**San José, 3 de octubre de 2016**

**Criterio N° 728-DJ/CAD-2016**

***Licenciado***

***Wilbert Kidd Alvarado, Jefe***

**DEPARTAMENTO DE PROVEEDURÍA**

#### *Su Despacho*

Estimado señor:

 En atención al oficio No. 5767-DP/07-2016, del 29 de setiembre del año en curso, recibido en esta Dirección ese mismo día, suscrito por la licenciada Mauren Venegas Méndez, Jefa a.i. del Subproceso de Licitaciones de ese Departamento, mediante el cual se consulta a esta Dirección si las condiciones bajo las cuales se rigen los “seguros de caución” aportados como garantía de participación dentro de las Licitaciones Públicas números 2016LN-000008-PROV y 2016LN-000006-PROV, resultan convenientes para la Administración y de recibo para continuar con el análisis de la oferta de la empresa que presentó tales documentos; se atiende su consulta en los siguientes términos:

**I.- Antecedentes:**

 **1.-** Dentro de las licitaciones públicas antes referidas, participó la empresa CAISA Inc de Costa Rica S.A., y en ambos casos aportó como garantía de participación un seguro de caución.

 **2.-** Durante la revisión legal de las dos ofertas, esta Dirección concluyó que se debía analizar la figura bajo la cual se presentaron esas garantías de participación, por considerar que los pliegos de condiciones sólo previeron las opciones contempladas en el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, pero que pese a ello, podría valorarse aceptar otra opción distinta, 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 ese tipo de garantías. Además, se solicitó valorar los distintos condicionamientos que en esos documentos se establecen, pues esta Dirección indicó que *“…de su lectura se aprecian una serie de estipulaciones que debería cumplir el Poder Judicial en caso de requerir que se ejecute la garantía, y si se determina que éstos representan obstáculos para alcanzar los fines de este tipo de documento, no sería de recibo tal garantía.”*

 **3.-**  A partir de las anteriores observaciones, ese Departamento procedió a consultar a la empresa Oceánica de Seguros S.A. (aseguradora que emitió los Seguros de Caución aportados en ambos concursos), para clarificar los alcances que tendría el Poder Judicial en caso de tener que ejecutar la garantía de participación, por lo que en esta oportunidad se solicita valorar la respuesta brindada por dicha empresa, y determinar si esos seguros resultan convenientes para la Administración y poder así continuar con el análisis de las ofertas.

**II.- Normativa aplicable:**

 **1.-** Los tipos de garantías (tanto de participación como de cumplimiento) que prevé nuestro ordenamiento jurídico para los procedimientos de compras del Estado, están previstos en el párrafo primero del numeral 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual señala:

*Artículo 42.-* ***Formas de rendir las garantías****.*

*Las garantías, tanto de participación como de cumplimiento, podrán rendirse mediante depósito de bono de garantía de instituciones aseguradoras reconocidas en el país, o de uno de los Bancos del Sistema Bancario Nacional o el Banco Popular y de Desarrollo Comunal; certificados de depósito a plazo, bonos del Estado o de sus instituciones, cheques certificados o de gerencia de un banco del Sistema Bancario Nacional; dinero en efectivo mediante depósito a la orden de un Banco del mismo sistema, presentando la boleta respectiva o mediante depósito en la Administración interesada. Asimismo, podrán rendirse por medios electrónicos, en aquellos casos en que la entidad licitante expresamente lo autorice.*

 **2.-** Por su parte, el artículo 44 de ese mismo cuerpo de normas, otorga la facultad a las instituciones licitantes, de solicitar que se sustituyan las garantías rendidas dentro de sus procedimientos de contratación, toda vez que establece: *“La Administración, podrá solicitar la sustitución de garantías que presenten riesgos financieros de no pago…”*

**III.- Criterio:**

A partir de la situación expuesta, interesa determinar si las garantías de participación (o de cumplimiento) rendidas mediante seguros de caución, resultan convenientes para el Poder Judicial, ya que tales documentos tienen una serie de condicionamientos que no presentan las otras modalidades de garantías que históricamente ha utilizado la Institución, y que están contempladas en el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Es así como, después de valorar la información incorporada a los expedientes de contratación de ambas licitaciones, correspondiente a la respuesta brindada por el señor Eduardo Brenes Garro, Coordinador de Caución de Oceánica de Seguros S.A., mediante correo electrónico del 26 de agosto último; se desprende tanto de su respuesta, como del documento de “Condiciones Generales” que adjuntó a la misma, que para hacer efectiva una garantía de participación o de cumplimiento rendida bajo un Seguro de Caución, debe seguirse un trámite mucho más largo y bajo ciertas limitantes a los que el Poder Judicial no se ha sometido antes, y que tampoco brinda total seguridad de poder ejecutar la garantía, ya que se establecen una serie de condicionamientos y potestades a la Aseguradora que eventualmente le permitirían no resarcir (total o parcialmente) a la Institución lo pretendido.

 Lo anterior por cuanto estos Seguros se rigen por las estipulaciones del documento “Condiciones Generales”, y en lo conducente establece:

* La indemnización al asegurado (el Poder Judicial) queda sujeta a los límites, condiciones y exclusiones establecidas en el referido documento de Concisiones Generales (artículo 4).
* Señala el artículo 5 inciso 2, que *“Para efectos de solicitar su ejecución, el Asegurado deberá cumplir con el procedimiento especial de reclamo establecido en las Condiciones Generales”*.
* Dicho procedimiento se establece en el artículo 17, cuyo punto 2 corresponde al que se debe seguir en caso de garantías rendidas para el Estado, y que consiste en: **1)** dar audiencia al deudor (oferente o contratista, según corresponda) por 5 días hábiles para ejercer su derecho de defensa; **2)** indicar en el anterior traslado: a) las pruebas del reclamo, b) estimación del daño y c) monto de la garantía que se quiere ejecutar; **3)** vencido el plazo anterior, se otorga a la Administración 10 días hábiles para emitir una resolución razonada (que considere los argumentos de descargo).
* El asegurado (Poder Judicial) o el tomador, deberán 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 libera a la aseguradora del deber de indemnizar (artículo 18).

Adicional a las anteriores disposiciones, se puede observar en los Certificados de Seguro de Caución presentados dentro de las dos Licitaciones Públicas que nos ocupan, la inclusión de más obligaciones necesarias para poder ejecutar la garantía, como lo es: brindar una declaración escrita “del siniestro”, poner a disposición de la Aseguradora todos los informes y pruebas atinentes al daño, y demostrar que se utilizaron todos los medios razonables para disminuir el daño. De esta manera, se tiene que la ejecución de estas garantías resultan mucho más complejas, y quedan condicionadas a una serie de aspectos fácticos y procesales para lograr el resarcimiento económico que suponen estos documentos, con el riesgo de que si alguno de éstos no se cumpliera, el Poder Judicial podría verse impedido de ejecutar la garantía, con el consecuente perjuicio que ello genera dentro de los diferentes procedimientos de contratación.

Todo lo expuesto hasta el momento, permite ver que, pese a ser un instrumento jurídicamente válido, no resulta práctico ni conveniente su uso dentro de las compras del Poder Judicial, debido al establecimiento de procedimientos y eventuales limitaciones para poder ejecutar la garantía de manera ágil y expedita como es costumbre. A lo anterior, se debe sumar la consideración de que el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece las formas en que es posible rendir tanto garantías de participación como de cumplimiento, en las cuales no se incluye la figura del Seguro de Caución, sino que las contempladas en dicha norma son: depósito de bono de garantía, depósito a plazo, bonos del Estado, cheques certificados, cheques de gerencia, dinero efectivo y depósito ante la Administración; y por tal razón los pliegos de condiciones del Poder Judicial, incluyen una cláusula indicando que *“Se aceptará cualquiera de las modalidades previstas en los numerales del artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.”* (cláusula 4 del Anexo N° 2 del cartel de las Licitaciones Públicas Nº 2016LN-000006-PROV y 2016LN-000008-PROV).

