_ Comisión Economía

Proy. 835/2021-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
29 DIC 2023
RECIBIDO
Firma ..... Hora 4:37

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

OFICIO Nº 434 -2023 –PR

Lima, 29 de diciembre de 2023

Señor
ALEJANDRO SOTO REYES
Presidente del Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Autógrafa de Ley que Ley que establece un medio alternativo de garantías de cumplimiento en los procesos de contratación pública de las MYPE. Al respecto consideramos conveniente observarla por lo siguiente[1]:

De la Autógrafa de Ley

1. La Autógrafa de Ley tiene por objeto establecer medidas orientadas a promover la dinamización de las inversiones en apoyo de la micro y pequeña empresa (mype), estableciendo la retención como medio alternativo a la presentación de garantías en procesos de contratación en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA).

Observaciones a la Autógrafa de Ley

De las Contrataciones del Estado

2. Con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la Ley.

   Así, mediante la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Ley de Contrataciones) se establecen las normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, que permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

   Como se puede apreciar, la Ley de Contrataciones desarrolla el citado precepto constitucional, por lo que conjuntamente con su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 344-2018-EF (Reglamento de la Ley de Contrataciones), y las demás normas de menor nivel jerárquico constituyen la normativa del régimen general de contratación pública.

   Conforme a lo expuesto, la provisión de bienes, servicios u obras que realizan las entidades determinadas en la Ley de Contrataciones, se debe realizar de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política del Perú, mediante los procedimientos y condiciones establecidas en la normativa del régimen general de contratación pública, de manera que se aseguren las mejores condiciones de precio, calidad y oportunidad en el empleo de los recursos públicos.

1 Sobre la base del Informe Nº 0181-2023-EF/54.02

Sobre el contenido de la Autógrafa de Ley

3. Al respecto, cabe mencionar que mediante el numeral 9.1 de artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1553[2] se autorizó *"(...) a las entidades para que en el Año Fiscal 2023, en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, establezcan que el postor adjudicado tiene la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, de corresponder, por la retención del monto total de la garantía correspondiente".*

Estando a ello, de conformidad con lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1553, la medida autorizada respecto a la retención como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias constituye una respuesta a la **crisis económica actual** generada por diversos factores, como tensiones geopolíticas, alza de precios, entre otros, que afectan la economía del país, generando un deterioro en las condiciones de vida de la población.

En relación a ello, la medida aprobada en el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1553 tiene **carácter temporal** y es de alcance general, puesto que comprende a todo tipo de empresas que participen como contratista en los procedimientos de selección convocados en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento; asimismo, la referida medida constituye una respuesta a **un contexto particular que no se espera que se prolongue en el tiempo**.

Por otro lado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones, respecto a la garantía de fiel cumplimiento, establece, entre otros, lo siguiente:

> *"**Artículo 149. Garantía de fiel cumplimiento***
> ***149.1. Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original**. Esta se mantiene vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.*
> *149.2. En caso se haya practicado la liquidación final y se determine un saldo a favor del contratista y este someta a controversia la cuantía de ese saldo a favor, la Entidad devuelve la garantía de fiel cumplimiento.*
> *149.3. Cuando habiéndose practicado la liquidación final y exista una controversia sobre el saldo a favor de la Entidad menor al monto de la garantía de fiel cumplimiento, esta se devuelve, siempre que el contratista entregue una garantía por una suma equivalente al monto que la Entidad determinó en su liquidación. La última garantía se mantiene vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.*
>
> *(...)*
> ***Artículo 151. Garantías de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias***
> *151.1. En las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías o de obras que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines, se otorga una garantía adicional por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato de la prestación accesoria, la misma que es renovada periódicamente hasta la conformidad de las obligaciones garantizadas.*
> *(...)".*

2 Decreto Legislativo que establece medidas en materia de inversión pública y de contratación pública que coadyuven al impulso de la reactivación económica.

De lo expuesto, se aprecia que la garantía de fiel cumplimiento y la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias constituyen un requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato; toda vez que el postor ganador de la buena pro debe entregar a la Entidad una garantía (carta fianza o una póliza de caución) por un monto que equivale al 10% del monto del contrato, siendo que dicha garantía debe mantenerse vigente durante todo el período de la ejecución contractual.

De esta manera, se desprende que las referidas garantías **buscan cautelar el correcto y oportuno cumplimiento del total de las obligaciones asumidas por el contratista, y no sólo garantizar el cumplimiento de una parte o algunas prestaciones que comprenda dicho contrato**.

