

Las Garantías en la Ley de Contrataciones del Estado

Carlos Rodríguez Manrique*

En el presente artículo, el autor analiza las garantías precontractuales y contractuales que tienen por finalidad asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los contratistas en el marco de la contratación con el Estado.

Asimismo, define y describe las características de las referidas garantías, los instrumentos de garantías que deberán entregar los contratistas y/o postores a la Administración. Finalmente, se señalan las clases de garantías reguladas en el Decreto legislativo N° 1017,

La provisión de servicios, bienes u obras en el ámbito estatal suele ser resultado de una travesía prolongada, extenuante, problemática y, muchas veces, cargada de conflictos, no sólo para los agentes privados interesados en contratar con el Estado sino para las propias entidades y empresas públicas¹, que a diferencia de sus pares privadas, ven limitada su autonomía de la voluntad para elegir libremente un contratista, debiendo sujetarse la formación de ésta, a un procedimiento administrativo regido por una serie de principios de observancia obligatoria y, que en el caso peruano, resulta extremadamente recargado de reglas y formas.

Cierto es que el margen de discrecionalidad de la Administración para la selección de un contratista varía dependiendo del tipo de servicio o bien que se pretende adquirir, así como del costo estimado de éstos, ya que éstas variables determinan si el procedimiento para la formación de la voluntad de la Administración es más sencillo y flexible o si es más complejo y riguroso².

Así, por ejemplo, en una licitación pública o en un concurso público, los funcionarios y servidores públicos tienen muy poco margen de discrecionalidad en la selección de los contratistas, ya sea por los mecanismos de transparencia más intensos o por los plazos más prolongados que rigen para la

tramitación de estos procedimientos. Por su parte, en una adjudicación de menor cuantía, si bien no nos encontramos ante un caso de negociación directa con los potenciales adjudicatarios, existe, en la práctica, una mayor flexibilidad para seleccionar a un contratista, dada la preeminencia en el uso de mecanismos de invitación directa a los postores, lo reducido de los plazos en su tramitación y la inexistencia, en determinados supuestos (contratación de bienes y servicios), de las etapas de consulta y observaciones a las bases administrativas. No cabe la menor duda que, con la implantación del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) que permite el intercambio de información y la difusión de las oportunidades de negocios que ofrecen las entidades, el nivel de transparencia y competencia en las adjudicaciones de menor cuantía se ha incrementado ostensiblemente; sin embargo, tampoco se puede llegar a afirmar que dichos niveles son equiparables a los que existen en los casos de las licitaciones públicas y concursos públicos³.

El establecimiento de determinadas reglas y principios que rigen a las entidades que contratan, así como la adopción de determinadas cautelas que obligatoriamente se deben instituir a favor del Estado, tienen por finalidad que se seleccione a los proveedores que ofertan bienes, servicios o

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Gestión Pública por la Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad Pompeu Fabra y ESADE. Asociado senior de Amprimo Abogados S. Civil de R.L.

1 En adelante, bajo el término "entidades" agruparemos a las entidades públicas y empresas del Estado.

2 En algunos casos ni siquiera será necesario realizar un proceso para la selección del contratista, pudiendo la Administración designar al contratista con completa libertad, lo que de ninguna manera implica el ejercicio arbitrario de esta prerrogativa pues siempre deberá sujetarse a los principios que rigen la contratación pública, contemplados en el artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017.

3 En el extremo de mayor discrecionalidad (nunca arbitrariedad) de la Administración para la selección de un contratista, se encuentran las contrataciones exoneradas de procesos de selección y aquellas que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la LCE y no se sujetan a un proceso de selección regulado por una legislación especial (v.g. contratos bancarios y financieros, contratos por montos inferiores a tres Unidades Impositivas Tributarias, contratación de árbitros y conciliadores, entre otros).

realización de obras, bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y/o entrega⁴; además de asegurar que dichos proveedores puedan cumplir efectivamente las obligaciones que han asumido contractualmente.

En ese orden de ideas, GARCÍA-TREVIJANO sostiene que “[los] instrumentos que principalmente se utilizan para tal fin van dirigidos, por un lado, a constatar que quien con la Administración quiere contratar tiene capacidad (solvencia técnica, económica, etc.) para cumplir el contrato, caso de resultar finalmente adjudicatario; y por otro lado, acreditado lo anterior, a asegurar no sólo que pueda cumplirlo, sino que efectivamente así va a hacerlo”. El referido profesor español agrega que “[al] primer aspecto reseñado responde el régimen relativo a la clasificación de contratistas; la regulación de las fianzas (hoy denominadas ‘garantías’) responde, por su parte al mencionado objetivo de asegurar que el licitador o contratista, no sólo puede cumplir, sino que efectivamente así va a ser (so pena en caso contrario, entre otros efectos, de perder la garantía prestada) y, además, en los concretos términos pactados”⁵.

La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 (en lo sucesivo “LCE”) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante “el Reglamento”), contemplan un complejo régimen de garantías conformado por garantías de naturaleza precontractual, que tienen por objeto asegurar la vigencia de las ofertas formuladas por los postores, así como disuadir la participación de los agentes que no tienen un real interés de contratar con el Estado; y, garantías contractuales, que tienen por finalidad asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los contratistas. Asimismo, la legislación vigente regula la figura de la “garantía por interposición de recurso de apelación” que, pese a su denominación, no es propiamente una garantía, ya que no se trata de un mecanismo de aseguramiento para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los postores y/o contratistas, sino que se trata de un cuestionable mecanismo destinado a desalentar las impugnaciones temerarias contra actos emitidos en la tramitación de los procesos de selección.

4 Al respecto, cabe indicar que el Principio de Eficacia, contemplado en el artículo 4° de la LCE, dispone que: “las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia”.

5 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. “El régimen de las garantías en la contratación administrativa”, Civitas Editores, Madrid 1997, p.16.

6 El artículo 39° de la LCE establece lo siguiente:

“Artículo 39°.- Garantías

Las garantías que deberán otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de seriedad de oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus modalidades, montos y condiciones serán 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, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o

«El establecimiento de determinadas reglas y principios que rigen a las entidades que contratan, así como la adopción de determinadas cautelas que obligatoriamente se deben instituir a favor del Estado, tienen por finalidad que se seleccione a los proveedores que ofertan bienes, servicios o realización de obras, bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y/o entrega ; además de asegurar que dichos proveedores puedan cumplir efectivamente las obligaciones que han asumido contractualmente»

1. CARACTERÍSTICAS DE LAS GARANTÍAS

La regulación de las garantías en el Régimen General de Contratación Estatal tiene su basamento en el artículo 39° de la LCE⁶. Esta norma con rango de ley establece los requisitos esenciales que deben tener las garantías ofrecidas a las entidades, así como sus clases (según el objeto de lo se pretende asegurar), disponiendo, a su vez, que por vía reglamentaria se complemente lo relativo a “sus modalidades, montos y condiciones”.

Según la LCE todo instrumento de garantía ofrecido por los contratistas y/o postores⁷ a las entidades debe, por regla general, cumplir con los siguientes requisitos:

Incondicionalidad.- Las garantías no pueden estar sujetas a condición de ninguna clase (suspensiva o resolutoria). Por consiguiente, no es posible asegurar obligaciones asumidas con el Estado a través de mecanismos, cuya vigencia o existencia se encuentre supeditada a la ocurrencia de un determinado hecho.

La principal consecuencia de este requisito es que la eficacia de las garantías prestadas en favor del Estado, no pueden estar sujetas a la condición de que éste acredite el efectivo incumplimiento del postor o contratista. Así, en el caso de la garantía de seriedad de la oferta ni el postor ni el garante podrán requerir al Estado que demuestre la falta de vigencia de la oferta o la retracción de la misma para recién, luego de verificado este evento, honrar la garantía. Del mismo modo, en el caso de las garantías contractuales, no será necesario que un tercero (p.e. un árbitro) declare el efectivo incumplimiento de una obligación

garantizada del contrato, como presupuesto para la ejecución de la garantía.

