

San José, 10 de setiembre de 2018
Criterio N° 514-DJ/CAD-2018
Al contestar refiérase a este # de criterio

Licenciado
Wilbert Kidd Alvarado, Jefe
DEPARTAMENTO DE PROVEEDURÍA
S. D.

Estimado señor:

Con ocasión de lo expuesto por una de las adjudicatarias dentro de la Licitación Pública No. 2017LN-000013-PROV, correspondiente a la “Contratación de servicios de limpieza para los diversos Circuitos Judiciales del país, según demanda”, y valorando lo analizado por la Contraloría General de la República mediante criterio DCA-2745 del 27 de julio de 2018 (Oficio N° 10498), esta Dirección procedió de oficio a revisar la posición que hasta el momento ha señalado en cuanto al tema de seguros de caución.

A partir de lo anterior, se recuerda que nuestra recomendación general ha sido aceptar seguros de caución como garantía de participación o de cumplimiento “...*siempre y cuando se tuviera certeza de que constituye un instrumento válido para garantizar la participación de la oferente y que en caso de ser necesario se podrían ejecutar conforme a Derecho...*” (criterio 728-DJ/CAD-2016 del 3 de octubre de 2016).

Sin embargo, los seguros de caución que para algunos procedimientos de contratación se ofrecieron y que fueron sometidos a valoración de esta Dirección, presentaban una serie de condicionamientos, y por tanto se determinó que iban en contra de los mecanismos para ejecución de garantías de participación y cumplimiento que disponen

los artículos 39 y 41 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, razón por la cual, esta Dirección Jurídica recomendó no aceptar esos seguros de caución.

Dentro de los inconvenientes que se observaron en esas oportunidades, destacaba el hecho de establecer un trámite particular para ejecución de garantía, el cual era mucho más largo y bajo ciertas limitantes a los que el Poder Judicial no se somete, y que tampoco brindaba total seguridad de poder ejecutar la garantía, ya que se establecían una serie de condicionamientos, plazos y potestades a la aseguradora que eventualmente le permitirían no resarcir (total o parcialmente) a la Institución lo pretendido. Es así como se establecía el deber de seguir un procedimiento especial definido por la aseguradora, el cual implicaba dar audiencia al deudor (oferente o contratista) para que ejerciera su derecho de defensa; indicar en ese traslado las pruebas del reclamo, una estimación del daño y el monto de la garantía que se quiere ejecutar; vencido el plazo se otorgaba a la Administración 10 días hábiles para emitir una resolución razonada; adicionalmente se debía demostrar el incumplimiento de obligaciones y la cuantía de la pérdida, además de colaborar con la aseguradora en la inspección y diligencias necesarias para el procedimiento indemnizatorio, y en caso de no cumplir con lo anterior, se liberaba a la aseguradora del deber de indemnizar.

Por esa serie de estipulaciones, las cuales no corresponden a lo que sobre el particular define el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se estimó que pese a ser un instrumento jurídicamente válido, no resultaba práctico ni conveniente en las compras del Poder Judicial, debido al establecimiento de procedimientos y eventuales limitaciones para poder ejecutar la garantía de manera ágil y expedita.

También se valoró que el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa no contempla el seguro de caución como una de las modalidades válidas para rendir garantía de participación o cumplimiento, lo que constituyó un elemento más para llegar a recomendar que no se aceptara ese tipo de documentos.

No obstante lo expuesto, es importante tomar en cuenta lo indicado por la Contraloría General de la República en el criterio DCA-2745, en el que se señala que los seguros de caución sí pueden ser medios válidos para rendir garantías de participación o cumplimiento, esto en apego de otro marco normativo que permite su uso en las compras del Estado, sea, la Ley del Banco Nacional de Seguros (Ley #40) y la Ley Reguladora del Mercado de Seguros (Ley # 8653), en cuyo sentido advirtió el Ente Contralor que “...*el seguro de caución se encuentra habilitado por nuestro ordenamiento jurídico para garantizar ofertas, en el tanto se ajusten a las condiciones descritas en la LCA y su Reglamento.*” (lo subrayado no corresponde al original).

De esta manera, pese a que ni la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento contemplan expresamente el seguro de caución como un medio hábil para rendir garantías de participación o cumplimiento, el Ente Contralor aclaró la posibilidad de aceptar esa figura, en virtud de esas otras leyes de comentario, en el entendido de que para ello se deberá estar atento para que si un oferente o contratista aporta un seguro de caución, éste se ajuste a lo establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley de Contratación Administrativa, así como a los numerales 37 al 46 bis de su Reglamento.

De esta manera, una vez verificado que se cumpla con lo establecido en estos dos últimos cuerpos de normas, se tendrá seguridad de que no habrá inconvenientes como los que se presentaban en los seguros de caución que en el pasado fueron objeto de revisión por parte de esta Dirección.

Es así como, a partir de la normativa aludida y lo indicado por la Contraloría General de la República, esta Dirección estima que es posible aceptar seguros de caución como garantías de participación y cumplimiento, para cuyos efectos se deberá revisar en cada caso las condiciones del seguro, ya que resultará válido siempre y cuando sus disposiciones se apeguen tanto a la Ley de Contratación Administrativa como a su Reglamento, por lo que se deberá llevar a cabo la revisión de los siguientes elementos

mínimos, sin perjuicio de otros que se estimen necesarios de frente a cada procedimiento de contratación:

1. Monto.
2. Vigencia.
3. Presentación en tiempo.
4. Que esté emitida por una aseguradora reconocida en el país.
5. Que el trámite para la ejecución de la garantía se apegue a los lineamientos de los artículos 39 y 41 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
6. Que no establezca condicionamientos ni procedimientos no contemplados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Una vez realizada la revisión del seguro de caución que se llegue a presentar dentro de las diferentes compras del Poder Judicial, se podrá determinar si es de recibo o no, y en caso de estimar que no resulta aceptable, se deberá estudiar si el incumplimiento es de tal naturaleza que admita sustitución por otro tipo de garantía, de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Atentamente,

Asesor Jurídico

Coordinadora Área Contratación Administrativa

Subdirectora Jurídica a.i.

Refs: 2018
c: Diligencias.-