



La problemática en la validación de las garantías como requisito fundamental para el perfeccionamiento del contrato en el ámbito de las Contrataciones con el Estado

The Problem in the Validation of the Guarantees as a Fundamental Requirement for the Perfection of the Contract in the Field of Contracts with the State

Yovan Mendoza Gamboa^[*]

RESUMEN: En este artículo, el autor analiza lo referido a las garantías, consideradas estas como uno de los requisitos fundamentales para el perfeccionamiento del contrato en el ámbito de las contrataciones públicas. Se explica la importancia de este documento, advirtiendo que, para acreditar su validez, no existen mecanismos eficaces que permitan su adecuada verificación.

PALABRAS CLAVE: garantías, supervisión, nulidad, responsabilidades y obligatoriedad.

ABSTRACT: In this article, the author analyzes what refers to guarantees, considering this as one of the requirements for the completion of the contract in the field of public procurement. The importance and validity of this document is explained, noting that there are not effective mechanisms that allow its adequate verification.

KEYWORDS: guarantees, supervision, nullity, responsibilities and obligation.

[*] Abogado (Universidad Andina del Cusco). Maestro en Economía (Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco). Actualmente es Responsable de la Oficina Desconcentrada del OSCE en Cusco, docente universitario en la Universidad Continental y anteriormente en la UNSAAC y la UNA. Ha participado en el Taller Internacional «Desarrollos Regulatorios sobre la Contratación Pública Organizado por la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, OEA, BID y OSCE», ha cursado un diplomado Internacional en Contrataciones Estatales en la Universidad del Rosario-Colombia y otros diplomados y cursos en la ESAN, PUCP entre otras universidades. «Las declaraciones, comentarios u opiniones expresadas son a título personal y de mi exclusiva responsabilidad. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE no avala ni se responsabiliza por ellas».

I. INTRODUCCIÓN

Distinguido lector, el presente artículo no pretende abrazar un lenguaje retórico, sino —al contrario— alcanzarte con palabras simples, pero bien concienzudas, un análisis para determinar qué tan viable es verificar si las garantías cumplen con las exigencias expresadas en la normativa de contrataciones con el Estado, referidas a la clasificación de riesgos; para ello, pasaremos por describir sus condiciones y requisitos, así como las responsabilidades que involucran a las entidades al momento de su verificación y a los postores encargados de presentarlas para el perfeccionamiento del contrato. A partir de ello, espero generar interés en la lectura de este breve artículo y, aun siendo nuestros tiempos cada vez más fugaces pero muy valiosos, merecemos un espacio para dedicarnos a analizar aquellos temas que nos apasionan, como es el caso de las Contrataciones con el Estado, por ello, estoy seguro que te será de mucha utilidad este artículo, y por qué no, un motivo más para seguir investigando y proponiendo mejoras en las compras públicas para alcanzar el tan ansiado enfoque por resultados.

Para ir centrándonos en el tema, recordemos que mediante Decreto Supremo N.º 082-2019-EF se aprobó el TUO de la Ley N.º 30225: Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), de igual forma, el 31 de diciembre de 2018 se publicó el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF que aprueba el nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento) entrando en vigencia el 30 de enero de 2019, con fe de erratas del 12 de enero de 2019, el mismo que derogó el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

La referida derogación, trajo consigo varios cambios, entre ellas: mayor empoderamiento del OSCE en la acción supervisora, se modifican los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, se aclaran y amplían las causales de subsanación de ofertas, se indica que tanto las ofertas y sus subsanaciones se

presentan de manera electrónica a través del SEACE, se modifican los plazos de la subsanación de documentos para la suscripción del contrato, entre otros. Sin embargo, la modificación referida a las garantías, es la que particularmente nos llama la atención, siendo su análisis el sentido fundamental que le otorgo a esta publicación.

Si bien es cierto, los cambios realizados contribuyen a la transparencia y optimización de la contratación pública, me llama mucho la atención lo estipulado en el artículo 148 del Reglamento que a la letra dice:

Los documentos del procedimiento de selección establecen el tipo de garantía que corresponde sea otorgada por el postor y/o contratista, pudiendo ser carta fianza y/o póliza de caución emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior.