En este contexto, la entidad asumirá la responsabilidad por el daño emergente que genere la decisión de ejecutar la garantía respectiva, en todos aquellos casos en que dicha acción haya sido indebidamente adoptada. En estos casos además, corresponde que la entidad restituya las sumas de dinero que hubiesen sido objeto de apropiación y/o retención.

Solidaridad.- La solidaridad implica un mejoramiento de la acreencia del Estado, puesto que ante el incumplimiento del contratista, éste se puede dirigir al garante, con la finalidad de ejecutar la garantía y dar por satisfecha la acreencia de manera total o parcial, lo que, en todo caso, dependerá de la extensión de la garantía. La solidaridad de los garantes acarrea que éstos no tengan beneficio de excusión⁸ ni de división⁹.

En mérito a la solidaridad, las entidades pueden solicitar el pago de la obligación incumplida indistintamente al acreedor o al garante, lo que implica, en el caso de este último, honrar la garantía. El

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 generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad.

El Reglamento señalará el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad.

En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio sólo será procedente cuando:

Por el monto, el contrato a suscribirse corresponda a un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía, a una adjudicación directa selectiva o a una adjudicación directa pública;

El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,

El pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.

Sin perjuicio de la conservación definitiva de los montos retenidos, el incumplimiento injustificado por parte de los contratistas beneficiados con lo dispuesto en el presente artículo, que motive la resolución del contrato, dará lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años⁸.

Por su parte, el artículo 155° del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 021-2009-EF, establece lo siguiente:

“Artículo 155°.- Requisitos de las garantías

Las garantías que acepten las entidades conforme al artículo 39 de la Ley sólo podrán ser efectuadas por empresas bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o que estén consideradas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú. Para tal fin, en las bases del proceso de selección, la entidad establece el tipo de garantía que le otorgará el postor y/o contratista, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en las normas de contrataciones del Estado.

Alternativamente, en caso de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, así como en los contratos de consultoría y ejecución de obras, las micro y pequeñas empresas podrán optar que, como garantía de fiel cumplimiento, la Entidad retenga el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley. Para estos efectos, la retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

Las Entidades están obligadas a aceptar las garantías que se hubieren emitido conforme a lo dispuesto en los párrafos precedentes, bajo responsabilidad.

Aquellas empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada en el plazo establecido en el artículo 39° de la Ley, serán sancionadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

Las garantías sólo se harán efectivas por el motivo garantizado.”

7 Con algunas excepciones que se analizan más adelante.

8 El beneficio de excusión es el derecho que tiene un garante personal, por excelencia un fiador, de oponerse a hacer efectiva la garantía en tanto el acreedor no haya ejecutado todos los bienes del deudor para saldar la deuda garantizada.

9 El beneficio de división es la prerrogativa que tiene el fiador o garante personal de una deuda, a que ésta se divida en partes iguales con el resto de fiadores o garantes personales que existiesen, de modo que cada uno asuma una proporción igual de la obligación y responda por ella, aplicándose para tal efecto el régimen de las obligaciones mancomunadas.

«La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 (en lo sucesivo “LCE”) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante “el Reglamento”), contemplan un complejo régimen de garantías conformado por garantías de naturaleza precontractual, que tienen por objeto asegurar la vigencia de las ofertas formuladas por los postores, así como disuadir la participación de los agentes que no tienen un real interés de contratar con el Estado; y, garantías contractuales, que tienen por finalidad asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los contratistas»

emisor de la garantía sólo está obligado por aquello a lo que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder su obligación del monto que ha garantizado. Se trata, pues, de una solidaridad de naturaleza pasiva y limitada.

Irrevocabilidad. - Una vez constituidas y prestadas a la entidad, las garantías no pueden ser dejadas sin efecto ni por el garante ni por el postor, de ser el caso. La revocación de una garantía constituye la pérdida de la misma, su inexistencia, lo que implica la descalificación de una propuesta en el caso de la garantía de seriedad de la oferta (que incluso puede conllevar a una sanción administrativa) o incurrir en una causal de incumplimiento contractual en el

caso de las garantías contractuales.

En efecto, si el garante o postor, de ser el caso, luego de presentada la propuesta, deja sin efecto la garantía de seriedad de la oferta que se ha ofrecido a la entidad, se producirá la descalificación del postor respectivo, en concordancia con lo establecido en el artículo 61° y el primer párrafo del artículo 157° del Reglamento, y además estará incurriendo en la infracción tipificada en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 51° de la LCE y el literal a) del numeral 1 del artículo 237° del Reglamento.

Por su parte, si cualquiera de las garantías contractuales prestada por un contratista es revocada, se estará incurriendo en una causal de incumplimiento contractual que conlleva a la resolución del contrato y la aplicación de las penalidades a que hubiere lugar, en aplicación del artículo 40° de la LCE y el inciso 1) del artículo 168° del Reglamento.

Realización automática. - Las garantías otorgadas deben ser de realización automática, esto es, deben ser de ejecución inmediata, no siendo aceptables aquellos medios de aseguramiento que difieran su realización ni tampoco que contemplan el beneficio de excusión¹⁰. Basta que la entidad solicite la ejecución de la garantía para que ésta se torne en exigible y el garante cumpla, sin tardanza, con el pago de la obligación a su cargo; no siendo necesario que la entidad acredite ante aquel el incumplimiento del postor o contratista.

Al respecto, el tercer párrafo del artículo 39° de la LCE señala que “en virtud de la realización automática, 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 días”. A efectos de evitar una discusión acerca de cuán inmediato debe ser el pago, la ley ha optado por objetivar dicho concepto, estableciendo un plazo máximo de tres días, sin especificar si se trata de días hábiles o calendario¹¹.

Asimismo, dicha norma agrega que “toda demora generará responsabilidad solidaria para el emisor y para el postor o contratista, y dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad”. En consecuencia, el garante será responsable solidario por los daños y perjuicios que pudiese sufrir la entidad como consecuencia de la no ejecución inmediata de la garantía o sencillamente por su no ejecución. En

10 Cabe precisar que la excusión no es una condición a la que se sujeta una garantía personal (por ejemplo la fianza), sino que se trata de un beneficio que se otorga al garante para oponerse a la ejecución de aquella, en tanto y en cuanto la deuda no haya sido cubierta con todos los bienes del deudor principal. Este beneficio opera en términos procesales como una defensa previa.

11 Cabe indicar que el artículo 23° del Reglamento establece que los plazos en los procesos de selección, desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, se computan por días hábiles. Por su parte, el artículo 151° del Reglamento prevé que, durante la vigencia del contrato, los plazos se computan en días calendario.

Por consiguiente, se debe concluir que el plazo de tres días establecido en el artículo 39° de la LCE, se computa en días hábiles para el caso de la garantía de seriedad de la oferta y en días calendario para el caso de las garantías contractuales.

nuestra opinión, dicha responsabilidad tiene naturaleza objetiva, limitándose la entidad a acreditar la existencia del daño sin necesidad de demostrar dolo o culpa por parte del emisor.

Emisión por empresas bajo supervisión de la SBS o que integran la lista de bancos extranjeros de primera categoría publicada por el BCRP.- Las entidades sólo pueden recibir garantías emitidas por empresas autorizadas y bajo el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o por empresas consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Este requisito restringe de manera considerable el universo de medios de garantía que se pueden utilizar. El legislador ha preferido el empleo de garantías que tengan un respaldo institucional y que reduzcan, al mínimo, los riesgos del Estado en cuanto a su efectiva realización.

Así, en términos prácticos, la carta fianza y la póliza de caución se convierten en los medios de garantía por excelencia, en el marco del Sistema General de Contratación del Estado, dado que la emisión directa de garantías reales y demás garantías personales no constituyen prácticas de las entidades autorizadas y sujetas al ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS).

