



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: GARANTÍA DE PARTICIPACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

### SUMARIO:

1. CONCEPTO
2. FINALIDAD
3. EXIGENCIA
  - a. Ley de Contratación Administrativa
  - b. Reglamento General de Contratación Administrativa
4. VIGENCIA
  - a. Reglamento General de Contratación Administrativa
5. DEVOLUCIÓN
  - a. Reglamento General de Contratación Administrativa
6. FORMA DE RENDIR LA GARANTÍA
7. EJECUCIÓN
  - a. Ley de Contratación Administrativa
  - b. Reglamento General de Contratación Administrativa
  - c. Debido Proceso en su Ejecución



## DESARROLLO

### 1. CONCEPTO

"Es un aval de la responsabilidad, la seriedad y la solemnidad de la oferta; constituye una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato, siendo una medida cautelar de la responsabilidad del oferente (voto 998-98)."<sup>1</sup>

"La garantía de participación constituye el presupuesto de la oferta, de manera tal, que sin la primera no puede válidamente legitimarse la oferta ante la administración, a la vez que del mantenimiento de la garantía depende la validez la oferta."<sup>2</sup>

### 2. FINALIDAD

"En relación con la garantía de participación, debemos recordar que su finalidad va encaminada a dar seriedad a la oferta que se presenta ante la Administración, para asegurar que, en caso de resultar adjudicatario, se va a concurrir a rendir la garantía de cumplimiento y a formalizar el respectivo contrato, manteniendo las condiciones planteadas en la plica que le procuraron ganar el concurso, como precio, plazos de entrega, garantías, calidad, etc."<sup>3</sup>

### 3. CARACTERÍSTICAS

"La garantía de participación es un aval por medio del cual el contratista demuestra la intención seria, responsable y firme de contratar con la Administración, es a través de ella que se avala la solemnidad de la oferta por parte del contratista; constituyéndose en una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato. Nuestro ordenamiento jurídico dispone que es obligatoria en licitaciones públicas y licitaciones por registro y su monto es de 1- 5% de la propuesta, según lo disponga el pliego de condiciones. Entre las características que se pueden enumerar de este tipo de garantía están la unilateralidad, ya que está dada porque sólo la Administración puede exigirla, no así el particular de aquélla. Lo anterior, se desprende del artículo 33 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone que la Administración exigirá, a los oferentes, una garantía de participación. La obligatoriedad es otra de las características de la garantía de participación, toda vez que el ordenamiento jurídico impone las garantías como presupuestos de la oferta. El artículo 33.1 del Reglamento a la Ley General de la Contratación Administrativa, establece la obligatoriedad únicamente para las licitaciones públicas y por registro. La tercera, es su consustancialidad y



accesoriedad. En relación con la primera, en tanto existen como modalidad propia del procedimiento administrativo de contratación; y accesorias, en la medida que se encuentran ligadas con la obligación principal que garantiza el mantenimiento de la oferta. De la obligación principal depende su duración, reintegro, devolución, pérdida. Otra característica es su inembargabilidad, por cuanto solo tendría efecto el embargo sobre el excedente que pudiera resultar una vez cubiertas las reparaciones o indemnizaciones a que tenga derecho la Administración por el incumplimiento pre contractual o contractual propiamente dicho. Se dice además que es independiente; la doctrina propone que las garantías deben constituirse por cada contratación. No se permiten garantías permanentes, globales, indeterminadas, etc. Finalmente se enumeran entre sus características su ejecutoriedad, lo anterior significa que el cumplimiento o realización de la ejecución debe hacerse en forma plena y efectiva. En ese sentido esta Contraloría General ha señalado que la garantía de participación no solo debe tener plena ejecutoriedad sino que no debe encontrarse condicionada (véase en ese sentido el Oficio 15929 del 11 de diciembre de 1996 (DGCA-1687-96). En el caso bajo estudio se tiene por demostrado que la garantía de participación de la adjudicataria indica que la única condición para hacerla efectiva será la presentación a Banco [...] S.A. del documento original y sus modificaciones, si las hubiese. El cobro de la garantía deberá ser hecho expidiendo una carta original al Banco [...] S.A, exponiendo las razones por las cuales se hace efectiva. Recibida esta documentación, el Banco [...] SA. sin más trámite, entregará al beneficiario el pago de la garantía, contando para ello con un plazo máximo de 15 días calendario (véase hecho probado 4.1). Del documento de garantía de participación que presenta la adjudicataria efectivamente se desprende un condicionamiento de la garantía, pues la Administración debe esperar hasta un máximo de 15 días calendario para que se efectúe el pago del monto de la garantía una vez que ha presentado la solicitud de ejecución. En criterio de este Despacho tal condición desnaturaliza la plena ejecutoriedad de la garantía, pues el Banco garante en forma discrecional establece un plazo, el cual le resta inmediatez a la ejecución del documento. Tal y como lo ha manifestado este Despacho una garantía condicionada no puede ser subsanada, razón por la cual el acto de adjudicación se encuentra viciado de nulidad toda vez que se adjudicó una oferta con una garantía inaceptable para la Administración (véase el mismo oficio citado supra), en este caso lo correcto hubiera sido excluir esta oferta en la etapa de evaluación. Así planteadas las cosas se declara la nulidad del acto de adjudicación en favor del renglón N°2, en virtud de que la garantía de participación de la



adjudicataria posee un vicio insubsanable."<sup>4</sup>

"...En virtud de la especial naturaleza que poseen estas garantías, es absolutamente necesario que la disposición que de ellas pueda hacer la Administración no esté sujeta, ni en el tiempo ni en el espacio, a condición alguna, de manera que aquélla pueda ejecutarse en forma inmediata y sin cuestionamiento a priori de ninguna clase. Las garantías deben ser puras y simples; no sujetas a condicionamientos, razón por la cual la Administración no puede aceptar documentos o garantías (de participación o de cumplimiento) que no cumplan con estas características. La garantía deberá siempre poder hacerse efectiva cuando la Administración, una vez determinado y cuantificado el daño causado mediante el procedimiento correspondiente, así lo requiera, sin que resulte necesaria la intervención del Banco garante ni de terceros para la comprobación o análisis de los argumentos que para tal ejecución exponga la Entidad garantizada. En tal sentido, es propio de la naturaleza de estas cauciones el poseer tales características; así, aunque el pliego respectivo no indique nada al respecto, se da por sentada su incondicionalidad y plena ejecutoriedad. Ahora bien, a la luz de las normas reguladoras de la materia, una garantía que se encuentre condicionada no puede ser subsanada, pues en esta materia la Ley nada prevé y el Reglamento General de Contratación Administrativa establece, expresamente cuáles vicios en una garantía son susceptibles de subsanarse, sin que se contemple nada sobre el punto en cuestión."<sup>5</sup>

"V.- Conviene en primer término, referirse al concepto de garantía de participación y su importancia dentro de la contratación administrativa. Al respecto, se ha expresado que es *"un aval por medio del cual el contratista demuestra la intención seria, responsable y firme de contratar con la Administración, es a través de ella que se avala la solemnidad de la oferta por parte del contratista; constituyéndose en una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato (...)* Entre las características que se pueden enumerar de este tipo de garantía están la **unilateralidad**, ya que está dada porque sólo la Administración puede exigirla, no así el particular de aquélla. Lo anterior, se desprende del artículo 33 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone que la Administración exigirá, a los oferentes, una garantía de participación. La **obligatoriedad** es otra de las características de la garantía de participación, toda vez que el ordenamiento jurídico impone las garantías como presupuestos de la oferta. El artículo 33.1 del Reglamento a la Ley General de la