Para mejor ilustración, a continuación, mostramos un cuadro comparativo sobre las modificaciones sobre los tipos de garantías:

Tabla 1
Cuadro comparativo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Decreto Supremo N.º 350-2015-EF	Decreto Supremo N.º 344-2018-EF
<p>Artículo 125.- Tipos de garantía</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>Artículo 148. Tipos de garantía</p> <p>Los documentos del procedimiento de selección establecen el tipo de garantía que corresponde sea otorgada por el postor y/o contratista, pudiendo ser carta fianza y/o póliza de caución emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Precisada la introducción al presente artículo, en las siguientes líneas abordaremos los temas más relevantes que tienen por objetivo esclarecer la problemática respecto a la verificación de la validez de las garantías, conjuntamente con aquellos otros aspectos normativos relacionados a la fase de la contratación pública, denominada ejecución contractual, considerada como una de las etapas más importantes para alcanzar la finalidad pública que persigue el Estado en beneficio del interés general.

II. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL

La contratación pública —como sabemos— tiene una base constitucional, tal como señala el artículo 76 de la Constitución Política del Perú (1993), cuando precisa que:

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades; de ahí la importancia de conducir con transparencia y eficiencia los recursos públicos del Estado que demanda la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras.

Bajo esa premisa, el procedimiento de selección es, de acuerdo a Guzmán (2020):

La segunda etapa del proceso de contratación es administrativa y consiste en el procedimiento administrativo requerido a fin de determinar con quién se va a contratar. Este procedimiento es de especial importancia a fin de escoger a aquel postor que sea el más idóneo, por lo cual debe tramitarse con la mayor eficiencia (p. 343).

De acuerdo con las definiciones del Reglamento:

El procedimiento de selección es el procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 29 del TUO de la Ley N.º 27444, el procedimiento administrativo es «el conjunto de actos y diligencias tramitadas en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados». Por tanto, «el procedimiento se trata de una cadena cuyos elementos se articulan por un vínculo común y proyección unitaria, pero sin confundir su individualidad propia» (Morón Urbina, 2021, p. 389).

Por otra parte, cuando nos referimos a la etapa de ejecución contractual, recordamos que una de las causales por las cuales culmina el procedimiento de selección es a consecuencia del perfeccionamiento del contrato. El Reglamento, para tal efecto, en el numeral 136.1 del artículo 136 ha precisado que «una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar», y en caso se incumpla con este mandato podría acarrear alguna responsabilidad por parte de la Entidad contratante o el postor adjudicatario. Para tal efecto, el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF^[1] (2018), establece que «para perfeccionar el contrato se exige al postor adjudicatario debe cumplir con ciertos requisitos, entre ellos presentar las garantías, salvo casos de excepción».

[1] Revisar el numeral 139.1 y 139.2 del artículo 139 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El jurista peruano Alberto Retamozo (2006), nos alcanza unas espléndidas definiciones del contrato, cuando en su libro cita a varios juristas como Messineo, quien lo entiende como «un pacto, es decir, un acuerdo de voluntades, capaz —cualquiera sea su contenido— de dar vida a una obligación»; de igual forma cita a Atilio Anibal Alterini, quien lo asume como el acto jurídico «por el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales».

Estas son definiciones que se enmarcan dentro de la clásica conceptualización del «acuerdo de voluntades»; finalmente, cita a Manuel de la Puente y Lavalle, quien formula las limitaciones de la misma cuando una de las partes es la Administración Pública, precisando que la realidad es distinta pues existen relaciones de Derecho Público y de Derecho Administrativo en las cuales, dada la singularidad de intervenir el Estado como una de las llamadas partes contratantes, aun cuando actúe como persona jurídica de Derecho Público interno, el natural imperio de su posición en la relación jurídica, los altos intereses que se protege y la presunción de legitimidad de sus actos, determinan que no puedan aplicarse a tales relaciones de las que es parte el Estado las reglas generales que rigen los contratos de Derecho Privado (Retamozo, 2016, p. 23).

