativo respondió en los términos siguientes: “*(...) la normativa sobre contratación pública no ha previsto la regularización de cartas fianzas en la ejecución contractual. Por lo tanto, la entidad no podría requerir al contratista que subsane el otorgamiento de las garantías que no fueron requeridas en su debida oportunidad*”.

## **8. VERIFICACIÓN DE LA IDONEIDAD DE LAS GARANTÍAS Y EL COMITÉ DE SELECCIÓN**

En cuanto a la verificación de la idoneidad de las garantías por parte del comité especial, tenemos que en la Resolución N° 390-2011-TC-S1, el Tribunal definió la responsabilidad de este órgano respecto de la revisión de las cartas fianzas indicando que:

*“(…) es obligación del comité especial verificar, de manera exhaustiva, que las cartas fianzas presentadas por los postores cuenten con todas las características y atributos que garanticen que la misma podrá ser ejecutada de ser el caso, en ese sentido, en los casos en los cual se adviertan defectos trascendentes en las cartas fianzas que pongan en duda la idoneidad de las mismas o el cumplimiento de las características establecidas (...) en salvaguarda de los intereses de la entidad no deberá considerar dichos documentos”.*



### TÍTULO III

#### MARCO METODOLÓGICO

## **1. MATERIAL.**

### **1.1. POBLACIÓN.**

FLAMES (2012, p. 24) considera que la población es *“el conjunto de personas con características afines”*. En consecuencia, para la presente investigación se tiene una población correspondiente a todos los especialistas en contrataciones con el Estado que se encuentran en la ciudad de Trujillo.

### **1.2. MUESTRA.**

La muestra *“es el sub-conjunto representativo de la población que se toma para realizar el estudio”* (FLAMES, 2012, p. 24). En consecuencia, para la presente investigación se tiene como muestra un total de 18 especialistas los cuales se encuentran compuestas de la siguiente manera:

- a) 3 abogados especialistas en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad,
- b) 10 abogados especialista en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad,
- c) 5 docentes universitarios especialistas en Contrataciones con el Estado.

## **2. MÉTODOS.**

Para la presente investigación se emplearán los siguientes métodos:

### **2.1. MÉTODO DE INDUCTIVO-DEDUCTIVO**

Permitirá analizar las categorías científicas que integrarán los modelos argumentativos para luego, partiendo de los juicios singulares pasar a formular proposiciones generales a manera de conclusiones o indudablemente de algunas conclusiones generales se desprenderán a manera de deducción algunas alternativas de solución.

## **2.2. MÉTODO HISTÓRICO**

Este método nos permitirá realizar un enfoque factico del problema que desarrollamos, la cual incluye el análisis de información recopilada, además de comparar las normas relacionadas al tema en referencia a través de la historia legislativa referido al tema materia de investigación.

## **2.3. MÉTODO DESCRIPTIVO**

Método empleado teniendo en cuenta el tipo de investigación, que requiere el uso de un lenguaje común o cotidiano, para describir todos los aspectos del proceso investigativo.

## **2.4. MÉTODO EXEGÉTICO**

Método propio del Derecho que en general, consiste en dar una explicación de su sentido, en esclarecer, desentrañar su significado, interpretarlo, recurriendo para ello a procedimientos gramaticales.

También se recurre al análisis etimológico de las palabras que lo componen y lo que ellas dicen, contempladas en sí mismas, aisladamente en su tenor vulgar o técnico y en relación con las demás a que en la oración se vinculan, así como también a procedimientos lógicos.

## **3. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO:**

### **3.1. EL ANÁLISIS DESCRIPTIVO:**

Este procedimiento metodológico ha sido utilizado a fin de realizar el análisis de los datos obtenidos en la presente tesis, en función a la doctrina, entrevistas realizadas, jurisprudencia y legislación comparada, con el propósito de efectuar la respectiva contrastación de hipótesis.

## **4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

**ORTIZ & GARCÍA** (2003, p. 100) señalan que la técnica *“centra su principal función en todos aquellos procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos documentales disponibles en las fuentes de información”*. En tanto que los instrumentos son definidos por **FLAMES** (2012, p. 26 ) como *“recursos*

*metodológicos que implican el con qué se van a recopilar los datos e informaciones”.*

#### **4.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL**

Esta técnica estará en función del análisis doctrinario de las diversas obras jurídicas relevantes sobre el tema escogido en nuestra investigación, respecto a las sanciones interpuestas a los proveedores por su actuar doloso al consignar garantías que no contaban fondos, las mismas que eran emitidas por Cooperativas de ahorro y crédito.

#### **4.2. ENTREVISTA**

Se empleará esta técnica, con la intención de entrevistar a especialistas en la materia a fin de que poder tener en cuenta sus opiniones, con respecto al tema materia de investigación.

Este instrumento es aplicado con el objetivo de lograr un intercambio conversacional, a fin de obtener, desde aristas y perspectivas diferentes, opiniones técnicas en relación al tema materia de la presente investigación.

### **5. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

En la presente investigación se ha seguido los siguientes pasos:

- **PRIMER PASO**

Consistió en la búsqueda de información relevante relacionado al tema, para esto se realizó la visita a diversas bibliotecas. Del mismo modo fue de gran utilidad visitar diversas páginas webs de bibliotecas virtuales, tanto nacionales como extranjeros.

- **SEGUNDO PASO**

Se determinó el objeto y la finalidad de la tesis, se establecieron las hipótesis y variables, se desarrolló el marco teórico y marco aplicado.

- **TERCER PASO**

Se elaboró cuidadosamente las preguntas para llevar a cabo las entrevistas. Se distribuyó el rol de preguntas a través de las entrevistas.

- **CUARTO PASO**

Se pudo realizar utilizando como instrumento la entrevista, la cual se realizó siendo los entrevistados 3 abogados especialistas en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad, 10 abogados especialista en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad y 5 docentes universitarios especialistas en Contrataciones con el Estado, a partir de preguntas elaboradas, previa cita y coordinación con cada uno de ellos.

- **QUINTO PASO**

Contrastar la hipótesis planteada con los resultados obtenidos de la entrevista, así como de la bibliografía recaudada. Se determinaron los instrumentos, se valoraron los resultados y finalmente se elaboraron las conclusiones y recomendaciones.

## **6. DISEÑO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME**

El procesamiento de los datos se presenta al estar la tesina dividida en 5 Capítulos y son los siguientes:

- **TÍTULO I**

Está referido al PROBLEMA, a la Realidad Problemática, Formulación del Problema, Objetivos, Hipótesis y la respectiva Justificación a la investigación.

- **TÍTULO II**

Contiene el Marco Teórico, el cual está referido a los aspectos de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, teniendo en cuenta la regulación específica de la garantía de fiel cumplimiento.

- **TÍTULO III**

Apartado en que se explica la metodología aplicable, la población y la muestra a estudiar, las técnicas e instrumentos utilizados, los métodos, las tácticas de recolección de información y el diseño de presentación de datos.

- **TÍTULO IV**

Se presentan los resultados obtenidos de las entrevistas.

- **TÍTULO V**

Se procede a realizar la discusión de los resultados obtenidos.

- **TÍTULO VI**

Se establecen las conclusiones y recomendaciones.