4. Además, el régimen general de compra pública también contempla reglas que establecen beneficios y preferencias para las MYPES, entre ellos, facultar -bajo algunos supuestos- a las MYPES a optar, como **medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, por la retención del monto total equivalente a la garantía correspondiente**, siendo que **dicho beneficio es aplicable** en todo procedimiento de contratación de bienes y servicios indistintamente de su cuantía y, **para el caso de la contratación de obras, siempre y cuando corresponda a una Adjudicación Simplificada.**

Sobre este aspecto, en el cuadro siguiente se compara el beneficio propuesto en la Autógrafa de Ley con el beneficio actualmente regulado en el Reglamento de la Ley N° 30225:

REG LEY DE CONTRATACIONES	AUTÓGRAFA DE LEY
Artículo 149. Garantía de fiel cumplimiento *(...)* *149.4. En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, así como en los contratos de consultoría en general, de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las **micro y pequeñas empresas**, estas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, porcentaje que es retenido por la Entidad. **En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio solo procede cuando:*** ***a) El procedimiento de selección original del cual derive el contrato a suscribirse sea una Adjudicación Simplificada;*** *b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,* *c) El pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas, en función del avance de obra.*	***Artículo 3. Retención del monto como medio alternativo para garantizar los contratos*** *3.1 Se autoriza a las entidades públicas para que, en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, **establezcan que el postor adjudicatario calificado como MYPE según la legislación vigente, tenga la facultad de optar por la retención del monto total de la garantía correspondiente como medio alternativo a la obligación presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias.*** *3.2 Dicha autorización se extiende a los procedimientos de selección iniciados previamente a la entrada en vigor de la presente norma, siempre que se cumpla con lo siguiente:* *a) Para aquellos que no cuenten con buena pro, la entidad puede otorgar esta facultad, comunicando su*

*149.5. **La retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse**, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.* *149.6. En caso de servicios que consideren una comisión de éxito, el monto de la garantía de fiel cumplimiento se constituye únicamente sobre la base del honorario fijo.* *(...)* ***Artículo 151. Garantías de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias*** *(...)* *151.2 **Las micro y pequeñas empresas pueden solicitar que la Entidad retenga**, como garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato de la prestación accesoria, conforme a lo establecido en el numeral 149.5 del artículo 149.* *151.3. En el caso de los contratos para la ejecución de obras, lo señalado en el numeral anterior solo procede cuando se cumplan las condiciones establecidas en el numeral 149.4 del artículo 149".*	*decisión en el acta de otorgamiento de la buena pro.* *b) Para aquellos que cuenten con buena pro y previo a su consentimiento, la entidad puede otorgar esta facultad, comunicando su decisión a los postores a través del correo electrónico proporcionado durante el procedimiento de selección, como máximo hasta el día siguiente del consentimiento de la buena pro.* *3.3 Lo dispuesto en los párrafos 3.1 y 3.2 es aplicable a los contratos de ejecución periódica de suministro de bienes, servicios, consultorías y de ejecución de obras, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:* *a) El plazo de la prestación sea igual o mayor a sesenta días calendario; y,* *b) Se considere, según corresponda, al menos dos pagos a favor del contratista o dos valorizaciones periódicas en función del avance de obra.* *3.4 La retención indicada en el numeral 3.1 **se efectúa durante la ejecución total del contrato y se realiza, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelta al finalizar el contrato".***

Del cuadro precedente, se advierte que la medida propuesta en la **Autógrafa de Ley ampliaría el beneficio contemplado en el Reglamento**, para que las MYPE puedan solicitar la retención del monto total de la garantía de fiel cumplimiento para los contratos de obra que deriven de las Licitaciones Públicas. Asimismo, establece que la retención proporcional en los pagos, a través de la cual se materializa dicho beneficio, se realice durante toda la ejecución contractual.

Estando a ello, conforme lo contemplado en el Reglamento, actualmente el uso de fondo de garantía por parte de las MYPES se retiene durante la **primera mitad del número de pagos**; sin embargo, la medida propuesta, habilita a que la retención aludida se realice **durante la ejecución total del contrato**, lo que implicaría que mientras más temprano se suscitase el incumplimiento durante la ejecución de contrato, **la Entidad no habría tenido la oportunidad de retener el monto para resarcir el daño o perjuicio ocasionado por el incumplimiento del contratista, que se busca cubrir con la garantía de fiel cumplimiento.**

En ese sentido, establecer que la retención opere durante todo el contrato, eleva el riesgo de incumplimiento de la prestación, puesto que se relativiza el incentivo para que las MYPE

cumplan con sus obligaciones dentro del plazo contemplado en el contrato.