Las únicas excepciones que contempla la LCE, al cumplimiento de todos los requisitos referidos precedentemente, son los casos de garantías destinadas a asegurar el cumplimiento de: (a) contratos de arrendamiento; (b) contratos donde la contraprestación se cumple por adelantado al pago; (c) contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios celebrados con micro y pequeñas empresas; y, (d) contratos de ejecución y consultoría de obras celebrados con micro y pequeñas empresas.

En los casos de contratos de arrendamientos y contratos donde la contraprestación se cumple por adelantado al pago, la LCE señala que el Reglamento debe establecer cuál es el tratamiento aplicable a las garantías en dichos casos, lo que

implica normar sus condiciones y requisitos. No obstante ello, el artículo 161° del Reglamento, en su numeral 5¹², contempla al arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, como un supuesto de excepción a la constitución de garantías de fiel cumplimiento.

De otro lado, el Reglamento no se ocupa de normar un tratamiento especial en el caso de las garantías para los contratos donde la contraprestación se cumple por adelantado al pago (pese a la habilitación expresa contemplada en la LCE), lo que implica que éstas deberían satisfacer todos requisitos generales aplicables a las garantías otorgadas a favor de la Administración.

Respecto del caso de los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicio, así como los contratos de ejecución y consultoría de obras celebrados con micro y pequeñas empresas, la LCE posibilita que éstas puedan otorgar, alternativamente, como garantía de fiel cumplimiento el derecho de retención¹³ sobre el diez por ciento del monto total del contrato¹⁴ o, lo que es lo mismo, de la contraprestación correspondiente al contratista. Para estos efectos, el artículo 155° del Reglamento precisa que la retención se deberá efectuar durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a que dicho monto sea devuelto a la finalización del contrato.

2. MEDIOS PARA PRESTAR LAS GARANTÍAS

La LCE no establece un listado cerrado (*numerus clausus*) respecto de los instrumentos de garantías que pueden ser entregados por los contratistas y/o postores a la Administración, bastando que éstos cumplan con los cinco requisitos antes mencionados. En nuestra opinión, dichos requisitos son concordantes con la preocupación estatal por asegurar que el contratista y/o postor no sólo pueda cumplir con sus obligaciones sino que efectivamente lo haga, bajo sanción de perder la garantía prestada, sin generar mayores costos al Estado que los derivados de la tramitación del respectivo procedimiento de contratación (el que de por sí es sumamente costoso, debido a su carácter sumamente reglado y a la imposición de limitaciones al accionar de las entidades, en aras de la máxima transparencia, competencia y moralidad). Como consecuencia de estas exigencias, muchos instrumentos de garantías

12 Ver nota 25.

13 El artículo 1123° del Código Civil define el derecho de retención de la siguiente manera:

“Artículo 1123°.- Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficiente garantizado. Este derecho procede en los casos que lo establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene”.

14 De conformidad con el artículo 39° de la LCE, en el caso de contratos de ejecución de obras, el beneficio, concedido a las MYPES, consistente en otorgar un derecho de retención como garantía de fiel cumplimiento, sólo será procedente cuando: a) por el monto, el contrato a suscribirse corresponda a un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía, a una adjudicación directa selectiva o a una adjudicación directa pública; b) el plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y, c) el pago a favor del contratista considere, al menos, dos valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.

han quedado excluidos del sistema de contratación estatal.

Así, por ejemplo, si analizamos los alcances del requisito referido a la realización inmediata, queda claro que la LCE ha excluido garantías tradicionales como la hipoteca o la fianza personal (con excepción de la modalidad de carta fianza bancaria), las cuales requieren de la interposición de una acción judicial para su efectiva realización. En ese sentido, el legislador ha optado por mecanismos que aseguren a las entidades la obtención automática de liquidez frente al incumplimiento de los contratistas (v.g. carta fianza o la póliza de caución).

En esa misma línea, el hecho de exigir que las garantías sean emitidas por empresas bajo el ámbito de supervisión de la SBS, se justifica razonablemente en la necesidad de poseer garantías sólidas y que aseguren su valor en el tiempo. Así, este requisito excluye otro gran conjunto de garantías, tales como las garantías mobiliarias sobre acciones u otros valores, los cuales pueden estar sujetos a variaciones en su valor.

En ese sentido, un análisis detallado del contenido del artículo 39° de la LCE permite concluir que este dispositivo impone una serie de requisitos a las garantías que pueden aceptar las entidades, con el objeto de tener mecanismos de aseguramiento que sean eficaces y efectivos; lo que ha limitado los medios para prestar las garantías a la Administración, sin llegar al extremo de establecer un listado cerrado (*numerus clausus*) para tal efecto. Y en esa línea, la carta fianza y la póliza de caución se convierten en los medios de garantía por excelencia, dado que son instrumentos que pueden ser emitidos con carácter incondicional, solidario, irrevocable, de realización automática y, sobre todo, por ser medios de garantía cuya emisión se encuentra generalizada entre las empresas bajo el ámbito de la SBS (entidades financieras y compañías de seguros, respectivamente).

Ahora bien, como se ha señalado precedentemente, la LCE ha delegado al Reglamento la potestad de determinar qué modalidades de garantías puede aceptar la Administración, de entre todos aquellos mecanismos que nuestra legislación contempla, para asegurar el cumplimiento del pago (total o parcial) de una obligación¹⁵. Esto suscita una primera interrogante: ¿se puede, en vía reglamentaria, establecer un listado cerrado de garantías (*numerus clausus*) como consecuencia de la potestad de

normar complementariamente las modalidades y condiciones de éstas? La respuesta a la misma no es sencilla. En principio, establecer, en vía reglamentaria, un listado cerrado de garantías no está vedado; sin embargo, ello debería importar la inclusión de todos aquellos medios para prestar garantías que cumplan con los requisitos indicados en el artículo 39° de la LCE, sin exclusiones arbitrarias, de lo contrario se estaría vulnerando los Principios de Libre Concurrencia y Competencia, Imparcialidad, Transparencia o Economía.

El establecimiento de un listado cerrado de todos los medios para ofrecer garantías fue la opción establecida en el texto original del artículo 155° del Reglamento (posteriormente modificado por Decreto Supremo N° 021-2009-EF), norma que contempló que el único medio para prestar garantías a favor del Estado era la carta fianza. Es cierto que, residualmente, dicha norma recogía la retención del diez por ciento del monto total a contratar, para los casos de contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicio, así como para los contratos de ejecución y consultoría de obras celebrados con micro y pequeñas empresas, pero dicho mecanismo constituye un régimen especial previsto, en el quinto párrafo del artículo 39° de la LCE, para un determinado tipo de operaciones o para un colectivo de empresarios cuya existencia debe ser promovida, alentada e incentivada por el Estado¹⁶.

Esta opción, que se ubicaba en la línea de lo dispuesto por el artículo 213° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-EF y modificado por Decreto Supremo N° 107-2007-EF, era sumamente cuestionable desde una perspectiva tanto jurídica como económica. En efecto, jurídicamente, la reglamentación adoptada limitaba, de forma excesiva y desproporcionada, el marco establecido por el artículo 39° de la LCE pues se reducía, a su mínima expresión, el universo de los instrumentos para ofrecer las garantías a favor del Estado, permitiéndose uno solo: la carta fianza. Económicamente, se imponía a los agentes privados el empleo de un mecanismo que no admitía sustitutos¹⁷, lo que de por sí incrementaba los costos de la contratación estatal y reducía los niveles de competencia en detrimento de precio y calidad. En ese sentido, dicha medida limitaba el acceso de potenciales postores que tuviesen un restringido acceso a este tipo de garantías; prohibía el uso de mecanismos de aseguramiento que, para casos

15 Entre los diversos instrumentos que nuestra legislación contempla como medios para garantizar el cumplimiento de una obligación, podemos señalar los siguientes: anticresis, hipoteca, derecho de retención, garantía mobiliaria, fianza personal, carta fianza bancaria, póliza de caución y fideicomiso en garantía.