**TÍTULO IV**  
**RESULTADOS**

**SUBCAPÍTULO I**  
**ENTREVISTAS REALIZADAS A ESPECIALISTAS**

---

En el presente subcapítulo, procederemos a presentar las entrevistas que fueron suministradas por el investigador a los especialistas, los cuales no dieron su opinión respecto al tema de investigación planteado. Cabe indicar que los especialistas fueron:

- a) 3 abogados especialistas en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad,
  - b) 10 abogados especialista en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad,
  - c) 5 docentes universitarios especialistas en Contrataciones con el Estado.
- 

**1. PREGUNTA N° 01**

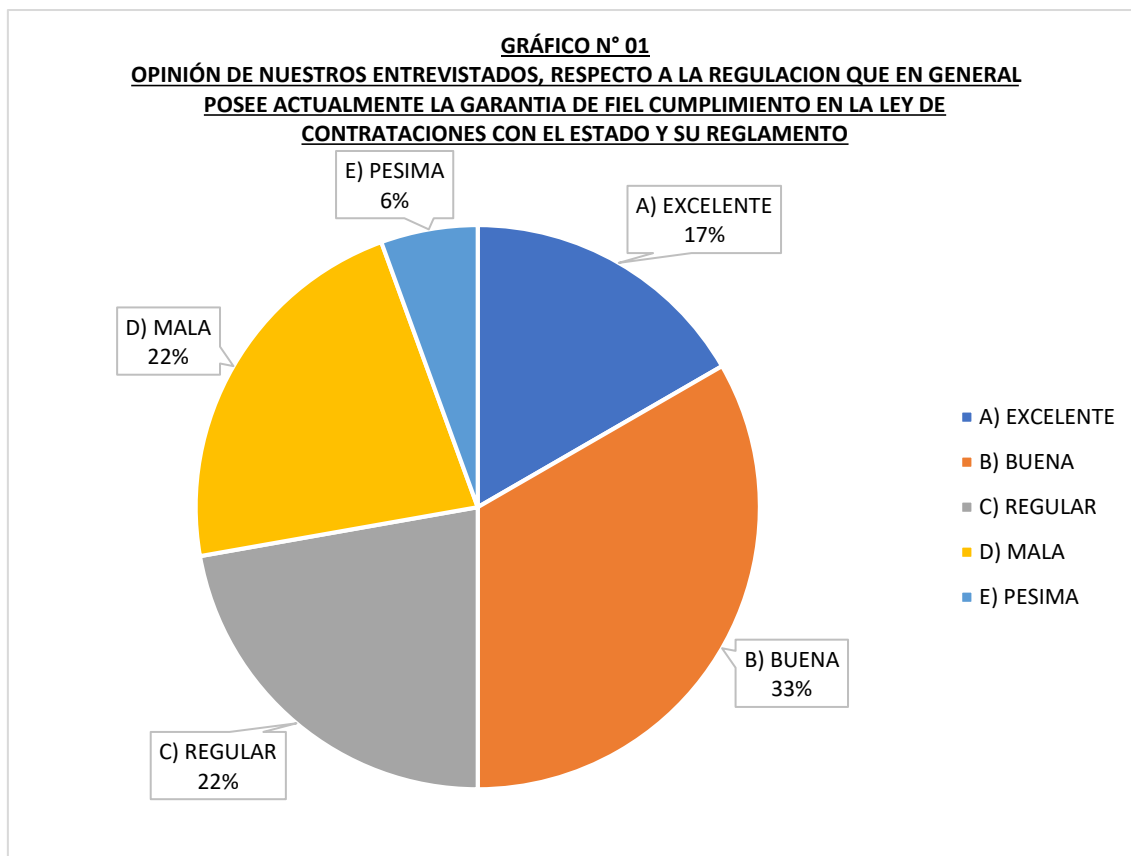
*¿Qué opinión tiene sobre la regulación, que en general posee actualmente la garantía de fiel cumplimiento, tanto en la Ley de Contrataciones con el Estado como en su reglamento? EXCELENTE/ BUENA/REGULAR/MALA/ PÉSIMA. Fundamente su respuesta.*

**CUADRO N° 01**

**OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS, RESPECTO A LA REGULACIÓN QUE EN GENERAL POSEE ACTUALMENTE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EN LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO Y SU REGLAMENTO**

DEFICIENCIA	#	%
A) EXCELENTE	3	16.67%
B) BUENA	6	33.33%
C) REGULAR	4	22.22%
D) MALA	4	22.22%
E) PÉSIMA	1	5.56%
	18	100.00%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

### **1.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 01**

Mediante el presente cuadro, se puede observar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, respecto a la regulación que en general posee actualmente la garantía de fiel cumplimiento en la ley de contrataciones con el estado y su reglamento. Ante tal interrogante, nuestros entrevistados manifestaron los siguientes:

#### **A) EXCELENTE**

Fueron 3 entrevistados, los cuales representan al 16.67% del total, que consideraron esta opción. Es menester indicar que los especialistas que optaron por esta opción fueron los siguientes:

- 1 abogado especialista en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 1 abogado especialista en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 1 docente universitario especialista en Contrataciones con el Estado.

**B) BUENA**

Fueron 6 entrevistados, los cuales representan al 33.33% del total, que consideraron esta opción. Es menester indicar que los especialistas que optaron por esta opción fueron los siguientes:

- 1 abogado especialista en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 4 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 1 docente universitario especialista en Contrataciones con el Estado.

**C) REGULAR**

Fueron 4 entrevistados, los cuales representan al 22.22% del total, que consideraron esta opción. Es menester indicar que los especialistas que optaron por esta opción fueron los siguientes:

- 1 abogado especialista en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 2 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 1 docente universitario especialista en Contrataciones con el Estado.

**D) MALA**

Fueron 4 entrevistados, los cuales representan al 22.22% del total, que consideraron esta opción. Es menester indicar que los especialistas que optaron por esta opción fueron los siguientes:

- 2 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 2 docentes universitarios especialistas en Contrataciones con el Estado.

**E) PÉSIMA**

Fue 1 entrevistado (el cual es un abogado especialista en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad) que considero esta opción. Es menester señalar que este entrevistado representa al 5.56% del total.



## 2. PREGUNTA N° 02

Desde su perspectiva: *¿Existe algún vacío o deficiencia legal en la actual redacción del artículo 33° de la Ley de Contrataciones con el Estado referida a la garantía de fiel cumplimiento? SI/NO. Fundamente su respuesta.*

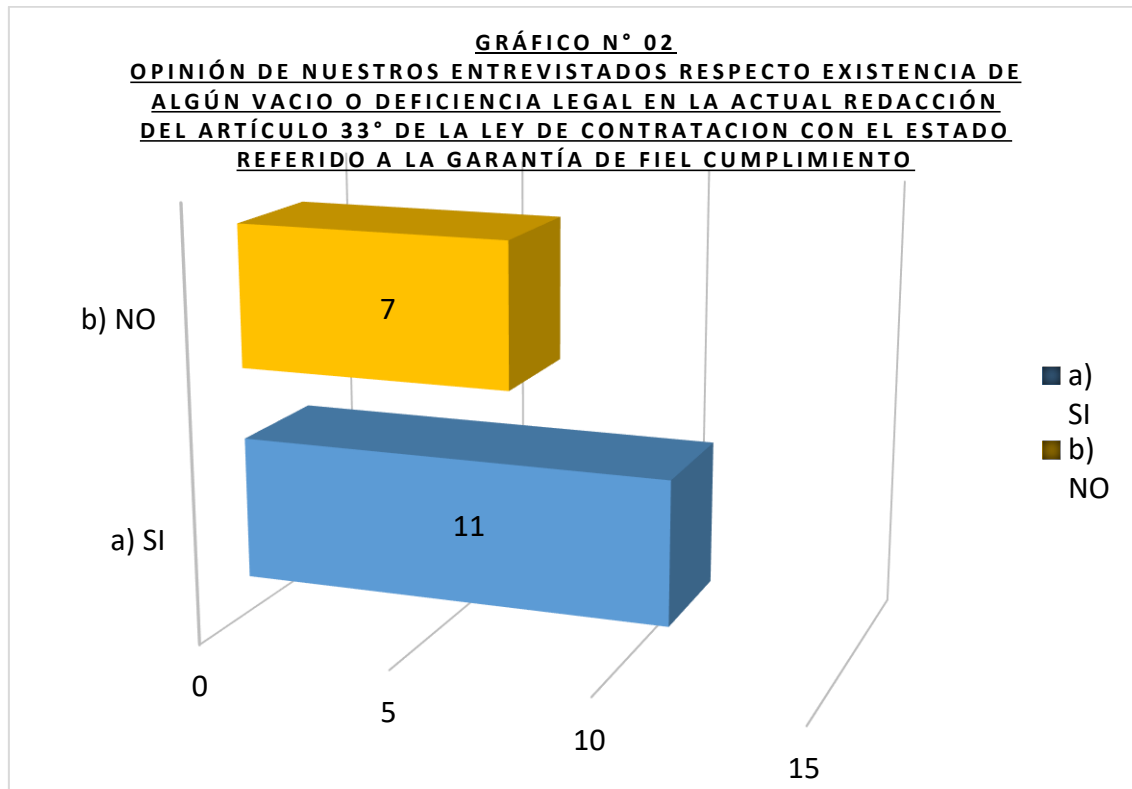
- a) *Si*
- b) *No*

### CUADRO N° 02

#### OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS RESPECTO EXISTENCIA DE ALGÚN VACÍO O DEFICIENCIA LEGAL EN LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 33° DE LA LEY DE CONTRATACIÓN CON EL ESTADO REFERIDO A LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO

	#	%
a) SI	11	61%
b) NO	7	39%
TOTAL	18	100%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

## **2.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 02**

A través del cuadro N° 02, se puede apreciar las opiniones que fueron otorgadas por nuestros entrevistados quienes se han pronunciado sobre existencia de algún vacío o deficiencia legal en la actual redacción del artículo 33° de la ley de contratación con el estado referido a la garantía de fiel cumplimiento. Ante tal interrogante nuestros entrevistados manifestaron lo siguiente:

### **a. SI**

Esta opción fue considerada por 11 especialistas; que representa el 61.11% de total de entrevistados. Respecto a ello los especialistas que consideraron esta opción fueron:

- 2 abogados especialistas en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 6 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 3 docentes universitarios especialistas en Contrataciones con el Estado.

### **b. NO**

Sobre esta opción, nuestros entrevistados consideraron esta opción, representa el 38.89% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 7 entrevistados, estos fueron:

- 1 abogado especialista en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 4 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 2 docentes universitarios especialistas en Contrataciones con el Estado.

### 3. PREGUNTA N° 03

*¿Considera usted que las cooperativas de ahorro y crédito deberían o no, otorgar garantías de fiel cumplimiento?*

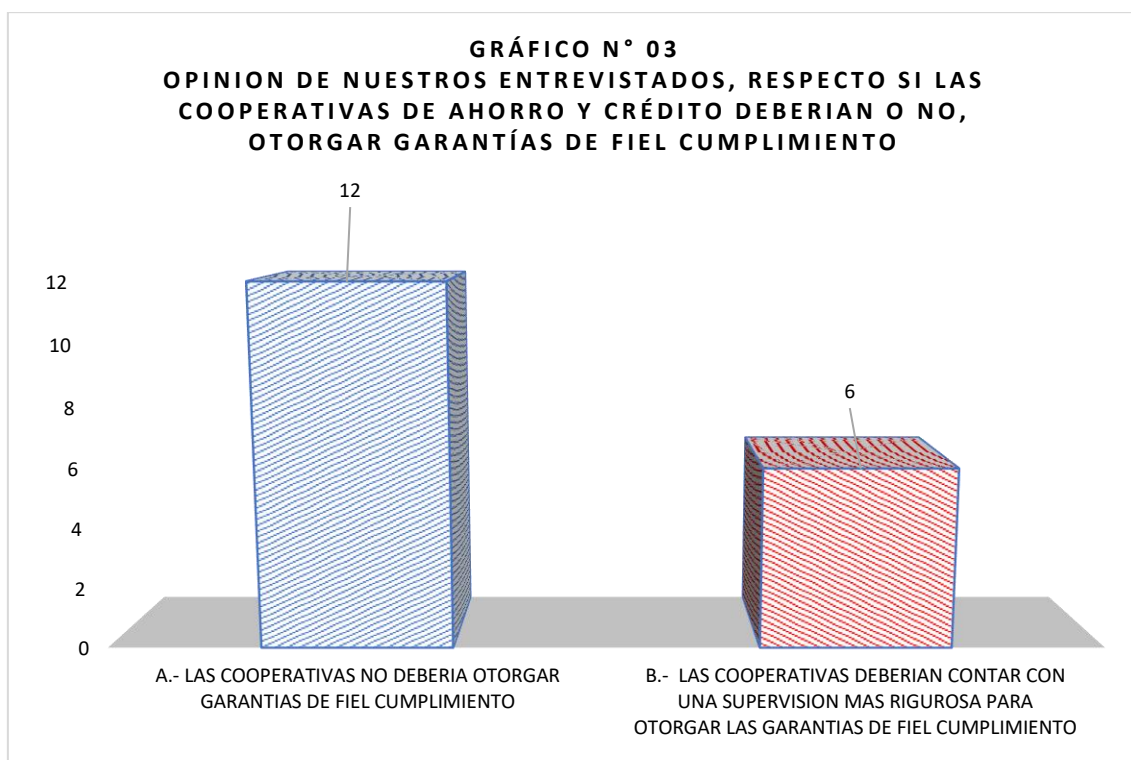
- a) *Si*
- b) *No*

**CUADRO N° 03**

**OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS, RESPECTO SI LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO DEBERÍAN O NO, OTORGAR GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO**

	#	%
<b>A.- LAS COOPERATIVAS NO DEBERÍA OTORGAR GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO</b>	12	67%
<b>B.- LAS COOPERATIVAS DEBERÍAN CONTAR CON UNA SUPERVISIÓN MAS RIGUOSA PARA OTORGAR LAS GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO</b>	6	33%
<b>TOTAL</b>	18	100%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

### **3.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 03**

A través del cuadro N° 03, se puede apreciar las opiniones que fueron otorgadas por nuestros entrevistados, a quienes se les consultó si las cooperativas de ahorro y crédito deberían o no, otorgar garantías de fiel cumplimiento. Ante tal interrogante nuestros entrevistados manifestaron lo siguiente:

#### **a. SI**

Esta opción fue considerada por 12 especialistas; que representa el 66.67% de total de entrevistados. Respecto a ello los especialistas que consideraron esta opción fueron:

- 2 abogados especialistas en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 6 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 4 docentes universitarios especialistas en Contrataciones con el Estado.