5. Adicionalmente, en atención a lo señalado, se consigna un ejemplo de lo que sería la aplicación de la retención en un contrato de S/ 12'000,000, con un plazo de ejecución de 12 meses, en el que la garantía de fiel cumplimiento asciende a S/ 1,200,000.

Gráfico N° 1
Aplicación de la retención según el Reglamento de la Ley de Contrataciones vigente

Número de mes	*Mes 1*	*Mes 2*	*Mes 3*	*Mes 4*	*Mes 5*	*Mes 6*	*Mes 7*	*Mes 8*	*Mes 9*	*Mes 10*	*Mes 11*	*Mes 12*	*Devolución luego de la conformidad*
Monto contractual pactado por mes	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1.2 millón*
Retención	*200 mil*	*200 mil*	*200 mil*	*200 mil*	*200 mil*	*200 mil*	--	--	--	--	--	--	
Pago mensual luego de la retención	*800 mil*	*800 mil*	*800 mil*	*800 mil*	*800 mil*	*800 mil*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	

Actualmente, **<u>luego de la primera mitad del número total de pagos</u>** la Entidad logra retener el 10% del monto del contrato

Gráfico N° 2
Aplicación de la retención según la Autógrafa de Ley

Número de mes	*Mes 1*	*Mes 2*	*Mes 3*	*Mes 4*	*Mes 5*	*Mes 6*	*Mes 7*	*Mes 8*	*Mes 9*	*Mes 10*	*Mes 11*	*Mes 12*	*Devolución luego de la conformidad*
Monto contractual pactado por mes	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1 millón*	*1.2 millón*
Retención	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	*100 mil*	
Pago mensual luego de la retención	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	*900 mil*	

Según la Autógrafa, **<u>solo una vez se hayan realizado todos los pagos pactados</u>** la Entidad lograría retener el 10% del monto del contrato.

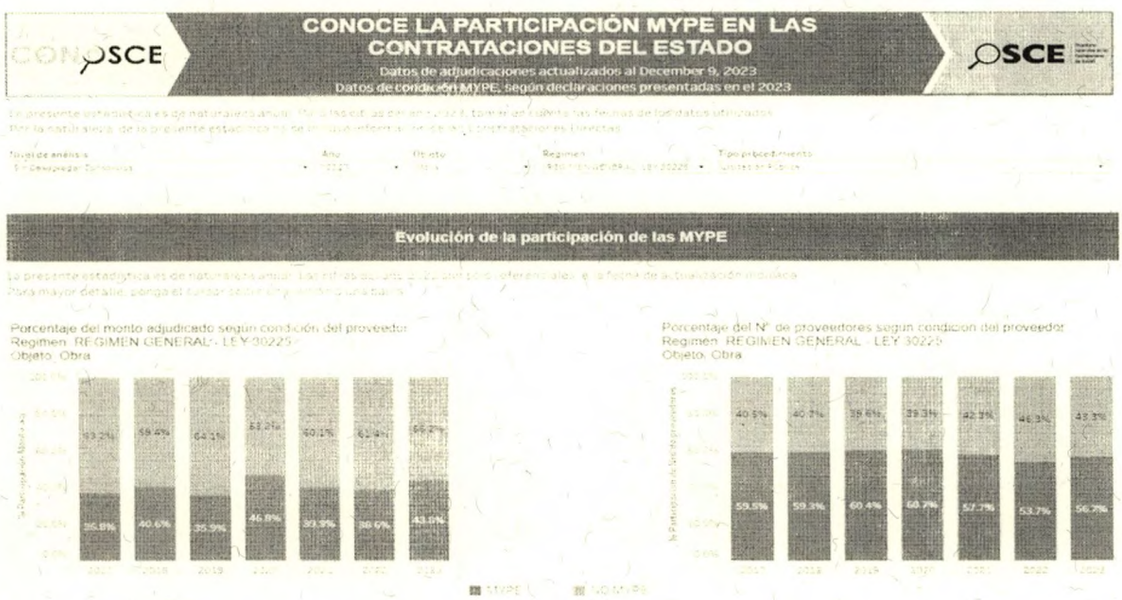
De lo expuesto, se advierte que con la regulación vigente y, cómo puede apreciarse del **gráfico Nº 1**, la Entidad retiene el 10% del monto del contrato al realizar la mitad de los pagos, reteniendo así el monto que le permitiría atenuar los efectos negativos generados por un posible incumplimiento de las obligaciones por parte de contratista.