De esta manera, se estima que la variedad de garantías previstas en el artículo 42 ibídem, sí presentan las características de seguridad, respaldo y ejecución efectiva, ágil y sin condicionamientos, que se requieren para los efectos de una garantía de participación o de cumplimiento, y mal haría el Poder Judicial en aceptar otras opciones que no sólo no están contempladas en la referida norma, sino que además, por sus propias particularidades y régimen de ejecución, llevarán a asumir nuevas funciones para poder ejecutar la garantía, y que adicionalmente no brindan total certeza de concluir el trámite con éxito, pues como quedó dicho, en los seguros de caución se deben seguir ciertos procedimientos (que incluso otorgarían plazos específicos al Poder Judicial) y demostrar aspectos como estimaciones de daños, que no son propios de las garantías que resguardan la participación o cumplimiento de las obligaciones en los procedimientos de contratación administrativa.

En otro orden de ideas, esta Dirección tiene presente que en la revisión legal de las ofertas de ambos concursos, se indicó que la admisibilidad de la empresa Caisa Inc de Costa Rica S.A., quedaba condicionada a la revisión cuidadosa que se hiciera de estas garantías de participación, ya que si se determinaba que el seguro de caución no brinda la misma seguridad que las demás garantías solicitadas en los pliegos de condiciones respectivos y nuestro ordenamiento, debía ser excluida, por haber presentado un documento que no resulta idóneo para los fines previstos.

No obstante lo anterior, a la luz de la nueva documentación e información que se valoró para rendir el presente criterio, y en aplicación de los principios de eficacia y eficiencia que deben regular todo procedimiento de contratación administrativa, es opinión de esta Dirección que se debe variar la indicación de una eventual exclusión de la oferta, y en lugar de ello, aplicar lo previsto en el numeral 44 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, de manera que se solicite a la casa comercial, que sustituya los seguros de caución por algún otro tipo de garantía de participación, con la advertencia de que se aceptará sólo alguno de los previstos en el artículo 42 de ese Reglamento, tanto por así disponerlo nuestro ordenamiento, como porque así se solicitó en los carteles de las presentes licitaciones públicas.

**IV.- Conclusiones:**

 Tomando en cuenta que el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, no contempla dentro de la lista de garantías aceptables para los procedimientos de compras del Estado, la figura del “Seguro de Caución”, aunado a los inconvenientes señalados para la eventual ejecución de tales documentos, se estima que no es posible aceptarlos dentro de los concursos que lleve a cabo el Poder Judicial, antes bien, se deberá mantener la práctica de aceptar sólo las garantías que correspondan a alguna de las opciones contempladas en la referida norma, la cual a su vez es retomada en los pliegos de condiciones que elabora el Subproceso de Licitaciones.

 Adicionalmente, esta Dirección varía la recomendación externada en los criterios de revisión legal de ofertas números 529-DJ/CAD-2016 del 27 de julio y 602-DJ/CAD-2016 del 22 de agosto, ambos del presente año, de manera que en lugar de excluir a la empresa Caisa Inc de Costa Rica S.A. de las licitaciones públicas números 2016LN-000008-PROV y 2016LN-000006-PROV, por no haber aportado una garantía de participación idónea, se le deberá prevenir para que, de conformidad con el artículo 44 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dentro de un plazo razonable (a definir por el Departamento de Proveeduría) proceda a sustituir los seguros de caución por un nuevo documento de garantía, bajo la advertencia de que sólo se aceptarán las opciones previstas en el artículo 42 ibídem.

 Atentamente,


####

c: Ref: 775-2015.-

jucar.-