#### **b. NO**

Sobre esta opción, nuestros entrevistados consideraron esta opción, representa el 33.33% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 6 entrevistados, estos fueron:

- 1 abogado especialista en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 4 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 1 docente universitario especialista en Contrataciones con el Estado.

#### 4. **PREGUNTA N° 04**

*En caso de que su respuesta anterior fuese negativa, ¿Considera usted que las cooperativas de ahorro y crédito deberían de contar con una supervisión más rigurosa al momento de otorgar dichas garantías?*

- a) Si
- b) No

#### **CUADRO N° 04**

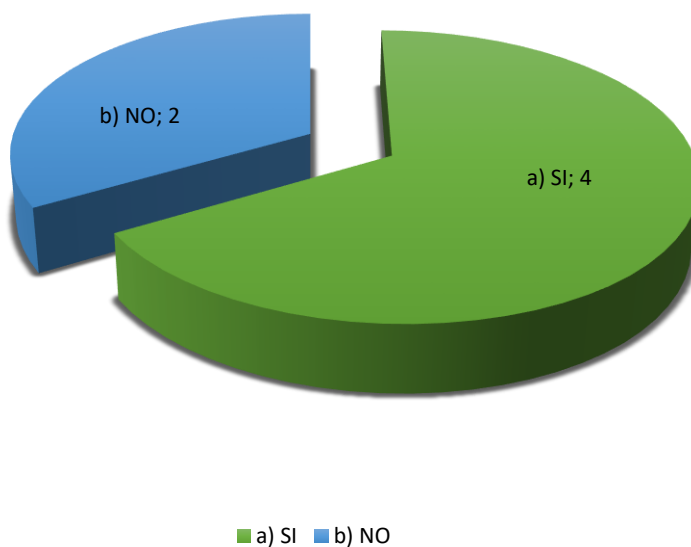
#### **OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS, RESPECTO SI LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO DEBERÍAN DE CONTAR CON UNA SUPERVISIÓN MÁS RIGUROSA AL MOMENTO DE OTORGAR DICHAS GARANTÍAS**

	#	%
A.- SI	4	66.67%
B.- NO	2	33.33%
TOTAL	6	100.00%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

#### **GRÁFICO N° 04**

#### **OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS, RESPECTO SI LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO DEBERÍAN DE CONTAR CON UNA SUPERVISIÓN MÁS RIGUROSA AL MOMENTO DE OTORGAR DICHAS GARANTÍAS**



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

#### **4.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 04**

A través del cuadro N° 04, se puede observar las respuestas provistas por aquellos entrevistados a quienes se les consulto si las cooperativas de ahorro y crédito deberían de contar con una supervisión más rigurosa al momento de otorgar dichas garantías. Ante tal interrogante nuestros entrevistados manifestaron lo siguiente:

##### **a. SI**

Esta opción fue considerada por 4 especialistas; que representa el 66.67% de total de entrevistados. Respecto a ello los especialistas que consideraron esta opción fueron:

- 1 abogado especialista en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 2 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 1 docente universitario especialista en Contrataciones con el Estado.

##### **b. NO**

Sobre esta opción, nuestros entrevistados consideraron esta opción, representa el 27.78% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 5 entrevistados, estos fueron:

- 3 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 2 docente universitario especialista en Contrataciones con el Estado.

## 5. PREGUNTA N° 05

*Frente a los constantes problemas que son generados por las cartas fianzas fraudulentas, ¿Considera ud que sería conveniente el empleo de una carta fianza electrónica otorgado por las entidades financieras – autorizada por la SBS- a los postores de los procesos de selección?*

a) Si

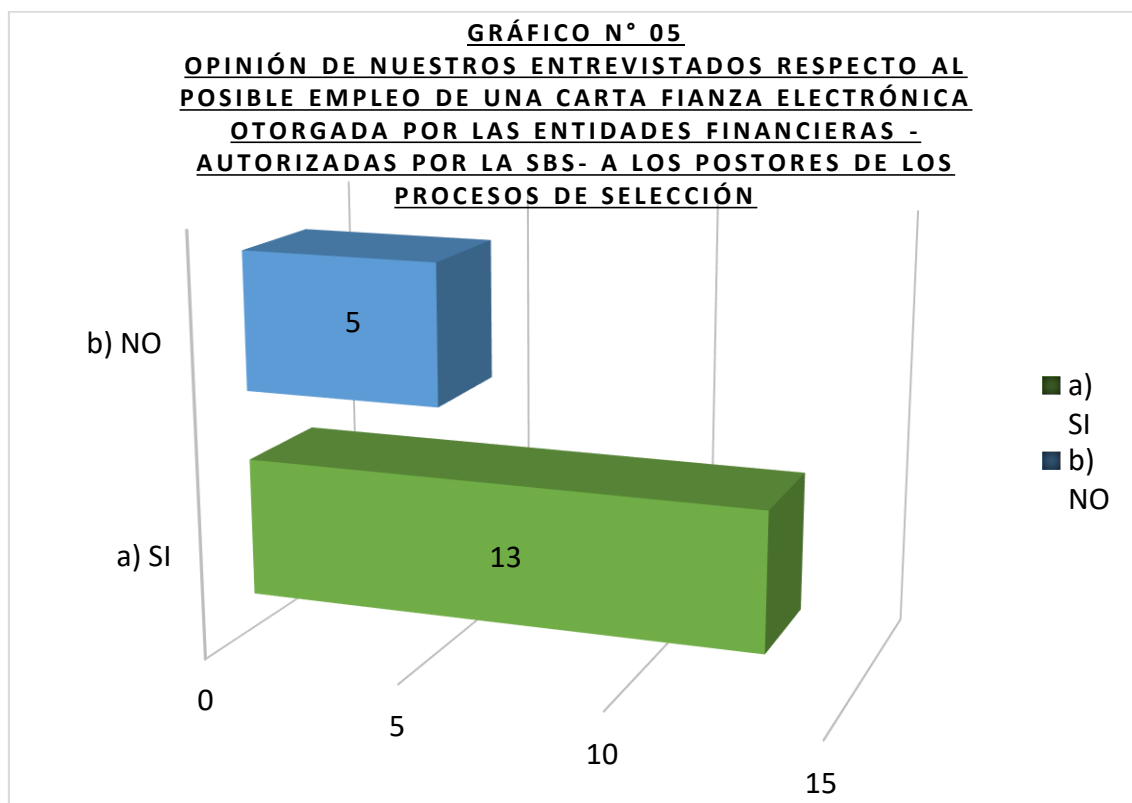
b) No

### CUADRO N° 05

#### OPINIÓN DE NUESTROS ENTREVISTADOS RESPECTO AL POSIBLE EMPLEO DE UNA CARTA FIANZA ELECTRÓNICA OTORGADA POR LAS ENTIDADES FINANCIERAS -AUTORIZADAS POR LA SBS- A LOS POSTORES DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

	#	%
A.- SI	13	72%
B.- NO	5	28%
TOTAL	18	100%

**Fuente:** Cuadro elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.



**Fuente:** Gráfico elaborado por el autor en base a la información obtenida en las entrevistas suministradas a los especialistas.

## **5.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 05**

A través del cuadro N° 05, se puede apreciar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, a quienes se les consultó si es posible emplear una carta fianza electrónica otorgada por las entidades financieras -autorizadas por la SBS- a los postores de los procesos de selección. Ante tal interrogante nuestros entrevistados manifestaron lo siguiente:

### **a. SI**

Esta opción fue considerada por 13 especialistas; que representa el 72.22% de total de entrevistados. Respecto a ello los especialistas que consideraron esta opción fueron:

- 2 abogados especialistas en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 7 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 4 docentes universitarios especialistas en Contrataciones con el Estado.

### **b. NO**

Sobre esta opción, nuestros entrevistados consideraron esta opción, representa el 27.78% del total de entrevistados. Es menester indicar que de los 5 entrevistados, estos fueron:

- 1 abogado especialista en contratación en el Estado que laboran en la oficina zonal de la OSCE – La Libertad;
- 3 abogados especialistas en contrataciones con el Estado que pertenecen al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de La Libertad;
- 1 docente universitario especialista en Contrataciones con el Estado.



**TÍTULO V**  
**DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

**SUBCAPÍTULO I**  
**ENTREVISTAS REALIZADAS A ESPECIALISTAS**

**1. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 01**

Mediante el presente cuadro, se pudo observar las opiniones provistas por nuestros entrevistados, respecto a la regulación que en general posee actualmente la garantía de fiel cumplimiento en la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento.

Ante la interrogante formulada, se ha podido apreciar que nuestros entrevistados han considerado mayormente las opciones BUENA (33%) y REGULAR (22%). En base a lo señalado, se aprecia que la mayoría de nuestros entrevistados opinan que la regulación que cuenta actualmente la garantía de fiel cumplimiento en la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento es adecuada.

No obstante, a diferencia de lo que consideran los especialistas, somos de la opinión que la actual regulación que cuenta la garantía de fiel cumplimiento en la legislación especial no es adecuada. Ello en razón a que existen durante los últimos años una serie de actos de corrupción, los cuales se iniciaron a raíz de auto fraudulentos orquestados por contratistas quienes han emitido garantía de fiel cumplimiento también denominada carta fianza.

Recientemente tomamos conocimiento de un acto de corrupción que fue realizado por el ex alcalde de Huaraz Vladimir Antonio Meza Villarreal, quien otorgo la buena pro a la empresa ejecutora PCL SRL, la cual se encontraba a cargo de la obra “Mejoramiento de la infraestructura vial de la Av. 27 de noviembre, distrito de Huaraz, provincia de Huaraz-Ancash”.

La empresa que se adjudicó dicha obra, presento dos Carta Fianza fraudulentas (garantía de fiel cumplimiento y garantía por adelanto directo), las mismas que le

fueron otorgadas en forma confusa y fraudulenta por la Financiera Efectiva S.A.C, cuyo RUC correspondía en realidad a la Financiera Huaraz S.A.C y que ambos al mismo tiempo no están bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).

En base a lo expresado, resulta necesario traer a la colación lo dispuesto por la Ley de Contrataciones con el Estado, la cual en su artículo 33° expresa literalmente que:

*“Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento.*

*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.*

*En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses legales en favor de la Entidad.*

*Las entidades financieras que emitan garantías a las que se refiere la presente Ley, facilitan el acceso de estas a las Entidades públicas beneficiarias, debiendo para el efecto implementar los mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de la presente disposición”.*

Por último, cabe señalar que, habría evidencias de que estos hayan sido falsificados por la empresa PCL S.R.L, por la incongruencia en la dirección y el RUC de la misma.

En ese orden de ideas, se evidencia que a la fecha continua el mal empleo de las cartas fianzas por parte de las empresas que se presentan a los procesos de selección. Aun cuando han existido distintos cambios normativos en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.

## **2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 02**

A través del cuadro N° 02, se pudo observar las opiniones vertidas por los entrevistados referidos a la existencia de algún vacío o deficiencia legal en la actual redacción del artículo 33° de la Ley de Contrataciones con el Estado.

En ese orden de ideas, hemos podido apreciar que la mayoría de especialistas (que representan el 61.11% del total de entrevistados) consideraron mayoritariamente que si existen algún vacío o deficiencia legal en la actual redacción del artículo 33° de la referida Ley.

En ese sentido, ahora los especialistas han procedido a especificarnos que la actual redacción del artículo 33° de la Ley de Contrataciones con el Estado, cuenta con ciertas vacíos y deficiencias legales.

Así, por ejemplo, nuestros entrevistados sostienen que es usual que los proveedores presenten garantías de fiel cumplimiento fraudulentas; ello en razón de que las normas relativas a las contrataciones con el Estado, no han regulado algún control obligatorio y preventivo antes de aceptar una Carta Fianza para luego proceder a la suscripción del contrato administrativo, que será celebrado entre el adjudicatario y la entidad estatal.

Otros especialistas consideran que debería de modificarse el artículo en cuestión, toda vez que la actual redacción nos refleja la ausencia de mecanismos preventivos y obligatorios que permitan a las entidades públicas tener la seguridad necesaria para poder suscribir futuros contratos con sus proveedores.

De manera similar a lo señalado por nuestros entrevistados, nuestra propuesta radica en que el artículo en mención -hasta la fecha- no existe un mecanismo en que la carta fianza sea remitida a la entidad pública contratante de forma directa y vía electrónica por parte de la entidad bancaria-financiera que corresponda. De esta manera, se podría solucionar los problemas con el procedimiento de presentación de la garantía de fiel cumplimiento en los procesos de compras públicas, particularmente en los procesos de obras. Asimismo, con dicha propuesta consideramos que ello no generaría un mayor costo de transacción y sin sobrecarga el proceso de ejecución contractual mediante controles innecesarios.

### **3. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 03**

El cuadro N° 03, nos presenta las opiniones vertidas por nuestros entrevistados referidos a si las Cooperativas de Ahorro y Crédito deberían o no, otorgar garantías de fiel cumplimiento. Sobre el particular, hemos podido observar que la mayoría de nuestros entrevistados consideran que las cooperativas no deberían otorgar garantías de fiel cumplimiento.

Nos aunamos a la opinión de la mayoría de nuestros entrevistados, ello en razón de que -como es de conocimiento la ciudadanía- las cooperativas de ahorro y crédito han venido emitiendo cartas fianzas fraudulentas. Para mayor abundamiento, hay que recordar el caso Orellana Rengifo, en donde se emitieron Cartas Fianzas falsas por parte de Coopex, la cual elaboraba dichas garantías para que sean presentadas por empresas constructoras a los respectivos organismos del Estado con el fin de demostrar su solvencia en un proceso de licitación. Una vez concretado el contrato, estas compañías piden un adelanto por la obra, pero después no cumplen con la obra y sencillamente desaparecen.

Cabe precisar que, para tener éxito, Coopex tuvo entre sus socios a ex jueces, figuras políticas, personajes vinculados tanto al narcotráfico como al tráfico de terrenos.

Al igual que este caso, existen muchos otros en los que se han utilizado garantías de fiel cumplimiento emitidas por estas entidades. Por ello, consideramos que no es

oportuno que las Cooperativas de Ahorro y Crédito no deberían de otorgar dichas garantías, hasta que se cuente con mecanismos apropiados que permitan evitar este tipo de inconvenientes.

#### **4. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 04**

A través del cuadro N° 04, se puede observar las respuestas provistas solo de aquellos entrevistados que respondieron negativamente a la pregunta anterior, a quienes se les consulto si consideraban si las cooperativas de ahorro y crédito deberían de contar con una supervisión más rigurosa al momento de otorgar dichas garantías.

Ante tal interrogante, la mayoría de los entrevistados, considero que era necesaria contar con una mayor supervisión por parte de la SBS y sobretodo de la FENACREP, entidad encargada de la supervisión de las Cooperativas de Ahorro y Crédito en nuestro país.

Del mismo modo, los entrevistados agregaron que, la SBS (Superintendencia de Banca y Seguros del Perú) debería de coordinar con la FENACREP, con la finalidad de hacer una supervisión más exhaustiva a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, para que de esta manera se evite la emisión de cartas fianzas sin fondos, las mismas que son empleadas dolosamente por las empresas que se presentan al proceso de selección de una obra pública.

Sobre el particular, debemos indicar que urge la necesidad de contar con una supervisión más rigurosa pues -si bien contamos con una normatividad especializada y en la que se ha precisado el empleo de las cartas fianzas- se aprecia aún que existen personas inescrupulosas que han empleado dolosamente carta fianzas sin fondos.

A lo señalado anteriormente, traemos a colación el caso acontecido en el distrito de Olmos, Lambayeque, en donde se produjo al parecer una supuesta estafa con el presupuesto de 120 millones de soles destinado a obras públicas dentro de dicho distrito.

La cooperativa de ahorro y crédito Financoop, emitió 21 cartas fianzas fraudulentas, valorizadas en 57 millones de soles, con las cuales las empresas

Ingenieros ABC Contratistas Generales SAC y Ramca Contratistas SAC, se adjudicaron un total de las siete obras públicas; las mismas que consistían en mejorar el sistema de alcantarillado en la ciudad de Olmos y la instalación del sistema de agua potable en 141 caseríos del distrito.

Cabe precisar que el alcalde de ese entonces aceptó las garantías y desembolsó casi el total de los presupuestos de las obras a pesar de que Financoop (Cooperativa de Ahorro y Crédito que emitió las Garantías de Fiel Cumplimiento) no tenía respaldo financiero ni autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

Las obras para el mejoramiento del sistema de alcantarillado y agua potable en Olmos, que debieron finalizar a fines del 2014, se encuentran abandonadas e inconclusas por las empresas contratistas.

## **5. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 05**

A través del cuadro N° 05, se pudo observar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, a quienes se les consultó si es posible emplear una carta fianza electrónica otorgada por las entidades financieras -autorizadas por la SBS- a los postores de los procesos de selección.

Ante la interrogante formulada, la mayoría de nuestros entrevistados concluyeron que si era posible emplear una carta fianza electrónica que sea otorgada por las entidades financieras -autorizadas por las SBS- a los postores de los procesos de selección.

Recordemos pues, que la garantía de fiel cumplimiento es solicitada a la entidad financiera, una vez que el postor haya ganado la buena pro. Una vez que se ha realizado ello, la entidad estatal solicitará que el ganador de la buena pro entregue un plazo perentorio la garantía de fiel cumplimiento. Luego de ello, una vez emitida (por parte de la entidad financiera) la garantía en mención el adjudicatario de la obra entregará la misma a la entidad estatal que organizó el proceso de selección.

Sin embargo, se aprecia en la realidad que muchas veces se realizan este procedimiento sin que se haga la revisión oportuna de la verificación de que dicha

garantía cuenta con los fondos suficientes. Más aún, no existe una adecuada coordinación entre la entidad financiera que emite la carta fianza con la entidad estatal que convoco al proceso de selección.

Ante ello, consideramos que, para evitar los supuestos descritos anteriormente, sería conveniente y necesario (teniendo en cuenta los altos índices de corrupción y el mal empleo de las garantías de fiel cumplimiento) contar con una plataforma digital adscritas al SEACE 3.0 (Sistema Electrónico de Contrataciones con el Estado) a fin de que las garantías de fiel cumplimiento sean admitidas y constatadas digitalmente.

Lo que postulamos ya se viene presentando en otros países de Sudamérica, tal es el caso de Costa Rica, donde existe un sistema digital, donde el contratista que ha ganado la buena pro puede pagar la garantía electrónica de cumplimiento.

El referido país a través de su legislación sobre contrataciones estatales dispone que si en las bases se ha solicitado garantía de cumplimiento (lo cual en nuestra legislación es denominada como *garantía de fiel cumplimiento*) y una vez que el acto de adjudicación ha quedado en firme, el adjudicatario puede optar por pagar en efectivo o aportar la garantía de cumplimiento a través de un Ente Garante (*es decir una entidad del sistema financiero*).

En caso opte por la emisión de una garantía electrónica, el contratista ganador de la buena pro deberá de coordina con el Ente Garante, a fin de que este le provee de número de procedimiento y solicitar la creación de una garantía electrónica. Luego, el funcionario del Ente Garante creará la garantía electrónica y la transmitirá a Mer-Link (Mercado en Línea, el cual es el sistema electrónico de las contrataciones estatales en Costa Rica) instantáneamente.

A nivel de normatividad, el país costarricense a través del DECRETO N° 3642-MP-PLAN, estableció el ***“Reglamento para la Utilización del Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea “Merk-Link”***”. En ese orden de ideas, a través de su artículo 3° define a la garantía electrónica como:

***“Es el documento electrónico que emite la entidad garante, por gestión del proveedor registrado o del adjudicatario, para salvaguardar el interés***

***institucional o para respaldar la correcta ejecución del contrato, según corresponda. Comprende la garantía de participación, cumplimiento y colateral”.***

Además de lo señalado, el mencionado reglamento dispone en su capítulo V, todo lo concerniente a las garantías electrónicas (Art. 44° al 51°). En ese sentido, en el artículo 44° se dispone las formas de rendir las garantías de participación y de cumplimiento. Así dicho artículo señala -en su inciso a)- que cuando una garantía de participación o de cumplimiento se rinda a favor de la institución usuaria que promueve el concurso mediante depósito de bono de garantía, la entidad garante que emita la garantía electrónica deberá transmitirla a Mer-link en el mismo acto de su emisión.

Mientras que, en caso se trate de una garantía de participación o cumplimiento rendida mediante certificados de depósito a plazo, bonos del Estado y sus instituciones, y cheques certificados o de gerencia de un banco del sistema bancario nacional, estos valores deberán entregarse al banco del sistema bancario nacional que el administrador de Mer-link determine para su custodia; una vez constituida la custodia, dicho banco deberá generar de inmediato un comprobante electrónico de que la garantía ha sido rendida a favor de la institución usuaria que promueve el concurso y lo registrará en el Sistema Mer-link.

Finalmente, dicho artículo -en su inciso c)- señala que en caso de una garantía de participación o cumplimiento rendida mediante dinero en efectivo, éste será depositado en una cuenta del banco del Sistema Bancario Nacional que el Administrador de Mer-link determine a nombre de la Institución Usuaria que promueve el procedimiento de contratación administrativa respectivo; una vez realizado el depósito, el banco referido emitirá un comprobante electrónico de que la garantía ha sido rendida a favor de la Institución Usuaria que promueve el concurso y lo registrará en el Sistema.

En el artículo 45° de dicho reglamento, se establece lo concerniente a la comprobación de la garantía de participación; en la que se dispone que la entidad garante o el banco del sistema bancario nacional designado por el administrador de



Mer-link debe registrar en el acto de la recepción de la garantía de participación el comprobante electrónico de que esta ha sido rendida a favor de la institución usuaria que promueve el procedimiento de contratación administrativa respectivo.

En ese sentido, continua el artículo en mención, este comprobante permanecerá encriptado e inaccesible desde su inclusión en Mer-link hasta la apertura electrónica de las ofertas, momento a partir del cual será accesible a los interesados. Esta garantía se tendrá por recibida en el momento en que la entidad garante o el banco del sistema bancario nacional designado por el administrador de Mer-link para su custodia, registre la garantía o el comprobante en Mer-link según lo señale el certificado de estampado de tiempo.

De otro lado, el artículo 48° de dicho reglamento, dispone lo concerniente a la ejecución de garantías. En ese orden de ideas, la norma señala que:

***“los procedimientos para la ejecución de garantías previstos en la Ley de Contratación Administrativa, su Reglamento y la normativa especial aplicable a las instituciones usuarias se llevarán a cabo por medio de Mer-link; de este modo las instituciones usuarias y los proveedores registrados deberán utilizar los formularios dispuestos en este Sistema para realizar estos procedimientos”.***

Sobre el particular, debemos indicar que MER-LINK es

***“el Sistema Integrado de Compras Públicas es una plataforma tecnológica para compras públicas, que permitirá a las proveedurías del Estado realizar las operaciones de compra y venta de productos y servicios en forma electrónica. Funcionará en forma de un portal de comercio electrónico que opera como una ventanilla única, accesible por medio de Internet”.*** (SICOP)

Costa Rica adoptó el modelo de compras públicas de Corea del Sur, debido a que la misma es el líder mundial en compras electrónicas, mediante su sistema de gestión denominado Koneps (Korea On Line e-Procurement System), el mismo que ha sido catalogado como el “Marketplace” electrónico más grande del mundo.

De esta manera, a través del empleo del MER-LINK (que en nuestra realidad vendría ser el Sistema Electrónico de Contrataciones con el Estado o SEACE) se

realiza un adecuado control y supervisión desde la emisión hasta la entrega de las garantías de fiel cumplimiento, evitando con ello la actitud dolosa por parte de los contratistas y de terceros que no llegan a cumplir con la ejecución de la obra pública. Generando serios problemas al Estado, por su actuar doloso.

**TÍTULO VI**  
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

**CONCLUSIONES**

1. La inclusión de la carta fianza electrónica en los procesos de selección regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento; incidirá positivamente en la acreditación tanto en la solvencia económica como de la seguridad jurídica de las propuestas presentadas por los proveedores, que contraten al amparo de dicha normativa; permitiendo a su vez la verificación del cumplimiento de dicha garantía.

Del mismo modo, con dicha implementación se evitará los constante actos de corrupción que se venía presentando con la anterior Ley y que aún vienen generando serios perjuicios al Estado y directamente a la ciudadanía, tal y como se detalla en los casos señalados en la discusión de resultados de la presente investigación.

Asimismo, con la inclusión de la carta fianza electrónica, permitirá una coordinación idónea entre las entidades del sistema financiero que otorgan la garantía, el contratista ganador de la buena pro y la entidad estatal que requiere los servicios para la ejecución de la obra pública.

2. En la presente investigación se ha analizado la figura de la carta fianza, apreciando que si bien existe una adecuada regulación normativa, tanto en la Ley de Contrataciones con el Estado vigente como en su reglamento, es evidente que se requiere cambios que permitan su adecuado empleo y funcionamiento. De esta manera, se realizarán contrataciones de formas transparentes y eficientes.
3. A través de la presente investigación se establece la problemática que se ha ocasionado a partir de la proliferación del empleo de las cartas fianzas, por parte de proveedores que contratan con el Estado; demuestran que a la fecha -aun cuando se han realizado cambios oportunos a la legislación especial- continúan presentándose documentación falsa o inexacta, en los procesos de selección; por lo que los postores que -luego de adjudicarse la buena pro- presente a la entidad contratante las garantías

que son falsas, y que en muchos casos son emitidas por Cooperativas que no se encuentran -inclusive- bajo la supervisión de la SBS; o, dichas garantías no cuenta con los fondos que son solicitados por la entidad estatal para asegurar el cumplimiento de su obligación contractual.

4. De otro lado, se ha verificado a través de la búsqueda de información que Costa Rica cuenta con un Sistema de Contrataciones en el que ya se vienen empleando desde hace más de ocho años, las denominadas garantías electrónicas. Así, el sistema denominado MER-LINK (un sistema de contrataciones muy similar al SEACE que opera en nuestro país), ha permitido la coordinación directa entre las entidades garantes (bancos autorizados por la Secretaria Técnica de Gobierno Digital de Costa Rica -SICOP-) con las entidades que convocan a proceso de contratación.

De esta manera, mediante el uso del mencionado sistema de contratación se realiza un adecuado control y supervisión desde la emisión hasta la entrega de las garantías de fiel cumplimiento, evitando con ello la actitud dolosa por parte de los contratistas y de terceros que no llegan a cumplir con la ejecución de la obra pública; acreditando -desde otro punto de vista- la solvencia económica del adjudicatario y otorgando una mayor seguridad jurídica de las contrataciones estatales.

## RECOMENDACIONES

1. Proponemos los siguientes cambios normativos tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en su Reglamento, a fin de incorporar las denominadas garantías electrónicas en nuestro ordenamiento jurídico:

<u>ARTICULO 33°.- GARANTÍAS</u> <u>REDACCIÓN ACTUAL</u>	<u>ARTICULO 33°.- GARANTÍAS</u> <u>REDACCIÓN PROPUESTA</u>
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO – LEY N° 30225</p> <p>Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento.</p> <p>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.</p> <p>En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses legales en favor de la Entidad.</p> <p>Las entidades financieras que emitan garantías a las que se refiere la presente Ley, facilitan el acceso de estas a las Entidades públicas beneficiarias, debiendo para el efecto implementar los mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de la presente disposición.</p>	<p>Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento.</p> <p>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.</p> <p><b><i>“Asimismo, las entidades financieras supervisadas por la SBS, podrán emitir garantías a través de medios electrónicos siempre y cuando la entidad convocante lo autorice”</i></b></p> <p>En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses legales en favor de la Entidad.</p> <p>Las entidades financieras que emitan garantías a las que se refiere la presente Ley, facilitan el acceso de estas a las Entidades públicas beneficiarias, debiendo para el efecto implementar los mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de la presente disposición.</p>

<u>ARTICULO 125°.- TIPO DE GARANTÍAS</u> <u>REDACCIÓN ACTUAL</u>	<u>ARTICULO 125°.- TIPO DE GARANTÍAS</u> <u>REDACCIÓN PROPUESTA</u>
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO – D.S. N° 350-2015-EF</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p><b><i>“Del mismo modo, el postor y/o contratista, podrá coordinar con una entidad financiera autorizada por la SBS, para que esta pueda emitir a su favor una garantía electrónica, siempre y cuando la entidad convocante lo autorice en sus bases”.</i></b></p>

2. Recomendamos que las entidades financieras que emitan las garantías; se encuentren obligadas bajo responsabilidad a publicar dichas garantías en su portal web a la cual se tendrá acceso en forma gratuita.
3. Recomendamos que la SBS, la OSCE y las entidades públicas contratantes se encuentren obligadas, bajo responsabilidad a publicar dichas garantías en su portal web a la cual se tendrá acceso en forma gratuita.
4. Recomendamos que los responsables de los procedimientos de selección y los responsables de verificar las garantías en cada entidad, realicen el cruce de información respectivo antes de la suscripción del contrato, dejando constancia de su actuación, bajo responsabilidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (2013). Diccionario Civil. Lima: Gaceta Jurídica.
- ACQUIRE. (2011). *La programación y actos preparatorios del abastecimiento*. Recuperado de: <http://www.acpuju.com/2011/03/articulo-la-programacion-y-actos-preparatorios-del-abastecimiento/>
- Álvarez Pedroza, A. (2006). *Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. Tomos I y II. Lima: Marketing Consultores.
- Arteaga Zegarra, M. (2007). *La Contratación Pública en el Marco del TLC Perú – EE.UU.* En: Revista de Derecho y Sociedad. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Brewer Carias, A. (1981). *La Evolución del Concepto de Contrato Administrativo*. En: Libro homenaje al Profesor Antonio Morales C. Caracas: Editorial de la Universidad Central de Venezuela.
- Cabanellas, G. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cervantes Anaya, D. (2010). *Manual de Derecho Administrativo*. (6ta Ed.). Lima: Editora Rodhas.
- Comadira, J. (2000). *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*. Buenos Aires: Depalma.
- Córdova Schaefer, J. (2009). *La Nueva Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.
- Danós Ordóñez, J. (2007). *El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú*. En: Revista de Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores.
- Dirección Técnico Normativa del OSCE. (2012). *Opinión N° 068-2012/TDN*. Recuperado de: [www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/068-12%2520-%2520PRE-LA%2520POSITIVA%2520SEGUROS%2520Y%2520REASEGUROS%2520-%2520Garantias.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe](http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/068-12%2520-%2520PRE-LA%2520POSITIVA%2520SEGUROS%2520Y%2520REASEGUROS%2520-%2520Garantias.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe)
- Dromi, R. (1995). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (1996). *El procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. (10ma Ed.). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- El Comercio. (2015). *¿Cuál es el costo de la corrupción en el Perú?* Recuperado de: <https://elcomercio.pe/politica/actualidad/costo-corrupcion-peru-informe-385423>
- Escribano Testaud, P. & Benavente Cózar, M. (2003). En: Ariño y Asociados. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tomo II. La gestación del Contrato. Granda: Editorial Comares S.I.
- Flames, A. (2012). *Trabajo de grado cuantitativo y cualitativo. Orientación para la presentación de los Trabajos de Grados*. Caracas: Universidad Bolivariana de Venezuela.
- García Chávez, O. (2015). *Cambios e Innovaciones introducidas en la Ley N° 30225. Ley de Contrataciones del Estado*. Recuperado de: <http://www.parthenon.pe/publico/administrativo/cambios-e-innovaciones-introducidas-en-la-ley-no-30225-ley-de-contrataciones-del-estado/>
- García de Enterría, E. & Fernández, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo I, II*. Madrid: Civitas.
- García-Travijano Garnica, E. (1997). *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*. Madrid: Civitas.
- Gordillo, A. (1982). *Los contratos administrativos*. En: *Contratos administrativos, régimen de pago y actualización*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.
- Hoyos Elizalde, C. (2012). *El seguro de caución*. Lima: Instituto de Ciencias del Seguro-Fundación MAPFRE..
- Linares Jara, M. (2002). *El contrato Estatal*. Lima: Edit. Grijley - Linares Consultores.
- Montoya Manfredi, U. (1999). *Derecho Comercial*. Tomo I. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Morante Guerrero, L. (2014). *Análisis comparado de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225*. Parte I. En: Actualidad Gubernamental. N° 70- Agosto 2014. Lima: Instituto Pacifico.

- Morante Guerrero, L. (2014). *Análisis comparado de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225*. Parte II. En: Actualidad Gubernamental. N° 71- Septiembre 2014. Lima: Instituto Pacifico.
- Moreno Molina, J. (2008). *Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. En: Revista Jurídica de Navarra. Gobierno de Navarra: Edit. Fundación Dialnet.
- Morón Urbina, J. & Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la Contratación Estatal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ortega Piana, M. (2006). *Garantías en la contratación administrativa: comentarios respecto a la póliza de caución*. En: ATHINA, Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima. N° 1. 2006.
- OSCE. (2007). *Resolución del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N° 1145/2007.TC-S4*. Recuperado de: <http://www.osce.gob.pe/tribunal/ResTrib2007/RES1445-2007-TC-S4.htm>
- Párraga Espinoza, J. (2005). *Las garantías requeridas en la contratación pública*. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo N° 138. Mayo 2005. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pedreshi Garces, W. (2015). *Aproximaciones al régimen de contratación directa en la Nueva Ley de Contratación del Estado. A propósito de la Ley N° 30225, cuya publicación fuera dispuesta mediante Resolución Ministerial n° 216-2015-EF/15*. En: Revista Derecho y Sociedad. N° 44. junio de 2015. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Católica del Perú.
- Región La Libertad. (2017). Detectan a empresas postoras que falsificaron documentos para obra de reconstrucción. Recuperado de: <http://www.regionlalibertad.gob.pe/noticias/regionales/7845-detectan-a-empresas-postoras-que-falsificaron-documentos-para-obra-de-reconstruccion>
- Retamozo Linares, A. (2005). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Lima: Jurista Editores.
- Retamozo Linares, a. (2016). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control*. Tomo I. (11va Ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Revista Gana Mas. (2016). Tribunal de contrataciones inhabilito a 65 proveedores por presentar documentación falsa. Recuperado de: <http://revistaganamas.com.pe/tribunal-de-contrataciones-inhabilito-a-65-proveedores-por-presentar-documentacion-falsa/>
- SICOP. *Información de Mer-Link*. Recuperado de: [https://www.mer-link.co.cr/portal/html/pg/PT\\_PGJ\\_QMQ001.html](https://www.mer-link.co.cr/portal/html/pg/PT_PGJ_QMQ001.html)
- Zavala, V. (2016). *Urge revisar y corregir las normas sobre contrataciones del Estado*. En: Revista La Cámara. N° 735. Del 18 al 24 de julio de 2016. Lima: Cámara de Comercio de Lima.