Sin embargo, de aprobarse la medida propuesta y, como puede apreciarse del **gráfico Nº 2**, solo realizado el último pago se lograría retener el 10% del monto del contrato, lo cual no le permitirá a la Entidad atenuar los efectos negativos generados por un posible incumplimiento de las obligaciones por parte de contratista, máxime si para el último pago ya se habrían cumplido con el íntegro de las obligaciones contratadas, careciendo de sentido efectuar la retención hasta dicha oportunidad.

En relación con el riesgo señalado, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la información del portal **CONOSCE**[3]**,** en lo que va del año 2023, el 56% del total de Licitaciones Públicas para obras, han sido adjudicadas a las MYPE, lo que representa el 43.8% del total del monto adjudicado (4 079,5 millones de soles). (Ver Gráfico N° 3)

Ello permite señalar que, de replicarse durante el 2024 (y en años siguientes) la tendencia de las cifras aludidas, **en el universo de licitaciones públicas para obras que se adjudiquen a las MYPE** (que son más de la mitad del número total de licitaciones públicas de obra), **existe el riesgo que ante un incumplimiento que derive en resolución de contrato, la Entidad no pueda resarcir el íntegro del 10% del monto contractual, con el consecuente perjuicio económico que ello generaría.**

Gráfico N° 3



Fuente: https://public.tableau.com/app/profile/osce.bi/viz/DASHBOARDMYPES_CONOSCE/DASHBOARD_MYPES

3 Portal administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

Por las razones expuestas, se observa la Autógrafa de Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,

DINA ERCILIA BOLUARTE ZEGARRA
Presidenta de la República

LUIS ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA
Presidente del Consejo de Ministros

Proyectos de Ley: 835/2021-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **3** de **enero** del **2024**

Habiendo sido observada la autógrafa de ley, pase a la comisión de:

- **ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA**

GIOVANNI FORNO FLOREZ
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE ESTABLECE UN MEDIO ALTERNATIVO DE GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LAS MYPE

Artículo 1. Objeto de la Ley

El objeto de la presente ley es establecer medidas orientadas a promover la dinamización de las inversiones en apoyo de la micro y pequeña empresa (mype), estableciendo un medio alternativo para otorgar garantías en procesos de contratación en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA).

Artículo 2. Ámbito de aplicación

La presente ley es aplicable a la micro y pequeña empresa (mype) en los procedimientos de selección que convoquen las entidades públicas en el marco de los regímenes de contratación comprendidos en el Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA).

Artículo 3. Retención del monto como medio alternativo para garantizar los contratos

3.1 Se autoriza a las entidades públicas para que, en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, establezcan que el postor adjudicatario calificado como mype según la legislación vigente tenga la facultad de optar por la retención del monto total de la garantía correspondiente como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias.

3.2 Dicha autorización se extiende a los procedimientos de selección iniciados previamente a la entrada en vigor de la presente norma, siempre que se cumpla con lo siguiente:

a) *Para aquellos que no cuenten con buena pro, la entidad puede otorgar esta facultad, comunicando su decisión en el acta de otorgamiento de la buena pro.*

b) *Para aquellos que cuenten con buena pro y previo a su consentimiento, la entidad puede otorgar esta facultad, comunicando su decisión a los postores a través del correo electrónico proporcionado durante el procedimiento de selección, como máximo hasta el día siguiente del consentimiento de la buena pro.*

3.3 Lo dispuesto en los párrafos 3.1 y 3.2 es aplicable a los contratos de ejecución periódica de suministro de bienes, servicios, consultorías y de ejecución de obras, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) *El plazo de la prestación sea igual o mayor a sesenta días calendario; y,*

b) *Se considere, según corresponda, al menos dos pagos a favor del contratista o dos valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.*

3.4 La retención indicada en el párrafo 3.1 se efectúa durante la ejecución total del contrato y se realiza, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelta al finalizar dicho contrato.

Comuníquese a la señora Presidenta de la República para su promulgación.

En Lima, a los once días del mes de diciembre de dos mil veintitrés.

ALEJANDRO SOTO REYES
Presidente del Congreso de la República

ARTURO ALEGRÍA GARCÍA
Primer Vicepresidente del Congreso de la República

A LA SEÑORA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA