

14 de agosto de 1992

Licenciado
Alberto Cabredo
Director de Asesoría Legal del
Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación
E. S. D.

Señor Director:

Me refiero a su oficio DAL-338-92 de 21 de Julio último, en el que se nos formula consulta sobre la obligatoriedad de los postores en Licitaciones Públicas, de mantener a disposición de la entidad Ministerio que hace la licitación, la fianza de garantía provisional, por el término que señale el Pliego de Cargos. Lo medular de la preocupación planteada lo podemos obtener del siguiente párrafo de su consulta:

"Ocurre en ocasiones, que las empresas retiran sus propuestas antes de la recomendación de adjudicación definitiva que emiten las Comisiones Evaluadoras de las Licitaciones Públicas, así, incluso una empresas a la que se le ha adjudicado provisionalmente determinada Licitación Pública y la que ha manifestado en su propuesta que acepta sin restricción ni objeciones todo el contenido del Pliego de Cargos, acogiéndose con esto entre otras cosas a mantener vigente, o sea válida, su oferta por el término de 120, 180, o el que ha establecido el respectivo Pliego de Cargos, súbitamente deja sin efecto lo así manifestado, ya sea mediante notas que presenta durante la evaluación de las ofertas o concluida esta fase.

Concretamente, requerimos de su opinión sobre la posibilidad de hacer efectiva la Fianza o Garantía de Propuesta, cuando una empresa que ha participado en una Licitación Pública y ésta se

encuentra en cualquier etapa previa a la adjudicación definitiva, decide unilateralmente solicitar a la Institución que desestime su propuesta, aduciendo cualquier argumento.

Cabe señalar que el Artículo 31 del Código Fiscal establece que "si el proponente no constituye dentro del término correspondiente la fianza definitiva o no paga el precio propuesto en la venta al contado, perderá la Fianza Provisional a favor del Tesoro Nacional". Lo que también señala el Artículo 51 del Decreto 33 de 1985. Pensando algunos, con base en esto, que sólo en el caso de que no presente dentro del término correspondiente la fianza definitiva, es decir, dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la notificación de la adjudicación definitiva según lo expresa el Artículo 31, cabe hacer efectiva la fianza Provisional.

A nuestro juicio, esta interpretación restrictiva de estas normas del Código Fiscal, condicionando la efectividad de la fianza de propuesta a favor del Tesoro Nacional únicamente al supuesto que señala el artículo 31, da al traste con la finalidad de la garantía de propuesta que lo persigue es dar certeza de cumplimiento a la oferta presentada, pues los proponentes frente a la expectativa de perder su fianza se ven compelidos a presentar ofertas serias o ciertas."

La materia expuesta guarda directa relación con el procedimiento contenido en el Pliego de Cargos, los compromisos que adquieren los postores y las normas a las que se sujeta el acto de Licitación. En primer lugar hay que entender que las fianzas es una garantía de cumplimiento que se ofrece a favor del Estado. Ello indica que quien introduce o consigna una Fianza de Cumplimiento, subordina la misma a las exigencias establecidas y que son de su conocimiento, las cuales acepta y no puede vulnerar sin poner en riesgo la garantía ofrecida.

Así por ejemplo, todo postor consigna una fianza provisional que le habilita en la Licitación, sin la cual el Estado no admitiría su participación o lo descartaría al abrir el sobre respectivo. Comprobadas todas las posturas con los documentos que la Ley exige, incluyendo la FIANZA PROVISIONAL, se analizan las propuestas y se hace la adjudicación PROVISIONAL, a una determinada persona natural o jurídica.

La fianza que haya consignado el favorecido, queda automáticamente incorporada al expediente, tal como se indica en los artículos 18 y 19 del Decreto Nº.33 de 1985, reglamentario del procedimiento a seguir en las Licitaciones. Hay que entender que el Estado invierte dinero en la organización de toda Licitación, además de que se le perjudica si se retrasa por deserción de los adjudicatarios, dado que hay proyectos cuya ejecución debe iniciarse en determinado tiempo y no puede dejarse al arbitrio de quienes concurren como postores la palabra final en los mismos, permitiéndole desistir de su compromiso como adjudicatario provisional sin gravarlo por los perjuicios económicos que causa.

Es ésta precisamente la razón de la exigencia de la fianza, que dicho sea de paso se denomina de "cumplimiento" y que además lleva la garantía hasta la terminación del trabajo comprometido o el pago del saldo convenido cuando se trata de compra de bienes públicos. Con ello el Estado se asegura de que quienes participan como Licitantes lo hacen con responsabilidad y que una vez obtenida la adjudicación provisional, no pueden alegremente desistir y recibir sin sanción económica alguna, su fianza consignada.

Tal proceder podría prestarse a arreglos extraoficiales en cuanto a precios, desistiendo la que ofrece el menor costo para que se le adjudique a la que sigue en turno, que podría representar erogaciones superiores a las estimadas para el Estado. Soy de opinión que en los PLIEGOS DE CARGOS deben establecerse reglas que conduzcan a una sanción económica o compensación equivalente al monto de la fianza, para aquellos postores que luego de obtenida la adjudicación provisional, desisten antes de la adjudicación definitiva, perjudicando así el programa diseñado por la institución, el tiempo invertido y el dinero utilizado en hora-hombre para la preparación, publicación y convocatoria a la Licitación.

Por otro lado, mientras no se cumpla el periodo establecido para la adjudicación definitiva, es el Estado el que puede realizar actos preparatorios para cumplir este procedimiento, y tal como se indica en el Artículo 31, del referido Decreto Nº.33, si el favorecido con la adjudicación provisional no consigna la fianza definitiva, "perderá la fianza provisional", lo que nos indica que en ésta etapa no es posible el desistimiento sin compensar al Estado.

Así dejo contestada su consulta, la cual esperamos haber aclarado satisfactoriamente.

De usted atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

/cch.