Contratación Administrativa, establece la obligatoriedad únicamente para las licitaciones públicas y por registro. La tercera, es **su consustancialidad y accesoriedad**. En relación con la primera, en tanto existe como modalidad propia del procedimiento administrativo de contratación; y accesorias, en la medida que se encuentran ligadas con la obligación principal que garantiza el mantenimiento de la oferta. De la obligación principal depende su duración, reintegro, devolución, pérdida. Otra característica es su **inembargabilidad**, por cuanto solo tendría efecto el embargo sobre el excedente que pudiera resultar una vez cubiertas las reparaciones o indemnizaciones a que tenga derecho la Administración por el incumplimiento precontractual o contractual propiamente dicho. Se dice además que es **independiente**; la doctrina propone que las garantías deben constituirse por cada contratación. No se permiten garantías permanentes, globales, indeterminadas, etc. Finalmente se enumeran entre sus características su **ejecutoriedad**, lo anterior significa que el cumplimiento o realización de la ejecución debe hacerse en forma plena y efectiva. En este sentido esta Contraloría General ha señalado que la garantía de participación no solo debe tener plena ejecutoriedad sino que no debe encontrarse condicionada ..." (Contraloría General de la República, resolución No. RC-701-2002 de las 10 horas del 31 de octubre de 2002)."<sup>6</sup>

## 4. EXIGENCIA

### a. Ley de Contratación Administrativa<sup>7</sup>

(\*) ARTÍCULO 33.- Garantía de participación.

La Administración exigirá, a los oferentes, una garantía de participación, entre un uno por ciento (1%) y un cinco por ciento (5%) del monto de la propuesta, el cual se definirá en el cartel o pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato.

La administración deberá solicitar al oferente corregir defectos formales, como: falta de timbres, de copias, de autenticación de firmas o de documentos. Los defectos deberán subsanarse en el plazo que indique el Reglamento de esta Ley, siempre que no se afecte el contenido de la oferta en cuanto a los bienes y los servicios ofrecidos, sus precios, los plazos de entrega ni las garantías.



(\*) (**ANULADO PARCIALMENTE** por resolución interlocutoria de la Sala Constitucional N° 0998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998. Aclarada por Resolución de la Sala Constitucional N° 565-I-98 de las 8:30 horas del 18 de setiembre de 1998, en el sentido de que es inconstitucional únicamente su frase inicial, que dice textualmente: "la oferta se legitimara por la garantía de participación aceptada por la administración una vez admitida la garantía").

## **b. Reglamento General de Contratación Administrativa<sup>8</sup>**

### 33.- Garantía de participación

33.1 En las licitaciones públicas y por registro, obligatoriamente, los demás procedimientos, facultativamente, la Administración exigirá a los oferentes una garantía de participación cuyo monto se definirá en el cartel o en el pliego de condiciones, entre un por ciento (1%) y un cinco por ciento ( 5%) de la propuesta relación con la complejidad del objeto del procedimiento necesidad de respaldar los daños que pueda causar el incumplimiento del oferente. Si se omitiere la indicación de este porcentaje en el cartel, se entenderá que este será de un uno por ciento (1%).

## **5. VIGENCIA**

"Dado que la oferta es una unidad, todas las partes que la componen (la garantía de cumplimiento es una parte de ella) deben tener el mismo plazo de vigencia. En algunas ocasiones, por equivocación de la Administración, indica plazos diferentes para la vigencia de la garantía citada y el resto de los componentes de la propuesta, lo cual perjudica la seguridad jurídica y la afluencia normal de ofertas, ya que esa disparidad de plazos hace incurrir en error a los proponentes descuidados."<sup>9</sup>

## **a. Reglamento General de Contratación Administrativa<sup>10</sup>**

37.7 Las garantías de participación y de cumplimiento, salvo disposición en contrario del cartel, deberán tener una vigencia original de acuerdo con las siguientes reglas:

37.7.1 La garantía de participación, hasta por un plazo mínimo de un mes contado a partir de la fecha máxima establecida para dictar el acto de adjudicación;

37.8 Cuando el oferente presente una garantía por un plazo inferior





al requerido, la Administración deberá, en el tanto esta se encuentre vigente, y no sea inferior a un 80% del plazo exigido, advertir la necesidad de ampliarla, para lo cual conferirá un plazo razonable, que no podrá extenderse más allá de la fecha de expiración de la vigencia de la garantía que debe subsanarse. En caso que el oferente no cumpla con la prevención, se le tendrá por incumpliente e incurso en la causal de ejecución de la garantía.

37.9 En los casos en los que el oferente omita indicar el plazo de vigencia de su garantía de participación, rendida mediante cheque certificado o de gerencia, certificado de depósito a plazo o dinero en efectivo, ella se entenderá vigente por el plazo mínimo exigido por el cartel o, en ausencia de éste, por un término de dos meses contados a partir de la fecha máxima establecida para dictar el acto de adjudicación.

37.10 Si cesare la vigencia de la garantía de participación, la Administración o la Contraloría General, según corresponda, tan pronto como adviertan tal circunstancia y siempre que no exista otro incumplimiento que determine la exclusión de la oferta, prevendrá al interesado, aún después de dictado el acto de adjudicación, para que dentro del término de tres días hábiles proceda a su restablecimiento.

## 6. FORMA DE RENDIR LA GARANTÍA

“Adicionalmente a lo dicho, es menester destacar que los medios para rendir las garantías en una contratación administrativa se han denominado como “numeras clausuras”, es decir, son los que taxativamente señala la legislación en la materia y que se resumen en los siguientes:

- Bono de garantía de instituciones aseguradoras reconocidas en el país.
- Bono de garantía de uno de los bancos del Sistema Bancario Nacional.
- Bono de garantía del 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.
- Dinero en efectivo depositado en la Administración interesada.



De todos los medios que permite el ordenamiento para rendir la garantía y que se han señalado líneas atrás, el medio por excelencia es el dinero en efectivo y todos los demás mecanismos son clases de títulos o documentos de fácil liquidez, es decir, que por naturaleza propia se pueden transformar en numerario sin especiales trámites."<sup>11</sup>

## 7. DEVOLUCIÓN

"Esta garantía se devolverá a su dueño, dentro de los 8 días hábiles siguientes a la firmeza en vía administrativa del acto de adjudicación. Cuando se ha descalificado una oferta, el interesado podrá retirar la garantía desde el momento en que se constate dicha circunstancia (numeral 37.11.1 del reglamento).

En realidad, la Administración devuelve esta garantía cuando su burocracia lo decida, incumpliendo los plazos citados.

Por ello, lo que dispone el numeral 37.15 del reglamento (queda terminantemente prohibido el uso o disposición de las garantías o fondos retenidos para otro fin que no sea el previsto), queda en el limbo burocrático, pues no hay sanción efectiva por su incumplimiento."<sup>12</sup>

### a. Reglamento General de Contratación Administrativa<sup>13</sup>

37.11 Las garantías serán devueltas, salvo disposición en contrario de las condiciones del concurso, de la siguiente manera:

37.11.1 La de participación, a pedido del interesado, dentro de los ocho días hábiles siguientes a la firmeza en vía administrativa del acto de adjudicación, salvo en el caso del adjudicatario, que le será devuelta hasta que rinda la garantía de cumplimiento. En aquellos casos en que se haya descalificado una oferta, el interesado podrá retirar la garantía desde el momento en que se constate dicha circunstancia.

37.12 La garantía de participación no se devolverá al adjudicatario, en tanto este no rinda la garantía de cumplimiento y satisfaga las demás formalidades conducentes a asegurar el cumplimiento de contrato dentro del plazo que a tal efecto haya dispuesto el cartel.

## 8. EJECUCIÓN

### a. Ley General de Contratación Administrativa<sup>14</sup>





ARTICULO 14.- Derecho de ejecución de garantías.

Cuando un oferente o un contratista incurra en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición.

## **b. Reglamento General de Contratación Administrativa<sup>15</sup>**

16.- Derecho de ejecución de garantías

16.1 Ejecución de la garantía de participación 16.1.1 El incumplimiento en que incurra el oferente dará lugar a la Administración para disponer en sede administrativa la ejecución de la garantía de participación, mediante resolución debidamente razonada y fundamentada, previa audiencia, por al menos tres días hábiles, para que exponga sus alegatos y pruebas de descargo.

16.1.2 El adjudicatario que no comparece dentro del término señalado a la formalización del contrato en los términos previstos en el cartel u omite rendir la garantía de cumplimiento, pierde la garantía de participación, a favor de la respectiva Administración, previa audiencia por al menos tres días hábiles.

16.3 La ejecución de las garantías de participación y de cumplimiento no excluye el cobro de los daños y perjuicios irrogados a la Administración con el incumplimiento del oferente o del contratista, ni excluye la aplicación de las cláusulas penales expresamente previstas en el contrato, ni las retenciones acordadas por las partes, cuando resulte necesario para cubrir el monto de los respectivos daños y perjuicios.

## **c. Debido Proceso en su Ejecución**

"En este contexto, el principio de legalidad adquiere especial relevancia pues la Administración depositaria de una suma de dinero, no puede adueñársela sin causa jurídica y además por su naturaleza, el Estado es solvente por derecho propio, sin que exista temor de que no haga frente a sus obligaciones. Por otra parte, los errores de los funcionarios públicos que puedan representar atropellos o ilegalidades en perjuicio de un administrado, se traducen en la ineluctable obligación de indemnizar daños y perjuicios según corresponda. De este modo, salvo excepciones lamentables que siempre se dan, la ejecución de una garantía está asistida de todo un contradictorio en el cual el oferente o contratista pueden alegar y probar lo que en su descargo



estimen oportuno. Una vez que la Administración decide lo pertinente, el sistema jurídico prevé una serie de mecanismos adicionales de control del poder, como lo son los ordinarios de la jurisdicción contenciosa o los especiales de constitucionalidad.”<sup>16</sup>

## FUENTES CITADAS

- <sup>1</sup> ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique). Derecho Administrativo Especial: Contratación Administrativa. EUNED, San José, 2002. p 127. (Localizado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 344.872.86 R763de).
- <sup>2</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 998-98 de las 11 horas y 30 minutos del 16 de febrero de 1998.
- <sup>3</sup> Contraloría General de la República. División de Asesoría y Gestión Jurídica. R-DAGJ-017-2000 de las 14 horas del 14 de enero del 2000.
- <sup>4</sup> Contraloría General de la República. Despacho del Contralor General. RC-701-2002 de las 10 horas del 31 de octubre de 2002.
- <sup>5</sup> Contraloría General de la República. Dirección General de Contratación Administrativa. Oficio 15929 del 11 de Diciembre de 1996 (DGCA 1687-96)
- <sup>6</sup> Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo. Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución N° 144-2005 de las 11 horas del 1° de abril del 2005.
- <sup>7</sup> Ley de Contratación Administrativa. Ley N°7494 del 2 de mayo de 1995. Art. 33.
- <sup>8</sup> Reglamento General de Contratación Administrativa. Decreto Ejecutivo N° 25038 del 6 de marzo de 1996. Art. 33.1.
- <sup>9</sup> ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique). Op. Cit. pp.128-129.
- <sup>10</sup> Arts. 37.7.1, 37.8, 37.9, 37.10.
- <sup>11</sup> Contraloría General de la República. Dirección General de Contratación Administrativa. Oficio 7499 del 2 de julio de 1999 (DGCA-787-99)



---

<sup>12</sup> ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique). Op. Cit. p 130.

<sup>13</sup> Arts. 37.11, 37.11.1, 37.12.

<sup>14</sup> Art. 14.

<sup>15</sup> Arts. 16, 16.1, 16.1.2, 16.3.

<sup>16</sup> Contraloría General de la República. Dirección General de Contratación Administrativa. Oficio 7499 del 2 de julio de 1999 (DGCA-787-99)