III. VALIDACIÓN DE LAS GARANTÍAS

De acuerdo al cuadro comparativo mostrado en la Tabla 1, los tipos de garantías pueden ser: carta fianza y/o póliza de caución emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior; por tanto, cuando nos encontramos en la etapa de suscripción del contrato o posterior a esta, deben ser presentadas, salvo casos de excepción, para su perfeccionamiento o, en el caso de modificaciones contractuales, para ampliar su vigencia, reducirlas o incrementar-

las en caso se trate de una ampliación de plazo, reducción o adicional respectivamente.

Como se señaló en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 1444, las disposiciones normativas previstas responden a la necesidad de optimizar y simplificar los procesos de contratación pública, mediante el desarrollo de mecanismos que promuevan la competencia efectiva, la transparencia, el control ciudadano y la rendición de cuentas; así como impulsar la estandarización de requerimientos que permitan reducir el margen de error en las actuaciones preparatorias, disminuir el riesgo de direccionamiento, eliminar barreras de acceso, acortar los plazos de atención de las necesidades del Estado y reducir la litigiosidad en las contrataciones.

Y así se continúa mencionando que el Reglamento «busca completar la tarea iniciada, consolidando políticas de transparencia, modernización y simplificación de las contrataciones públicas, de manera que éstas se constituyan en un valioso instrumento de gestión para atender las demandas de la comunidad» (p. 1). Para ello, se han considerado las tendencias mundiales vigentes y la nueva visión del esquema de compras públicas que se encuentra orientada a implementar procedimientos flexibles, simplificados e integrados con los sistemas administrativos transversales que permitan a los funcionarios gestionar sin prescindir de cumplir con los criterios de eficiencia, transparencia y rendición de cuentas que rigen la contratación pública, así como los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en la materia.

Traigo a colación los precitados párrafos, con la intención de demostrar que uno de los principales objetivos de la aprobación del Reglamento, de acuerdo con su Exposición de Motivos, fue «eliminar barreras de acceso, acortar los plazos de atención de las necesidades del Estado y reducir la litigiosidad en las contrataciones, así como abogar por la simplificación de las contrataciones públicas» (p. 1).

Sin embargo, para verificar la validez de las garantías, no se dedicó ningún párrafo para aclarar cuál era la intención del legislador en esta parte sustancial de las garantías contractuales.

IV. PROBLEMAS PARA INTERPRETAR LOS VALORES/PROGRAMAS Y CLASIFICACIÓN VIGENTE

Para mejor ilustración del tema en análisis, ponemos el ejemplo de las bases estándar para convocar una licitación pública, no sin antes aclarar que las bases aprobadas para ser aplicadas conjuntamente con el Reglamento fueron dispuestas en la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD aprobadas por Resolución N.º 13-2029-OSCE, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 29 de enero de 2019. A la fecha, estas fueron modificadas por varias Resoluciones de Presidencia del OSCE; sin embargo, la más reciente es la Resolución N.º 100-2021-OSCE/PRE, vigente a partir del 12 de julio de 2021. Adicionalmente debo aclarar que la parte referente a los requisitos de las garantías establecidas en el numeral 3.3 del capítulo III del contrato, permanecieron incólumes. Es así que a continuación recogemos lo que exigen las bases respecto a los requisitos y las condiciones que deben contener las garantías.

El referido numeral dispone que:

Las garantías que se presenten deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad. Asimismo, deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B o superior. Asimismo, 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.

Por tanto, como puede apreciarse del párrafo precedente, no hace más que recordar a las entidades lo que concretamente ha indicado el artículo 148º del Reglamento, es decir, tomar en cuenta que la SBS es la entidad constitucional autónoma encargada de autorizar a diferentes entidades financieras, emitir garantías que cumplan con ciertas condiciones y sobre todo que cuenten con clasificación de riesgo B o superior.

Las referidas bases continúan mencionando lo siguiente:

Corresponde a la Entidad verificar que las garantías presentadas por el postor ganador de la buena pro y/o contratista cumplan con los requisitos y condiciones necesarios para su aceptación y eventual ejecución, sin perjuicio de la determinación de las responsabilidades funcionales que correspondan.

Al respecto, es importante señalar que el precitado párrafo, advierte a las entidades sobre las responsabilidades esenciales que, eventualmente podrían asumir si y solo si no verifican los requisitos y condiciones mínimas que deben contener las garantías. Para tal efecto, es preciso citar el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley, sobre responsabilidades esenciales. En este artículo se precisa lo siguiente:

Los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vin-

cule a las personas señaladas en el párrafo anterior con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

De ello podemos colegir que, si bien es cierto que la entidad es la que debe conducir de manera eficiente el proceso de contratación, también es cierto que, de no cumplir con esta obligación, podría incurrir no solo en una responsabilidad administrativa, sino también civil o inclusive penal. Sobre estas responsabilidades no nos ocuparemos necesariamente en el presente artículo por ser bastante amplio y parte de otro tema de análisis y explicación. Sin embargo, lo que advierte la Ley, son aquellas responsabilidades que podrían asumir los servidores o funcionarios públicos, involucrados en la fase de selección y ejecución contractual.

Así mismo, la Ley, en el numeral 10.1 del artículo 10 menciona que «la Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. El hecho de que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder».

Ahora, debemos tener claro que la responsabilidad en la supervisión de la contratación pública no compete únicamente a la entidad, sino también al contratista; de tal forma que se vincula a ambos a cumplir con lo que les exige la Ley para suscribir contratos con el Estado; de igual forma, ambas partes estarán bajo la lupa (a modo de metáfora) de las entidades encargadas de supervisar su cumplimiento, ya sea la Contraloría General de la República para el primero y el OSCE para el segundo. En ese sentido, recordemos que es el postor adjudicado quien debe presentar su garantía ante la entidad, cumpliendo con los requisitos y condiciones exigidas por el Reglamento, ya que según el TUO de la Ley N.º 27444^[2] establece los deberes generales de los administra-

dos en el procedimiento (TUO de la ley N.º 27444, 2019, p. 16).

Continuando con lo instaurado por las referidas bases, esta nos recuerda que los funcionarios de las Entidades deben tener especial cuidado en no aceptar garantías emitidas bajo condiciones distintas a las ya establecidas; además, claramente se estipula que, la clasificadora de riesgo que asigna la clasificación a la empresa que emite la garantía, debe encontrarse listada en el portal web de la SBS. Para ello, se debe verificar en la página web de la clasificadora de riesgo, cuál es la clasificación vigente de la empresa que emite la garantía, considerando la vigencia a la fecha de emisión de la garantía.

De la misma forma, este documento de los procedimientos de selección, resalta lo prescrito por el artículo 148 del Reglamento, cuando indica que la clasificación de riesgo B, incluye las clasificaciones B+ y B. Adicionalmente, nos advierte que, si la empresa que concede la garantía cuenta con más de una clasificación de riesgo emitida por distintas empresas que se encuentran en el portal web de la SBS, será suficiente que en una de ellas cumpla con la clasificación mínima establecida en el Reglamento. En caso de dudas sobre la clasificación de riesgo, se deberá consultar a la propia empresa clasificadora de riesgos.

Finalmente, es importante recalcar que son los funcionarios de las entidades quienes deberán verificar la autenticidad de la garantía. Para ello, podrán efectuar la consulta web, o vía teléfono u otros mecanismos que permitan comprobar su legitimidad.

Como podemos advertir, las bases nos alcanzan en forma general aquellos mecanismos que debe seguir la entidad para identificar la clasificación de riesgos de garantías, así como su vigencia y de igual forma advertir si la empresa emisora se encuentra autorizada por la SBS para emitir garantías.

^[2] Revisar numeral 67.4 del artículo 67 del TUO de la Ley N.º 27444.

A continuación, se muestra el ejemplo de dos listados de diferentes empresas que asignan determinada clasificación de riesgos a varias entidades financieras. Permítaseme aclarar que mi intención no es cuestionar la información contenida en los siguientes gráficos ni mucho menos verificar si las entidades financieras aba-

jo detalladas están o no autorizadas por la SBS para emitir garantías, sino más bien, el propósito es mostrar esta información tal cual es mostrada en los portales web de estas empresas, para luego comentar lo relacionado a lo que venimos analizando, sobre la identificación y verificación de las categorías de riesgo de las garantías.

Tabla 2
Reporte de clasificadora de riesgos

Emisores	Valor/Programa	Clasificación Vigente	Perspectiva
Banco Pichincha del Perú	Depósitos a corto plazo	CLA-1	Negativos
	Depósitos a largo plazo	AA	
	Bonos corporativos	AA	
	Bonos subordinados	AA	
Banco Interamericana de Finanzas	Depósitos a corto plazo	CLA-1+	Estables
	Certificados de Depósitos Negociables	CLA-1+	
	Bonos Subordinados	AA	
	Acciones Comunes	1ra Categoría	

Fuente: Class & Asociados SA-Clasificadora de Riesgo (Class & Asociados S.A, 2021)

Tabla 3
Reporte de clasificadora de riesgos

Emisor	Valor o Programa	Clasificación Vigente	Perspectiva
Citibank del Perú	Rating de la Institución	A+	Estable
	Depósitos a Plazos menores a un año	CP-1+(pe)	
	Depósitos de Mediano y Largo Plazo	AAA(pe)	Estable
Caja Municipal de Arequipa	Rating de la Institución	B+	Estable
	Depósitos a Corto Plazo	CP-1-(pe)	
	Depósitos a Largo Plazo	A+(pe)	Estable
	Primer Programa de Certificados de depósitos Negociables	CP-1-(pe)	

Fuente: Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. - Clasificadora de Riesgo (Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C, 2021).

Para fines didácticos, hemos recortado los gráficos precedentes para mostrar lo que nos importa analizar, ya que el contenido original contiene varias entidades financieras e información adicional como fechas de aprobación de la cla-

sificación, informe vigente e informe anterior. Por tanto, lo que podemos distinguir en las tablas 2 y 3 son diversos ítems, llámese emisor, valor o programa, clasificación y perspectiva. Respecto al primer ítem, indica las entidades financieras;

el segundo, referido al valor o programa, tiene varios indicadores o productos propios de cada entidad financiera. En el caso de la clasificación vigente, advertimos que existen varios puntajes o asignación de clasificación; y, finalmente, la perspectiva precisa si determinados productos son estables o negativos.

Teniendo en cuenta que el Reglamento exige que las entidades del sistema financiero y aseguradoras, además de estar autorizadas por la SBS, cuenten con clasificación de riesgo B o superior, recordemos que corresponde a la entidad verificar dichos requisitos o condiciones; es en ese sentido que al visualizar dichos reportes de clasificación de riesgos, a simple vista no pareciera contar con información amigable y fácil de interpretar, más aún porque lo primero que vemos son varios programas y clasificaciones, y dentro de las clasificaciones tenemos por ejemplo AA, AA-, A+ o B+. A partir de ello, ¿debemos considerar que estos tipos de clasificaciones son superiores a B? O más bien, ¿están por debajo o en el mismo nivel? ¿O el valor y programa no se refiere a las garantías emitidas por las entidades financieras? ¿O el hecho de indicar que tiene una perspectiva negativa estaría otorgando una clasificación inválida a una determinada garantía?

Como se puede apreciar, son varias las incógnitas que surgen a partir de este análisis; y, por tanto, merecen una pronta atención o aclaración que beneficie a la supervisión o verificación que efectúen las entidades. Además de ello, como ya mencionamos anteriormente, las bases precisan que en caso exista alguna duda sobre la clasificación de riesgo asignada a la empresa emisora de la garantía, se deberá consultar a la clasificadora de riesgos respectiva. Tomando ello en cuenta, nos deberíamos preguntar de qué plazo dispone las empresas clasificadoras de riesgos para atender las consultas de las entidades, y en caso no reciban respuesta oportuna, ¿cómo procedería la entidad? ¿Admitiría o no estas garantías?, porque como se sabe, el reglamento solo otorga un plazo de dos días hábiles a las entidades para verificar si el postor adjudicado cumple o no

con presentar entre varios requisitos, las garantías dentro del marco de la normativa vigente.

El OSCE, a través de la Opinión N.º 009-2020/DTN, declara que le corresponde a la Entidad verificar que las garantías presentadas por el postor ganador de la buena pro y/o contratista cumplan con los requisitos y condiciones necesarias para su aceptación y eventual ejecución, sin perjuicio de la determinación de las responsabilidades funcionales que correspondan.

Adicionalmente, la Opinión nos refiere que los postores y/o contratistas son responsables de presentar garantías que cumplan con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado. Ahora, si bien es cierto que resulta indispensable aplicar procedimientos que coadyuven en la verificación de estas garantías, también es cierto que estos mecanismo no deberán constituir barreras de acceso para contratar con el Estado; en esa medida, la propia Opinión nos da como alternativa que la Entidad pueda solicitar, por ejemplo, que los postores o contratistas sean quienes se encarguen de alcanzar la información adicional a la entidad, para identificar de manera inmediata la clasificadora de riesgos que asignó la clasificación a la empresa que emitió la garantía o una impresión de la página web en la que se evidencie la clasificación otorgada (OSCE Opinión N.º 009-2020/DTN, 2020).

A partir de esta interesante Opinión, se advierte a las entidades la responsabilidad que asumen en caso les corresponda hacer esta verificación, entendida esta como una obligación y no como facultad. Por otro lado, podemos rescatar la recomendación que se hace a las entidades de poder solicitar al postor adjudicado un documento adicional que permita identificar la clasificadora de riesgos asignada a la empresa que emitió la respectiva garantía.

Sin embargo, ¿qué pasaría si el postor adjudicado no adjunta la referida información adicional?, ¿sería responsable administrativamente?, ¿estaría el postor obligado a presentar dicho documento adicional pese a que el reglamento no lo exige?, ¿surgiría entonces

la pérdida automática de la buena pro? Son otras interrogantes que nacen a partir de esta opinión en relación a los requisitos exigidos en el Reglamento y las bases estándar. Al respecto, no olvidemos que el Tribunal Constitucional ha dejado sentado su fundamento respecto a los principios administrativos de la contratación pública, de manera que no se vean amenazados los intereses de los proveedores y en riesgo la finalidad pública que persiguen las entidades. Al respecto, el expediente N.º 00017-2011-PI/TC expresa que:

Se debe (...) garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (Exp. N.º 020-2003-AI).

De igual forma, tengamos presente que ante cualquier irregularidad o vicio en la etapa de procedimiento de selección descrita en el artículo 44 de la Ley^[3] (TUO de la Ley N.º 30225, 2019), trae consigo la nulidad en esta etapa:

El deslinde de responsabilidades al interior de la entidad o inclusive la responsabilidad del postor en caso no cumpla con presentar la garantía respetando sus condiciones mínimas y peor aún generaría el retraso en el perfeccionamiento del contrato y su posterior ejecución para alcanzar la finalidad pública que busca todo tipo de contratación con el Estado.

Esta acción depuradora del proceso solo puede declararse hasta antes de la celebración del contrato y su principal efecto es retrotraer el proceso de selección hasta el momento en que se incurrió en el vicio identificado, para que se sanee el defecto y se renueve un pro-

ceso de selección correcto legalmente. Los postores que no se sientan conformes con la nulidad del proceso pueden impugnar dicha decisión ante el Tribunal de Contrataciones del Estado (Morón, 2016, p. 578).

La otra posibilidad sería declarar la nulidad en la etapa de ejecución contractual según reza el mismo artículo de la Ley.

V. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que los mecanismos de verificación de las garantías son poco amigables, considero que sería necesario que la entidad financiera o aseguradora, quien emite las cartas fianzas o pólizas de caución respectivamente, acompañe a estas un documento que permita acreditar si la garantía solicitada por el postor adjudicado cuenta con la clasificación de riesgo B o superior. O mejor aún, que en la propia garantía contenga un apartado o pie de página donde claramente se exprese la clasificación requerida por el Reglamento.

Es cierto que hubo varias modificaciones al Reglamento, pero también es cierto que mientras no haya una modificación normativa relacionada al tema materia de análisis, es poco probable que se exija que la primera conclusión se materialice en el corto plazo.

Considero, además, tomar en cuenta la importancia de las precisiones citadas en la Opinión 09-2020/DTN, al disponer que tanto los postores como contratistas puedan contribuir con la oportuna identificación de la clasificación de riesgos de las garantías, de manera que la Entidad así como el contratista puedan coadyuvar a la transparencia y eficiencia de la contratación pública, sin que ello signifique imponer barreras burocráticas que menoscaben los principios recogidos por la Ley y dilate innecesariamente la finalidad pública de determinada contratación.

[3] Revisar el numeral 44.1 y 44.2 del artículo 44 texto único ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Adicionalmente, recordemos que el éxito de la contratación pública, no reside solo en una o dos de sus fases, sino en todas, es decir, tanto las actuaciones preparatorias, así como el procedimiento de selección y la ejecución contractual, son fases que requieren particular responsabilidad y conocimiento previo por parte de quienes operan la contratación en su conjunto, de manera que, al estar involucrados con recursos públicos, merece otorgar una singular importancia en las decisiones que adopten las entidades en beneficio del interés público, y cuando se advierta que el postor o contratista no acredita las condiciones o requisitos mínimos de su garantía, se adopten mecanismos o estrategias eficaces para su cumplimiento.

Por último, y no siendo menos importante, el enfoque de gestión por resultados en particular y la contratación pública en general, implica no solamente la participación eficiente de la entidad sino también del proveedor, porque la Ley y el Reglamento aun teniendo algunos vacíos, exhortan su aplicación, sancionan su incumplimiento, y disponen mecanismos legales para abogar por una contratación con estándares de calidad y de manera oportuna; todo ello puede ser perfectible si adoptamos elementos de innovación y transparencia en la actuación de las entidades y los proveedores, postores o contratistas.

VI. REFERENCIAS

- Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. (28 de Setiembre de 2021). *Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. Instituciones Financieras*. Disponible en: <https://www.aai.com.pe/rubro/instituciones-financieras/>
- Class & Asociados S.A. (28 de Setiembre de 2021). *Class & Asociados S.A. Clasificación de Riesgos*. Disponible en: <https://www.clasrating.com/clasificaciones-vigentes/>
- Decreto supremo N.° 162-2021-EF. (2018). *Reglamento de la ley de contrataciones del estado modificado por decreto supremo N.° 162-2021-EF*. Editorial El Peruano.
- Decreto Supremo N.° 344-2018-EF. (2018). *Reglamento de la ley de contrataciones del estado aprobado por decreto supremo N.° 344-2018-EF*. Diario Oficial *El Peruano*.
- Nakaya, V. M. (9 de enero de 2019). *Torres y Torres Lara Abogados*. Disponible en: <https://www.tytl.com.pe/modificaciones-a-la-ley-de-contrataciones-del-estado-y-su-nuevo-reglamento/>
- Guzman, C. (2020). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Gaceta Jurídica S.A.
- Morón, J. C. (2016). *La Contratación Estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica SA.
- Morón, J. C. (2021). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica S.A.
- OSCE. (29 de enero de 2019). *Resolución 013-2019-OSCE/PRE*. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/289722-013-2019-osce-pre>
- OSCE. (23 de enero de 2020). *Opinión N.° 009-2020/DTN*. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/426468-opinion-n-009-2020-dtn>
- OSCE. (9 de Julio de 2021). *Resolución N.° 100-2021-OSCE/PRE*. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/2017490-100-2021-osce-pre>
- Retamozo, A. (2016). *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Tomo II. Gaceta Jurídica S.A.
- TUO de la Ley N.° 27444. (2019). *Texto único ordenado de la ley nro. 27444, ley del procedimiento administrativo general aprobado por decreto supremo nro. 004-2019-JUS*. Diario Oficial *El Peruano*.
- TUO de la Ley N.° 30225. (2019). *Texto único ordenado de la ley N.° 30225, ley de contrataciones del estado aprobado por decreto supremo N.° 082-2019-EF*. Diario Oficial *El Peruano*.