

## INFORME LEGAL N° 1111 -2017-MINAGRI-SG/OGA

Para : JAVIER ERASMO CARMELO RAMOS  
Director General  
Oficina General de Administración

De : JOSÉ LUIS PASTOR MESTANZA  
Director General  
Oficina General de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión legal sobre Cartas Fianzas emitidas por la  
Cooperativa de Ahorro y Crédito Luz y Fuerza LTDA-  
CREDICOOP, presentadas por el Consorcio ALFA NORTE

Ref. : Memorándum N° 1396-2017-MINAGRI-SG/OGA  
(CUT 4290-2017-)

Fecha : 03 NOV. 2017



Por el presente, y en atención al documento de la referencia, informo a usted lo siguiente:

## I. ANTECEDENTES.-

- 1.1 Proceso de Selección: Adjudicación de Menor Cuantía N° 67-2010-AG, derivada de la Licitación Pública N° 05-2010-AG/DU N° 041-2009 – "Ejecución del Saldo e Obra: IRRIGACIÓN CAJABAMBA", en el marco del cual, el entonces Ministerio de Agricultura y el Consorcio ALFA NORTE, conformado por las empresas: Constructora Pasco E.I.R.L, Supervisora y Constructora Vilcanota S.R.L., Inverconsa Inversiones y Construcciones S.A; y, Constructora C y J Contratistas Generales S.A. suscribieron el Contrato N° 06-2011-AG-OA-UL por el monto de S/. 9 208 452.93.
- 1.2 El Informe de Auditoría Financiera Gubernamental Ejercicio 2016, realizada al Ministerio de Agricultura y Riego por la Sociedad Auditora Galecio Sosa Auditores Consultores Soc. Civil, se observó la redacción de la Carta Fianza N° 00443008OP-2011 CREDICOOP, en el siguiente extremo "*Solidaria, Irrevocable, Incondicionada, de realización automática, y sin beneficio de excusión, al solo requerimiento de ustedes, a favor del Consorcio Alfa Norte*". Asimismo, observa que no se consigna a las empresas que conforman el Consorcio.
- 1.3 Carta N° 045-2017-MINAGRI-SG/OGA, de fecha 13 de febrero de 2017, se solicitó al Consorcio ALFA NORTE, realizar las gestiones necesarias ante la entidad emisora de las Cartas Fianza N°s. 042039OP, 0044040OP-2011 y 0043008OP-2011, todas emitidas el 16.DIC.2016, con Vencimiento al 30.JUN.2017, las mismas que deben señalar de manera clara y precisa lo siguiente: "*Incondicional, Solidaria, irrevocable y de realización automática al sólo requerimiento del Ministerio de Agricultura y Riego*", con la finalidad de levantar la observación referida en el numeral precedente
- 1.4 Carta N° 55-2017-MINAGRI-SG/OGA, de fecha 22 de marzo de 2017, el Ministerio de Agricultura y Riego, se reitera al Consorcio ALFA NORTE, la rectificación de las Cartas Fianza, señaladas en el numeral precedente, señalándole además, que de conformidad con lo establecido en el Numeral 7.5.3 de la Directiva N° 002-2016-





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

OSCE/CD, se incorpore en las Caras Fianza el nombre completo, denominación o razón social de las personas naturales y/o jurídicas que integran el Consorcio.

- 1.5 Oficio N° 892-2017-MINAGRI-SG/OGA, de fecha 14 de junio de 2017, con el que el Ministerio de Agricultura y Riego, comunica al Consorcio ALFA NORTE, que encontrándose próximas a vencer las Cartas Fianza N°s. 042039OP, 004404OP-2011 y 0043008OP-2011, agradecerá su renovación con la debida anticipación, reiterando que se elimine de las mismas, el siguiente texto: "A favor del Consorcio Alfa Norte"; debiendo consignarse además, los nombres de las empresas que conforman el Consorcio, de conformidad con el Numeral 7.5.3 de la Directiva N° 06-2017-OSCE/CD., por lo que de no ser renovadas guardando esas formalidades, se procederá conforme al artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
- 1.6 No obstante ello, mediante Carta N° GG-00134-2017, por cuenta del Consorcio ALFA NORTE, la Cooperativa y de Ahorro y Crédito Luz y Fuerza Ltda, hace llegar a este Ministerio las Cartas Fianza N°s 0053008OP-2011CREDICOOP, 0052039OP-2011-CREDICOOP y 0054040OP-2011-CREDICOOP, todas con vencimiento al 29.12.2017, sin considerar el texto conforme a lo requerido en las Cartas renovación N°s. 045 y 055-2017-MINAGRI-SG/OGA y Oficio N° 892-2017-MINAGRI-SG/OGA, así como la consignación de los nombres de las personas naturales y jurídicas que conforman el Consorcio, conforme a lo señalado en el numeral 7.5.3 de la Directiva N° 002-2016-OSCE/CD.

## II. BASE LEGAL

- 2.1 Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros
- 2.2 Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y modificatorias (normativa bajo la cual se suscribió el contrato).
- 2.2 Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y modificatorias (normativa bajo la cual se suscribió el contrato).
- 2.3 Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- 2.4 Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 2.5 Directivas N° 016-2012-OSCE/CD, N° 02-2016-OSCE-CD y N° 006-2017-OSCE/CD
- 2.6 Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, que aprueba del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 2.7 Comunicado N° 002-2016/PRE.

## III. OBJETIVO

- 3.1 Efectuar la evaluación legal respecto al inicio de proceso administrativo sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE al Consorcio ALFA NORTE, por supuesta comisión de infracción producida a partir del 09 de enero de 2016, fecha entrada en vigencia de la Ley N° 30225, en la renovación de las Cartas Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento, Adelanto Directo, Adelanto de Materiales, en el marco del Contrato N° 06-2011-AG-OA-UL.

## IV. ANÁLISIS

- 4.1 La Cláusula Octava del Contrato N° 06-2011-AG-OA-UL, celebrado entre el entonces Ministerio de Agricultura y el CONSORCIO ALFA NORTE, establece que "EL CONTRATISTA entrega a la suscripción del presente contrato, la





*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*

*respectiva garantía solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática a sólo requerimiento, a favor de la ENTIDAD, por concepto, importe y vigencia siguiente (...)"*

De conformidad con dicha cláusula, las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento, Adelanto Directo y Adelanto de Materiales, otorgadas en el marco del referido contrato, deben ser emitidas **"A FAVOR DE LA ENTIDAD"**, en este caso Ministerio de Agricultura y Riego, sin embargo en las citadas garantías se consigna **"A FAVOR DEL CONSORCIO ALFA NORTE"**

- 4.2 Asimismo, en el marco de la Auditoría Financiera Gubernamental Ejercicio 2016, la Sociedad Auditora Galecio Sosa Auditores Consultores Soc. Civil, observó la redacción de la Carta Fianza N° 0043008OP-2011-CREDICOOP, "Carta Fianza de Adelanto de Materiales", extendida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito LUZ Y FUERZA, LTDA, - CREDICOOP, en Garantía del Contrato N° 006-2011-AG-OA-UL, celebrado entre el entonces Ministerio de Agricultura y el Consorcio ALFA NORTE, en lo que respecta al siguiente texto:

*"Solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática, y sin beneficio de excusión, al solo requerimiento de ustedes, a favor del Consorcio Alfa Norte".*

- 4.3 En función a la observación de la Sociedad Auditoría Galecio Sosa Auditores Consultores Soc. Civil, referida en el numeral precedente, mediante Carta N° 040-2017-MINAGRI-SG/OGA, de fecha 08 de febrero de 2017; Carta N° 56-2017-MINAGRI-SG/OGA de fecha 22 de marzo de 2017; y, Carta Notarial N° 001-2017-MINAGRI-SG/OGA, de fecha 02 de mayo de 2017, la Oficina General de Administración de este Ministerio requirió a CREDICOOP, la rectificación de la Carta Fianza N° 0043008OP-2011-CREDICOOP "Carta Fianza de Adelanto de Materiales" y de las Cartas Fianza N°s 042039OP-2011 CREDICOOP "Carta Fianza de Fiel Cumplimiento"; y, 0044040OP-2011CREDICOOP, "Carta Fianza de Adelanto Directo", debiendo señalar en ellas, de manera clara y precisa lo siguiente:

*"Incondicional, solidaria, irrevocable, y de realización automática en el país, al solo requerimiento del Ministerio de Agricultura y Riego".* Es decir, eliminando del texto de las Cartas Fianza **"A favor del Consorcio Alfa Norte"**

Del mismo modo, en las referidas Cartas, se solicitó a CREDICOOP, que en cumplimiento de lo establecido en el numeral 7.5.3 de la Directiva N° 02-2016-OSCE/CD, y luego de la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, se incorpore en las citadas Cartas Fianza el nombre completo, denominación o razón social de los integrantes del Consorcio ALFA NORTE, conformado por Constructora Pasco E.I.R.L.; Supervisora y Constructora Vilcanota S.R.L; Inverconsa Inversiones y Construcciones S.A.; y, Constructora C y J Contratistas Generales S.A.

- 4.4 Mediante Carta Notarial N° GG-00115-2017, de fecha 07 de junio de 2017, CREDICOOP, señala entre otros, que el texto de las Cartas Fianza emitidas por su Entidad, por Orden y Cuenta del Consorcio ALFA NORTE, se sujeta al Principio de Literalidad y contiene información relevante donde se establece claramente el ámbito de aplicación de la garantía de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, donde señalan textualmente:

*"OTORGAMOS por el presente documento en forma solidaria, irrevocable, incondicionada y de realización automática y sin beneficio de excusión, al sólo requerimiento de ustedes (MINISTERIO DE AGRICULTURA-MINAG) a favor*





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

del CONSORCIO ALFA NORTE". En consecuencia, señalan, que "el tenor de sus tres Cartas Fianza se ajusta a los parámetros establecidos en nuestra legislación vigente y el término requerido de Incondicionales se encuentra en el término que expresamos Incondicionada, razón por la cual la aseveración no resulta atendible en la forma y modo propuesto".

En ese sentido, señala CREDICOOP, que el tenor de sus Cartas fianza se ajusta a los parámetros de la legislación vigente, por lo que no resulta atendible la rectificación solicita por la Oficina General de Administración de este Ministerio.

- 4.5 Mediante Oficio N° 892-2017-MINAGRI-SG/OGA, la Oficina General de Administración de este Ministerio, comunicó al CONSORCIO, que estando próximo el vencimiento de las Cartas Fianzas referidas en el numeral precedente, en la renovación de las mismas, se retire el texto "A favor del Consorcio"; y, que de conformidad con el Numeral 7.5.3 de la Directiva N° 02-2016-OSCE/CD, se incorpore en las citadas Cartas Fianza el detalle de las empresas que conforman el Consorcio.
- 4.6 Conforme se señala en el Informe Técnico N° 58-2017-MINAGRI-SG/OGA-OAP, de la Oficina de Abastecimiento y Patrimonio de la Oficina General de Administración, pese a lo requerido por parte de la Entidad, respecto a que las Cartas Fianza se emitan a favor de la Entidad, es decir a favor del Ministerio de Agricultura y Riego, mediante Carta N°GG-00134-2017, de fecha 27 de junio de 2017, CREDICOOP, remite la renovación de las Cartas Fianza N°s 0053008OP-2011-CREDICOOP, 0052039OP-2011-CREDICOOP y 0054040OP-CREDICOOP, con el texto: "**A favor del Consorcio**"; (no obstante haberle comunicado que la Sociedad Auditora Galecio Sosa Auditores y Consultores Soc Civil, observó dicha redacción, tampoco consigna en ellas los nombres de las personas naturales y/o jurídicas que conforman el Consorcio, conforme se señala en la Directiva N° 006-2017-OSCE-CD.
- 4.7 Al respecto, y además de la observación de la Sociedad Auditora, respecto al tenor de las Cartas Fianza, cabe hacer presente, que el artículo 33 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225), que recoge lo señalado en el artículo 39 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017), establece que "Las **garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas, empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.**" (el resaltado es nuestro).
- 4.8 Que con relación a la información que deben contener las Cartas Fianza, el Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado –OSCE, ha señalado en la Opinión N° 003-2014/DTN:

"(...) que si bien la normativa de contrataciones del Estado establece requisitos que deben cumplir las garantías para ser aceptadas por la Entidades, compete a la SBS en su calidad de organismo rector del sistema financiero y de seguros, determinar la información adicional que deben contener los instrumentos a través de los cuales se otorgan las garantías – carta fianza o póliza de caución para que sean eficaces y puedan ser ejecutadas.





En ese sentido, este Órgano Supervisor consulto a la SBS sobre el nivel de información que debe contener una carta fianza para que se considere eficaz y pueda ser Ejecutada. Así mediante el Oficio N° 5196-2011-SBS, del 27 de enero de 2011, la SBS, señaló que: "la regulación vigente no establece que información deben contener las cartas fianza sino que su contenido se sujeta al principio de literalidad antes acotado y en ese sentido, dicho documento debe contener toda la información que se estime relevante para establecer, claramente el ámbito de aplicación de la garantía (...) (...). A este fin debe quedar claro que para que la garantía sea eficaz y no presente dificultades al momento de su ejecución debe permitir unívocamente, de su lectura determinar de modo preciso lo que es objeto de cobertura pues de lo contrario, la empresa emisora podría negarse a su ejecución".

- 4.9 En tal sentido, y considerando que, por el Principio de Literalidad las Cartas Fianza, solo obligan a su emisor al cumplimiento de lo que se señala textualmente en las mismas, la actitud del Consorcio ALFA NORTE, de renovar, través de CREDICOOP, las Cartas Fianzas de garantía de Fiel Cumplimiento, Adelanto Directo y Adelanto de Materiales en el marco del Contrato N° N° 06-2011-AG-OA-UL, con la siguiente redacción "**solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática, sin beneficio de excusión, al solo requerimiento de ustedes, a favor del Consorcio ALFA NORTE**", es decir fuera del parámetro legal establecido en el artículo 33 de la Ley N° 30225, constituye la infracción contenida en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, que establece que:

"El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores participantes, postores y/o contratistas (...) cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

h) Presentar Información inexacta a las Entidades (...), siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros"

Asimismo, cabe tener presente, que mediante la Décimo Segunda Disposición Complementara Final del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, se dispone que "dentro del supuesto de hecho de la infracción establecida en el presente literal, referida a la presentación de información inexacta, se encuentra comprendida la presentación de garantías que no hayan sido emitidas por las empresas indicadas en el segundo párrafo del artículo 33 de la presente Ley. La referida disposición entra en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de su publicación en el Diario Oficial El Peruano",

En esa línea, mediante Comunicado N° 002-2016/PRE, de marzo de 2016, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE, ha señalado que la responsabilidad de los proveedores por la presentación de garantías emitidas por entidades no supervisadas por los organismos competentes y fuera del parámetro legal del artículo 33 de la Ley N° 30225, **son infracciones sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado**, con inhabilitación temporal o hasta definitiva para contratar con el Estado (Décimo Sétima Disposición Complementaria Final del Reglamento la LCE, en concordancia con el literal h) del artículo 50 de la LCE.

Por consiguiente, la renovación de las Cartas Fianza, que ameritan el presente Informe, debió efectuarse bajo dicho marco legal, por lo que no habiéndolo hecho así el Consorcio ALFA NORTE, ha incurrido en la infracción señalada en





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

el literal h) del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Cabe considerar aquí, que si bien las Cartas Fianzas, son extendidas en el marco del Contrato N° 06-2011-AG-OA-UL, celebrado durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1017, la renovación de las referidas garantías, se produce a partir del 09 de enero de 2016, cuando ya se encontraba en vigencia la Ley N° 30225 y de las Directivas N° 002-2016-OSCE/CD y 006-2017-OSCE/CD, por lo que, a través del presente, se encuadra la presunta infracción en esta última normativa<sup>1</sup>.

- 4.10 Además de ello, el Consorcio ALFA NORTE no cumplió con adicionar a las referidas Cartas Fianza, la denominación o razón social de las personas jurídicas que lo conforman, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 7.5.3 de la Directiva N° 002-2016-OSCE/CD, derogada por la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, que para el caso son las siguientes empresas: Constructora Pasco E.I.R.L., Supervisora y Constructora Vilcanota S.R.L., Inverconsa Inversiones y Construcciones S.A.; Constructora C y J Contratistas Generales S.A.

## V. CONCLUSIONES

- 5.1 De los antecedentes administrativos señalados se desprende que no obstante haberse comunicado tanto al Consorcio ALFA NORTE, como a la Cooperativa de Ahorro y Crédito Luz y Fuerza LTDA., de la observación de la Sociedad Auditora Galecio Sosa Auditores Consultores Soc. Civil, al texto de las Cartas Fianza que garantizan el Contrato N° 06-2011-AG-OA, en cuanto consignan "A favor del Consorcio Alfa Norte", éstas no sólo no fueron rectificadas, sino que fueron renovadas manteniendo en el artículo 33 de la Ley N° 30225, y de los Comunicados del Órgano Supervisor de las Contrataciones –OSCE, y las Directivas N° 002-2016-OSCE/CD, y N° 006-2017-OSCE/CD, respecto a los parámetros dentro de los cuales deben extenderse las Cartas Fianza en los procesos de Contratación con el Estado (marco bajo el cual debieron renovarse las Cartas Fianza).
- 5.2 Conforme a ello, se tiene que el Consorcio ALFA NORTE, ha incurrido en la infracción prevista en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, por lo que deberá comunicarse esta circunstancia al Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, correspondiendo al colegiado evaluar en su oportunidad las comunicaciones cursadas por la Oficina General de Administración, tanto al Consorcio ALFA NORTE, como a CREDICOOP, como emisor de las Cartas Fianza.

## VI. RECOMENDACIONES

En atención a lo expuesto, recomendamos a su Despacho:

- 6.1 Se sirva poner a conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE las infracciones acotadas en el presente informe, cumpliendo para tal fin con adjuntar el Formulario respectivo descargado del Portal Electrónico del OSCE, que se acompaña, en el cual se encuentra preestablecida la documentación que debe acompañarse para la infracción que se denuncia, debiendo tenerse presente que esta documentación es exigida por triplicado, en orden cronológico y debidamente foliado.

<sup>1</sup> Resolución N° 2337-2017-TCE-S2, en el procedimiento sancionador seguido contra Consorcio Consultor Rural.



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"


- 6.2 En paralelo, se haga la consulta a la SBS, sobre la ejecutabilidad de las Cartas Fianza materia del presente informe, no sólo por tener un texto distinto al señalado en el artículo 33 de la Ley N° 30225, sino que, si en aplicación del Principio de Literalidad, que obliga al emisor de las mismas a honrarlas conforme a lo expresado en ellas, la frase "A favor del Consorcio Alfa Norte", representa algún riesgo para los intereses de este Ministerio, en el caso de requerirse la ejecución de las mismas.

Atentamente,

  
CARMEN PEÑA MURILLO  
Abogada CAS

Visto el informe que antecede, y con la conformidad de este Despacho: Pase a la Oficina General de Administración.



  
-----  
**JOSE LUIS PASTOR MESTANZA**  
Director General  
Oficina General de Asesoría Jurídica