16 Tampoco incluimos el depósito de dinero por tratarse de un mecanismo para otorgar la denominada "garantía" por interposición del recurso de apelación, figura que no está vinculada con el aseguramiento de obligaciones y que constituye una limitación al derecho de defensa y a una vulneración al Principio de Debido Procedimiento.

17 Nos referimos al caso del régimen general y no a la excepción regulada a favor de las MYPES, para las cuales se contempló, excepcionalmente, la retención del 10% del monto total a contratar.

concretos, fuesen igual de eficaces que una carta fianza pero menos onerosos; incrementaba los precios a pagar debido a la traslación al Estado de los costos financieros de las cartas fianzas, lo que en última instancia era asumido por los contribuyentes; permitía a los bancos incrementar las comisiones por dicho producto pues no existía un bien sustituto; entre otros.

Así, por ejemplo, las pólizas de caución fueron irracional y arbitrariamente eliminadas del régimen de garantías de la contratación pública, prohibiéndose que postores y/o contratistas puedan emplear un instrumento cuyas características y efectos son muy similares a los de una carta fianza¹⁸ y cuyas entidades otorgantes (compañías de seguros) se encuentran supervisadas por la SBS. Desde la perspectiva de las empresas aseguradoras, únicas autorizadas a emitir pólizas de caución en el ordenamiento jurídico peruano, la reglamentación vulneraba el derecho de igualdad ante la ley (reconocido en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú), pues se impedía el empleo de un producto alternativo y de similares características a los de una carta fianza, en el mercado de la contratación pública.

El texto vigente del artículo 155° del Reglamento ha rectificado, en parte, la regulación anterior estableciendo que “las garantías que acepten las entidades conforme al artículo 39° de la Ley sólo podrán ser efectuadas por empresas bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o que estén consideradas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú”. Esta norma agrega que “para tal fin, en las bases del proceso de selección, la entidad establece el tipo de garantía que le otorgará el postor y/o contratista, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en las normas de contrataciones del Estado”. Queda claro que, al haberse eliminado la exclusividad de la carta fianza como único medio de garantía, el texto vigente del artículo 155° del Reglamento se ciñe, legalmente, a lo dispuesto por el artículo 39° de la LCE. Sin embargo, disponer que sean las bases del proceso de selección las que establezcan cuál debe ser el medio para prestar las garantías, puede

«El artículo 39° de la LCE dispone que “las garantías que deberán otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de seriedad de la oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de la propuesta»

resultar un “arma de doble filo”, toda vez que ello, en el caso que se optó por restringir los mecanismos de garantía, puede terminar convirtiéndose en una fuente de innumerables controversias; conflictividad que resta celeridad a las contrataciones públicas.

En cualquier caso, el Reglamento vuelve a abrir la puerta a la póliza de caución y otros mecanismos de garantía que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 39° de la LCE, los que, en principio, no deberían ser excluidos por las bases de un proceso de selección, salvo que, para el caso concreto, no constituyan herramientas que permitan al Estado asegurar de manera eficaz y efectiva las obligaciones asumidas por postores y/o contratistas, y que dicha exclusión no contradiga los Principios de Libre Concurrencia y Competencia, Imparcialidad, Transparencia o Economía.

3. CLASES DE GARANTÍAS PRESTADAS A FAVOR DE LAS ENTIDADES

El artículo 39° de la LCE dispone que “las garantías que deberán otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de seriedad de la oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de la propuesta”. Estas garantías pueden ser clasificadas en dos categorías: (a) precontractuales; y, (b) contractuales.

18 Nuestra afirmación se sustenta, con mayor claridad, si comparamos la naturaleza jurídica y la eficacia de la carta fianza y la póliza de caución. Así, podemos señalar que la carta fianza es un contrato de fianza suscrito entre el fiador (banco) y el deudor y que se materializa en un documento valorado emitido por el fiador a favor del acreedor, en virtud del cual, en caso de incumplimiento de la obligación principal a cargo del deudor, el fiador asume la obligación. Por su parte, la póliza de caución es una garantía otorgada por una compañía de seguros, a solicitud de un deudor, a favor de un determinado acreedor de éste, con la finalidad que se asegure el cumplimiento de una obligación principal.

Ambas figuras son muy parecidas e incluso la figura de la póliza de caución es conocida como seguro de fianza. Respecto a la similitud jurídica de ambos contratos, el profesor Carlos G. VILLEGAS señala, respecto de la póliza de caución, que “el carácter de ‘contrato de seguro’ lo da la participación de una compañía de aseguradores, porque en lo sustancial se trata de una típica fianza solidaria, e inclusive a veces directamente de una fianza con cláusula ‘principal pagador’ o una garantía ‘a primera demanda’, otorgada por un banco o una empresa afianzadora, donde se asume el compromiso de pagar una suma de dinero frente al primer requerimiento del asegurado”. VILLEGAS, Carlos Gilberto. “Contratos Mercantiles y Bancarios”. Tomo I. Buenos Aires: el autor, 2005, p.886.

Las garantías precontractuales, como bien señala MARTINEZ, "son aquellas que debe constituir el postor en una etapa previa a la existencia de un vínculo contractual y siempre que exista un proceso de selección en trámite"¹⁹. La garantía precontractual por excelencia es la denominada garantía de seriedad de la oferta cuya finalidad es disuadir la participación de postores golondrinos y, sobre todo, asegurar la vigencia de la oferta formulada por el postor adjudicatario de la buena pro (e incluso la del postor que ocupó el segundo lugar). No consideramos dentro de este conjunto a la "garantía" por interposición del recurso de apelación, pues este instrumento no busca resguardar al Estado respecto de algún incumplimiento por parte de los postores que participan en un proceso de selección.

Por su parte, las garantías contractuales tienen por objeto asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los contratistas. En la legislación comparada reciben la denominación de garantías definitivas (v.g. España). Dichas garantías son la garantía de fiel cumplimiento, la garantía por el monto diferencial de la propuesta y la garantía por adelantos.

A continuación, analizamos las distintas clases de garantía que prevé la LCE.

a) Garantía de seriedad de la oferta

Es una garantía de naturaleza precontractual, exigida en los procesos de licitación pública, concurso público y adjudicación directa, cuyas características, alcances y excepciones están reguladas por el artículo 157° del Reglamento²⁰. En otras

legislaciones, como la española, se le denomina garantía provisional.

El monto de la garantía de seriedad de la oferta se establece en las bases y en ningún caso puede ser menor al uno por ciento ni mayor al dos por ciento del valor referencial. En caso de procesos con valor referencial reservado, dicho monto se debe calcular sobre la base de la oferta económica. Su constitución y entrega física a la entidad licitante es un requisito de admisibilidad de las propuestas (técnica y económica), en concordancia con lo establecido por el artículo 61° del Reglamento. En vista de ser un requisito de admisibilidad de las propuestas, esta garantía debe ser prestada y su documentación sustentatoria entregada, en el acto de presentación de propuestas.

La garantía de seriedad de la oferta ha sido reintroducida por la LCE en el Régimen General de Contratación Estatal. Si bien su empleo se encuentra generalizado en otros ámbitos de la contratación estatal (como es el caso del régimen de concesiones de infraestructura pública), la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, suprimió esta figura por considerarla un sobrecosto para el proceso de contratación administrativa. Esta garantía se condice con la obligación de los postores de mantener su oferta hasta el consentimiento de la buena pro y la del postor adjudicatario de suscribir el contrato. Al respecto, CASSAGNE señala que "a diferencia de lo que acontece en el derecho privado, donde rige el principio según el cual toda propuesta de contrato puede ser retirada antes de su aceptación sin incurrir en responsabilidad, en derecho administrativo existe una regla opuesta. Conforme a ella, los oferentes

19 MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. "Constitución de garantías en el régimen de contratación pública". En: Actualidad Jurídica, Tomo 147, Lima, febrero 2006, Gaceta Jurídica, p.177.

20 El artículo 157° del Reglamento contempla a la letra:

"Artículo 157°.- Garantía de seriedad de oferta

En los procesos de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa, los postores deberán presentar la garantía de seriedad de oferta, la misma que tiene como finalidad garantizar la vigencia de la oferta. El postor que resulte ganador de la Buena Pro y el que quedó en segundo lugar están obligados a mantener su vigencia hasta la suscripción del contrato. Luego de consentida la Buena Pro, la Entidad devolverá las garantías presentadas por los postores que no resultaron ganadores de la Buena Pro, con excepción del que ocupó el segundo lugar y de aquellos que decidan mantenerlas vigentes hasta la suscripción del contrato.

El monto de la garantía de seriedad de oferta será establecido en las Bases, en ningún caso será menor al uno por ciento (1%) ni mayor al dos por ciento (2%) del valor referencial. En el caso de proceso de selección con valor referencial reservado, dicho monto se efectuará en función a la oferta económica.

En las Adjudicaciones de Menor Cuantía o en los procesos de selección según relación de ítems cuando el valor referencial del ítem corresponda a una Adjudicación de Menor Cuantía, bastará que el postor presente en su propuesta técnica una declaración jurada donde se comprometa a mantener vigente su oferta hasta la suscripción del contrato.

La falta de renovación de la garantía genera la descalificación de la oferta económica o, en su caso, que se deje sin efecto la Buena Pro otorgada.

El plazo de vigencia de la garantía de seriedad de oferta no podrá ser menor a dos (2) meses, computados a partir del día siguiente a la presentación de las propuestas. Estas garantías pueden ser renovadas.

Si, una vez otorgada la Buena Pro, el postor adjudicado no cumple con renovar su garantía ésta se ejecutará en su totalidad. Una vez suscrito el contrato el monto de la garantía será devuelto al postor, sin dar lugar al pago de intereses.

En los procesos electrónicos, cuando corresponda, la garantía de seriedad de oferta se presentará conforme a la Directiva que para el efecto emita el OSCE.

En el caso de la no suscripción del contrato, por causas imputables al adjudicatario de la Buena Pro, se ejecutará la garantía en las mismas condiciones previstas en el párrafo anterior, una vez que quede consentida la decisión de dejar sin efecto la Buena Pro".

21 CASSAGNE, Juan Carlos. "El Contrato Administrativo", 2 Edición, LexisNexis/ Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p.103

tienen la obligación de mantener sus ofertas por el plazo determinado en la *normativa aplicable* (...)”²¹. El referido jurista argentino añade que “la función de asegurar el cumplimiento de esa obligación por parte de los oferentes, se opera mediante el establecimiento de una garantía de oferta, que cubre toda la responsabilidad del proponente, en el supuesto que se demuestre que este último ha desistido de su propuesta”²².

Como bien señala GARCÍA-TREVIJANO, esta garantía tiene un doble objeto: (a) antes de la adjudicación de la buena pro “constituye un instrumento disuasorio útil en relación con los que van a participar en los procedimientos selectivos. (...) se trata de preservar la seriedad en las ofertas formuladas por los licitadores, evitándose con ello, en definitiva, la participación en tales procedimientos de personas que carezcan de interés real en convertirse en adjudicatarios y, por tanto, en cumplir con el objeto del contrato”; y, (b) una vez adjudicada la buena pro “tiene como objetivo preservar que el adjudicatario constituirá la garantía definitiva y formalizará el contrato”. Este segundo objetivo es reconocido expresamente por el artículo 157° del Reglamento, al señalar que la garantía de seriedad de la oferta “tiene por finalidad garantizar la vigencia de la oferta”.

En ese sentido, la garantía de seriedad de la oferta será ejecutada, en su totalidad, en caso el postor adjudicatario no cumpla con suscribir el contrato, por causas imputables a aquel. Dicha ejecución quedará expedita una vez que quede consentida la decisión de dejar sin efecto la buena pro.

Respecto de su plazo de duración, se debe señalar que éste en ningún caso puede ser menor a dos meses, contados a partir del día siguiente de la fecha de presentación de las propuestas. Invariablemente, su vigencia se debe mantener durante

toda la participación de los postores en el proceso de selección y, en el caso del postor ganador de la buena pro y del que ocupó el segundo lugar, el Reglamento contempla la obligación de mantener su vigencia hasta la suscripción del contrato²³. Una vez suscrito el contrato con el postor ganador, la garantía será devuelta en su integridad.

La falta de renovación de la garantía de seriedad de la oferta, luego de la admisión de la propuesta técnica, genera la descalificación de la oferta económica del postor infractor. En caso que el postor adjudicatario sea quien incumpla dicha obligación, el Reglamento establece que se debe dejar sin efecto la buena pro otorgada y la entidad debe ejecutar la garantía en su totalidad.

Cabe indicar que se exceptúa a los postores de la constitución y presentación de la garantía de seriedad de la oferta en el caso de Adjudicaciones de Menor Cuantía y en los procesos de selección según relación de ítems, cuando el valor del ítem corresponda a una Adjudicación de Menor Cuantía. Dicha excepción se justifica en la baja cuantía de los contratos, que permite al Estado asumir un riesgo mayor frente al retiro de ofertas o la negativa del adjudicatario a perfeccionar el contrato, en aras de eliminar un elemento cuyo costo, en última instancia, se traslada a las ofertas económicas.

b) Garantía de fiel cumplimiento

Es la garantía contractual por excelencia. Tiene por finalidad respaldar el cumplimiento de la totalidad de obligaciones asumidas por los contratistas, de modo que se resguarde a la Administración por la inejecución de éstas y, de ser el caso, se le resarza por los daños y perjuicios que hubiese sufrido. Sus alcances, características especiales y las excepciones a su prestación, se encuentran reguladas por los artículos 158°, 159°, 161° y 164° del Reglamento²⁴.

22 Ibid. p.103.

23 Primer párrafo del artículo 157° del Reglamento (ver Nota 21).

24 **Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento**

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá 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. De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.

Artículo 159°.- Garantías de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias

En las contrataciones de bienes, servicios o de obras que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines, se otorgará una garantía adicional por este concepto, la misma que se renovará periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas, no pudiendo eximirse su presentación en ningún caso. El OSCE mediante Directiva establecerá las disposiciones complementarias para la aplicación de esta garantía. Los artículos 158°, 159°, 161° y 164° del Reglamento disponen lo siguiente:

Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá 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.

Al analizar la naturaleza de esta figura, DROMI sostiene que “las garantías definitivas no constituyen una señal o arras. Tampoco una cláusula penal. En efecto, cualquiera de las dos modalidades permitiría al contratista ejecutar el contrato hasta el punto en el que obtenga más beneficios, para luego dejar de lado la relación contractual únicamente con la pérdida de la fianza definitiva. La garantía definitiva constituye una pena convencional provisional, pues en los casos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el acreedor – Administración comitente- puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño. Ahora bien, si el daño ocasionado por el incumplimiento es superior a la pena pactada, puede exigir el resarcimiento integral, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facultad pero no una limitación de la pretensión de indemnización”²⁵.

La cita del profesor argentino se ajusta bastante bien a la naturaleza jurídica de la garantía de fiel cumplimiento, conforme la regulan la LCE y su Reglamento. Sin embargo, cabe precisar que, en la legislación peruana, sí existe la posibilidad de que la garantía de fiel cumplimiento haga las veces de penalidad. En efecto, conforme al inciso 2 del artículo 164° del Reglamento, la garantía de fiel cumplimiento (y, de ser el caso, la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta) se ejecutará, en su totalidad, cuando la entidad opte por resolver el contrato por causa imputable al contratista, lo que únicamente se podrá efectivizar cuando dicha decisión haya quedado consentida por falta de cuestionamiento en sede arbitral o cuando un laudo arbitral, consentido y ejecutoriado, haya declarado fundada la decisión de resolver el contrato²⁶. En este supuesto, el Reglamento dispone que “el monto

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato”.

“Artículo 159°.- Garantías de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias

En las contrataciones de bienes, servicios o de obras que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines, se otorgará una garantía adicional por este concepto, la misma que se renovará periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas, no pudiendo eximirse su presentación en ningún caso. El OSCE mediante Directiva establecerá las disposiciones complementarias para la aplicación de esta garantía”.

“Artículo 161°.- Excepciones

No se constituirán garantías de fiel cumplimiento en los siguientes casos:

1. Contratos derivados de procesos de Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios, siempre que no provengan de procesos declarados desiertos.
- Dicha excepción también será aplicable en los contratos derivados de procesos de selección según relación de ítems, cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía.
2. Contratos de servicios derivados de procesos de Adjudicación Directa Selectiva o de procesos de selección según relación de ítems cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación Directa Selectiva.
3. Adquisición de bienes inmuebles.
4. Contratación ocasional de servicios de transporte cuando la Entidad recibe los boletos respectivos contra el pago de los pasajes.
5. Contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.
6. Las contrataciones complementarias celebradas bajo los alcances del artículo 182, cuyos montos se encuentren en los supuestos previstos en los numerales 1) y 2) del presente artículo.

La garantía por el monto diferencial de la propuesta no se presentará en los casos previstos en los numerales 1, 3, 4, 5 y para la celebración de las contrataciones complementarias bajo los alcances del artículo 182”.

“Artículo 164°.- Ejecución de garantías

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.
- Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses.
- Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.
2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato.
- El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.
3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días 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 y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista”.

²⁵ DROMI, Roberto. “Licitación Pública”. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 647 - 648.

²⁶ Esta penalidad se deja entrever también en el último párrafo del artículo 39° de la LCE, para el caso de incumplimiento de los contratistas que gozan del beneficio de prestar derecho de retención como medio de garantía alternativo, es decir, las MYPES. En efecto, dicha norma señala que: “Sin perjuicio, de la **conservación definitiva de los montos retenidos**, el incumplimiento injustificado por parte de los contratistas beneficiados con lo dispuesto en el presente artículo, que motive la resolución del contrato, dará lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años” (resaltado nuestro).

de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado”.

La garantía de fiel cumplimiento constituye un requisito indispensable para la suscripción y perfeccionamiento del contrato. En ese sentido, si bien el contrato de garantía que suscriban el contratista y el tercero garante tienen naturaleza accesoria, la obligación de prestar dicha garantía, forma parte de la relación obligacional principal (el contrato) y es consustancial a ella. Sobre este particular, GARCÍA-TREVIJANO señala que “es preciso distinguir dos aspectos: la obligación de prestar la garantía definitiva en los contratos administrativos no constituye en realidad, como se dice, una obligación accesoria, sino que forma parte de la obligación principal misma; cuestión distinta es el contrato subyacente (con terceros) a la constitución de la garantía definitiva misma, es decir, el contrato que haya podido suscribir el adjudicatario, por ejemplo, con la entidad avalista o aseguradora”²⁷.

El monto de la garantía de fiel cumplimiento debe ser el equivalente al diez por ciento del monto del contrato original. En caso existan prestaciones adicionales o reducciones, la garantía debe ser aumentada o reducida, respectivamente, de forma proporcional al valor de éstas²⁸.

Por su parte, la vigencia de esta garantía debe extenderse: (i) para la adquisición de bienes y contratación de servicios, hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista; y, (ii) para la ejecución y consultoría de obras, hasta el consentimiento de la liquidación final. Excepcionalmente, el Reglamento contempla que en el caso de contratos cuya vigencia es superior a un año, las entidades puedan aceptar que el adjudicatario presente una garantía con una vigencia anual, con el compromiso de renovarla hasta la conformidad de la recepción de la prestación o la conformidad del consentimiento de la liquidación final, según corresponda al objeto del contrato.

Como bien lo señala MARTÍNEZ, la obligación de mantener vigente la garantía hasta la conformidad de la recepción de la prestación o la conformidad del consentimiento de la liquidación final, según sea el caso, “no implica que el contratista deba otorgar desde el primer momento una garantía con fecha de vigencia hasta tal conformidad o consentimiento, en primer lugar porque tal circunstancia no involucra una fecha exacta y por lo tanto no resulta previsible; y, segundo, porque el propósito de dicha obligación es que la entidad encuentre cubierto su riesgo de modo permanente, durante el período en el cual se vínculo con el contratista no hubiese concluido de modo definitivo, aun cuando ello involucre sucesivas renovaciones”²⁹.

Asimismo, tal como se ha señalado precedentemente (vid Apartado 1), en el caso de los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicio, así como los contratos de ejecución y consultoría de obras celebrados con micro y pequeñas empresas, estas empresas pueden ofrecer, alternativamente, como garantía de fiel cumplimiento el derecho de retención sobre el diez por ciento del monto total del contrato.

El artículo 161° del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 021-2009-EF, contempla los supuestos exceptuados de la constitución de garantías de fiel cumplimiento a favor de las entidades, siendo éstos los siguientes:

- a) Contratos derivados de procesos de Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios, siempre que no provengan de procesos declarados desiertos;
- b) Contratos de servicios derivados de procesos de Adjudicación Directa Selectiva;
- c) Contratos derivados de procesos de selección según relación de ítems, cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mis-

27 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. Op. Cit, p.103.

28 El artículo 174° del Reglamento dispone a la letra:

29 **“Artículo 174°.- Adicionales y Reducciones**

Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de éstos se determinará por acuerdo entre las partes.

Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

En caso de adicionales o reducciones, el contratista aumentará o reducirá de forma proporcional las garantías que hubiere otorgado, respectivamente” (resaltado nuestro).

MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. Op. Cit., p. 177.

30 El artículo 182° del Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 182°.- Contrataciones Complementarias

Dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del contrato, la Entidad podrá contratar complementariamente bienes y servicios con el mismo contratista, por única vez y en tanto culmine el proceso de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original, siempre que se trate del mismo bien o servicio y que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación”.

mo postor no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía o a una Adjudicación Directa Selectiva;

- d) Adquisición de bienes inmuebles;
- e) Contratación ocasional de servicios de transporte cuando la entidad recibe los boletos respectivos contra el pago de los pasajes;
- f) Contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles; y,
- g) Contrataciones complementarias celebradas bajo los alcances del artículo 182° del Reglamento³⁰, cuyos montos se encuentren dentro de los márgenes establecidos por las normas presupuestarias para la realización de una Adjudicación de Menor Cuantía o una Adjudicación Directa Selectiva.

Finalmente, de conformidad con el artículo 159° del Reglamento, los contratistas deben ofrecer una garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines, la misma que se debe renovar periódicamente hasta el cumplimiento total de dichas prestaciones, no pudiendo eximirse de su presentación en ningún caso³¹.

c) Garantía por el monto diferencial de la propuesta

Está garantía constituye un mecanismo suplementario para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el postor adjudicatario, en caso que su oferta se encuentre, desproporcionadamente, por debajo del valor referencial; situación que evidencia cierto grado de temeridad en la formulación de propuesta y podría implicar un incremento en el riesgo por incumplimiento.

En otras palabras, esta garantía debe ser prestada, a favor de las entidades, cuando el postor adjudicatario se encuentre incurso en la presunción de temeridad contemplada en el artículo 160° del Reglamento³².

El referido artículo 160° del Reglamento dispone que su constitución y posterior entrega (por parte del postor adjudicatario de la buena pro) es un requisito indispensable para la suscripción del contrato en los siguientes supuestos:

- i) Cuando la propuesta económica haya sido inferior al valor referencial en más de diez por ciento, en los procesos de selección para la contratación de servicios; y,
- ii) Cuando la propuesta económica haya sido inferior al valor referencial en más de veinte por ciento, en los procesos de selección para la adquisición o suministro de bienes.

Nótese que la garantía por monto diferencial de la propuesta existe sólo para los casos de contratación de servicios y adquisición de bienes, no siendo exigible su prestación en los supuestos de ejecución y consultoría de obras³³.

La cuantía de esta garantía debe ser equivalente al veinticinco por ciento de la diferencia existente entre el valor referencial y la propuesta económica. Al igual que la garantía de fiel cumplimiento, en caso existan prestaciones adicionales o reducciones deberá ser aumentada o reducida, respectivamente, de forma proporcional al valor de éstas últimas³⁴. De otro lado, su vigencia se debe extender hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista.

La garantía por el monto diferencial de la propuesta y la garantía de fiel cumplimiento tienen exacta-

31 Según el artículo 159° del Reglamento, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del estado (OSCE) debe establecer las normas complementarias para la aplicación de esta garantía.

32 El artículo 160° del Reglamento dispone:

Artículo 160°.- Garantía por el monto diferencial de propuesta

Cuando la propuesta económica fuese inferior al valor referencial en más del diez por ciento (10%) de éste en el proceso de selección para la contratación de servicios, o en más del veinte por ciento (20%) de aquél en el proceso de selección para la adquisición o suministro de bienes, para la suscripción del contrato el postor ganador deberá presentar una garantía adicional por un monto equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la diferencia entre el valor referencial y la propuesta económica. Dicha garantía deberá tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios.”

Artículo 160°.- Garantía por el monto diferencial de propuesta

Cuando la propuesta económica fuese inferior al valor referencial en más del diez por ciento (10%) de éste en el proceso de selección para la contratación de servicios, o en más del veinte por ciento (20%) de aquél en el proceso de selección para la adquisición o suministro de bienes, para la suscripción del contrato el postor ganador deberá presentar una garantía adicional por un monto equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la diferencia entre el valor referencial y la propuesta económica. Dicha garantía deberá tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios.”

33 Sobre este particular, el artículo 33° de la LCE y el artículo 39° del Reglamento establecen un mecanismo objetivo para proteger a las entidades de propuestas temerarias que se efectúen. Así, se establece que para el caso de ejecución de obras serán inválidas las propuestas que superen el diez por ciento del valor referencial. De modo similar, para el caso de ejecución y consultoría de obras se contempla que las propuestas mínimas admisibles deben ser, cuando menos, equivalentes al noventa por ciento del valor referencial.

34 Ver Nota 29.

mente el mismo objetivo, cual es asegurar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales. En ese sentido, la garantía de monto diferencial de la propuesta, simplemente, constituye un incremento de la cobertura del Estado, como consecuencia de la coberturación de temeridad de la oferta del adjudicatario de la buena pro³⁵. Es por ello que el Reglamento la califica como “garantía adicional”.

De conformidad con el artículo 161° del Reglamento, esta garantía debe ofrecerse en todos los casos de contratación de obras y adquisición de bienes, con excepción de: (i) los contratos derivados de procesos de adjudicación de menor cuantía para bienes y servicios, siempre que no provengan de procesos declarados desiertos; (ii) los contratos derivados de procesos de selección según relación de ítems, cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no supere el monto establecido para convocar a una adjudicación de menor cuantía; (iii) la adquisición de bienes inmuebles; (iv) la contratación ocasional de servicios de transporte cuando la entidad recibe los boletos respectivos contra el pago de los pasajes; (v) los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles; y, (vi) las contrataciones complementarias bajo los alcances del artículo 182° del Reglamento³⁶.

Cabe efectuar algunos cuestionamientos a la regulación de esta clase de garantía. Una primera crítica va dirigida contra la exigencia de la garantía por el monto diferencial de la propuesta en procesos de selección bajo la modalidad de subasta inversa, en los cuales es el propio Estado el que busca que se oferten precios por debajo del valor referencial, mediante un mecanismo de puja destinado a obtener bienes o servicios comunes (estandarizados en términos de calidad y/o desempeño), a cambio de la menor contraprestación posible. Carece, pues, de sentido que el Estado requiera la constitución de una garantía por ofertas que se encuentran muy por debajo del valor referencial, cuando él mismo incentiva dicho tipo de propuestas económicas, en el entendido que las condiciones de los bienes y servicios (incluidas la forma de su prestación), se encuentran homogenizadas. En estos supuestos, consideramos que esta garantía constituye un innecesario sobre costo para la contratación administrativa.

Otro aspecto cuestionable radica en que, a pesar de que la garantía por el monto diferencial de la

propuesta tiene el mismo objetivo (e incluso naturaleza jurídica) que la garantía de fiel cumplimiento, ni la LCE ni el Reglamento contemplan la posibilidad de que las MYPES puedan prestar, alternativamente, dicha clase de garantía mediante el mecanismo de derecho de retención sobre un porcentaje del monto total del contrato, tal como sí se establece, en el artículo 39° de la LCE, para el caso de la garantía de fiel cumplimiento.

Esto, en la práctica, desvirtúa el beneficio contemplado en el artículo 39° de la LCE, ya que si se pretende que las MYPES puedan ofrecer medios de aseguramiento fiables, pero con condiciones menos exigentes (v.g. garantías no emitidas por entidades bancarias o compañías de seguros), con la finalidad de no limitar o restringir su participación en los procesos de selección, no tiene ningún sentido que se exija una garantía adicional y suplementaria que sí debe someterse a las exigencias generales para la prestación de garantías; es decir, mientras que la garantía de fiel cumplimiento se puede prestar mediante un derecho de retención que ejerce la entidad, la garantía por monto diferencial de la propuesta se debe constituir; por ejemplo, a través de una carta fianza o una póliza de caución. En consecuencia, el beneficio se diluye.

A efectos de superar este desaguisado, consideramos plenamente válido efectuar una aplicación analógica del artículo 39° de la LCE, en mérito de la cual la garantía por el monto diferencial de la propuesta pueda ser prestada por las MYPES, mediante el mecanismo del derecho de retención sobre el diez por ciento de la contraprestación a cargo de la entidad.

d) Garantía por adelantos

La LCE establece la posibilidad del pago de adelantos siempre que las bases administrativas lo hayan contemplado expresamente y que el contratista garantice la totalidad del monto adelantado³⁷. En el caso de bienes y servicios el adelanto directo puede alcanzar el treinta por ciento del monto del contrato (sin considerar adicionales, reducciones y/o ampliaciones)³⁸, mientras que en obras el adelanto directo no puede ser superior al veinte por ciento de dicho monto y el adelanto para materiales o insumos no debe superar el cuarenta por ciento³⁹.

En ese sentido, la garantía por adelantos constituye un mecanismo para asegurar el uso debido y oportuno de los pagos anticipados efectuados por las

35 Bajo esta lógica, consideramos que nada impide que la garantía por monto diferencial de la propuesta, en la práctica, pueda ser constituida y prestada en un solo título conjuntamente con la garantía de fiel cumplimiento, siempre que ello sea aceptado por la entidad contratante.

36 El texto original del artículo 161° del Reglamento fue modificado por Decreto Supremo N° 021-2009-EF. En dicho texto solo se consideraba como excepción a su presentación, a los casos de contratos derivados de procesos de adjudicación de menor cuantía.

37 Ver artículo 38° de la LCE.

38 Ver artículo 171° del Reglamento.

entidades, cuya regulación se encuentra desarrollada por el artículo 162° del Reglamento⁴⁰. Debe entenderse por pagos anticipados aquellos que se realizan por prestaciones aún no ejecutadas, ya sea en su totalidad o en proporción equivalente al pago efectuado. En buena cuenta, los adelantos constituyen un mecanismo de financiación del contrato, a través del cual el Estado proporciona al contratista un flujo de caja que le permite la ejecución de una parte de sus obligaciones (v.g. adquisición de materiales), sin necesidad que este último tenga que recurrir a sus propios recursos. De esta manera, el Estado reduce los costos financieros de los contratos y comparte riesgos con los contratistas, lo que en definitiva le permite adquirir bienes, recibir servicios y ejecutar obras a un menor valor.

Si bien los adelantos tienen por objeto reducir los costos de los contratos, especialmente los financieros, resulta pertinente que se asegure la correcta aplicación de éstos, pues de lo contrario el riesgo asumido por el Estado podría resultar excesivo. Bajo esta lógica, no es posible exceptuarse de la constitución y prestación de la garantía por adelantos a favor de las entidades.

Esta garantía debe tener vigencia hasta la amortización del adelanto. Su plazo mínimo de vigencia es de tres meses, debiendo ser renovada cuando menos por un periodo igual de tiempo por el monto pendiente de amortizar. En caso de contratos cuyo plazo es menor a tres meses, la garantía por adelanto podrá tener una vigencia menor, siempre que se extienda hasta la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado. La no renovación oportuna de la garantía, esto es, antes de la fecha de su vencimiento, importa su indefec-

«En estricto, la denominada “garantía” por interposición del recurso de apelación es un mero mecanismo disuasorio a la interposición de impugnaciones que dilaten innecesariamente los procesos de selección, generando aparentes controversias donde no las hay»

tible ejecución y el apoderamiento definitivo de la suma garantizada, por entenderse que con ello se amortiza el adelanto efectuado⁴¹.

Como bien señala MARTINEZ, “dado que la garantía por adelantos no cubre únicamente un riesgo de cumplimiento (...), no resulta dable dilucidar sobre la pertinencia de incorporar otras modalidades alternativas de garantía; es más, incluso en el caso de la transformación de la carta fianza o póliza de caución en una garantía en depósito por su falta de renovación oportuna, tal conversión resulta expresamente excluida para el caso de garantías por adelantos, teniéndose en cuenta que su fin último es la amortización”⁴².

39 Ver artículo 186° del Reglamento.

Artículo 186°.- Clases de Adelantos en Obras

Las Bases podrán establecer los siguientes adelantos:

1. Directos al contratista, los que en ningún caso excederán en conjunto del veinte por ciento (20%) del monto del contrato original.
2. Para materiales o insumos a utilizarse en el objeto del contrato, los que en conjunto no deberán superar el cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.

40 El artículo 162° del Reglamento dispone:

“Artículo 162°.- Garantía por adelantos

La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.

Cuando el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses, las garantías podrán ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado.

Tratándose de los adelantos de 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”.

Artículo 162°.- Garantía por adelantos

La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.

Cuando el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses, las garantías podrán ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado.

Tratándose de los adelantos de 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.

41 Ver inciso 1 del artículo 164° del Reglamento (Nota 25).

42 MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. Op. Cit., p. 181.

4. GARANTÍA A CARGO DE LAS ENTIDADES

El artículo 163° del Reglamento ha introducido la regulación de aquellos casos en que las entidades deben otorgar garantías a favor de contratistas, como consecuencia del arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. La norma bajo comentario se sitúa en el contexto en que la entidad actúa como arrendataria y no como administradora o gestora de bienes del Estado⁴³.

Al respecto, el referido artículo 163° del Reglamento dispone que la garantía a entregar en favor del arrendador, se debe sujetar a los términos previstos en el contrato respectivo, lo que en buena cuenta implica que éstos se encuentren establecidos en las bases administrativas. Esta garantía cubrirá las obligaciones derivadas del contrato, con excepción de la indemnización por lucro cesante o daño emergente.

5. LA DENOMINADA "GARANTÍA" POR INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El artículo 53° de la LCE contempla como requisito para la admisibilidad del recurso de apelación contra los actos impugnables dictados durante el desarrollo de un proceso de selección, desde la convocatoria hasta aquellos emitidos antes de la celebración del contrato, la constitución de una "garantía", que será devuelta al impugnante en caso sea acogida favorablemente su pretensión o que perderá íntegramente, en la medida que el recurso sea rechazado.

Esta garantía debe ser equivalente al tres por ciento del valor referencial del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar, sin que en ningún caso pueda ser menor al cincuenta por ciento de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT). Esta "garantía" debe ser emitida a nombre del Organismo Supervisión de las Contrataciones del Estado – OSCE, cuando esta entidad, a través del Tribunal de Contrataciones del Estado, sea la competente para conocer y resolver las controversias surgidas durante la tramitación de un proceso de selección. En los casos en que la competencia de resolver los recursos de apelación recaiga en la entidad licitante, la "garantía" deberá ser emitida a nombre de esta última.

En estricto, la denominada "garantía" por interposición del recurso de apelación es un mero mecanismo disuasorio a la interposición de impugnaciones que dilaten innecesariamente los procesos de selección, generando aparentes controversias donde no las hay. No obstante, esta herramienta disuasoria de impugnaciones temerarias constituye, en el fondo, una afectación al derecho de defensa y a los principios de debido procedimiento, verdad material, informalismo y participación⁴⁴. Asimismo, dicha figura no busca asegurar el cumplimiento de alguna obligación asumida por los postores y/o adjudicatarios en el trámite de un proceso de selección, por tanto, difícilmente pueda ser catalogada como garantía, en el sentido estricto del término.

Sobre este particular, resulta pertinente traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC⁴⁵, la misma que, con calidad de precedente vinculante, establece que "todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia". Esta sentencia se dictó a propósito del cuestionamiento que un ciudadano realizó contra la imposición de la denominada tasa por derecho de impugnación, cuyo pago era un requisito de admisibilidad para la tramitación de un recurso administrativo. El precedente vinculante contenido con esta sentencia motivó la eliminación total de todas las tasas cobradas por las distintas entidades públicas, por derecho de interponer recursos de reconsideración, apelación o revisión.

Si bien la denominada garantía por interposición del recurso de apelación no tiene la naturaleza de una tasa⁴⁶, su exigencia como requisito de admisibilidad para la impugnación de actos emitidos por la propia Administración vulnera los mismos derechos que afectaba la existencia de la tasa por derecho de impugnación, esto es, los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional, además de que presume indebidamente la mala fe procedimental de los administrados. Este hecho se agrava si se tiene en

43 Los actos vinculados con la disposición, administración y gestión de bienes estatales se regulan por la normativa especial de la materia, específicamente la Ley N° 20151, Ley General del Sistema de Bienes Estatales y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA.

44 Contemplados en el artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

45 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de noviembre de 2005, recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, correspondiente al proceso constitucional de amparo seguido por Ramón Hernando Salazar Yarlénque contra la Municipalidad de Surquillo.

46 Toda vez que no se trata de un cobro por la prestación efectiva por parte del Estado de un servicio individualizado en favor de los administrados.

cuenta que la LCE ha incrementado su cuantía del uno por ciento del valor referencial al tres por ciento de dicho monto⁴⁷.

En ese sentido, como solución alternativa, habría que explorar la posibilidad de que los recursos impugnativos, por regla general, no tengan efectos suspensivos o la imposición de una sanción de multa por la presentación dolosa de impugnaciones temerarias. Estas medidas también son desincentivadoras de recursos administrativos obstruccionistas que atentan contra la eficiencia de sistema y no vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional.

Nadie cuestiona que no se deba establecer una regulación o mecanismo destinado a disuadir las impugnaciones temerarias, que sólo incrementan la conflictividad en el Sistema General de Contrataciones Estatales y retrasan el abastecimiento de bienes, servicios y la realización de obras a cargo de las entidades y empresas del Estado, sin embargo, consideramos que la solución no es la imposición de una mal denominada garantía por interposición del recurso de apelación, cuya existencia vulnera principios del procedimiento administrativo y las garantías constitucionales al derecho de defensa. CA

47 El artículo 54° de la Ley N° 26860, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, modificado por Ley N° 28911, establecía que esta "garantía" debía ser equivalente al tres por ciento del valor referencial del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar.