



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

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

**TEMA: GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO**

|  |    |
|--|----|
| 1. ARTÍCULO 34 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA .....                  | 2  |
| 2. REGLAMENTO A LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....                     | 2  |
| a. Artículo 40.- Garantía de cumplimiento.....                                 | 2  |
| b. Artículo 41.- Procedimiento para ejecución de garantía de cumplimiento..... | 3  |
| c. Artículo 42.- Formas de rendir las garantías.....                           | 4  |
| d. Artículo 43.- Vigencia de las garantías.....                                | 5  |
| e. Artículo 44.- Sustitución de garantías y retenciones.....                   | 5  |
| f. Artículo 45.- Devolución de las garantías.....                              | 5  |
| 3. LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO COMO POTESTAD UNILATERAL .....                  | 6  |
| 4. LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y LA IMPOSICIÓN DE REDUCCIONES.....             | 10 |
| 5. MOMENTO CONTRACTUAL PARA ALEGAR INCUMPLIMIENTOS.....                        | 13 |
| FUENTES CITADAS .....  | 14 |

**RESUMEN:** El presente informe busca mostrar los elementos básicos de la garantía de cumplimiento, para lo cual se exponen los artículos de la ley de contratación administrativa y su respectivo reglamento. Además se presentan algunos dictámenes de la Procuraduría General de la República sobre el tema.



## 1. ARTÍCULO 34 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

### "Artículo 34.- Garantía de cumplimiento

La Administración exigirá una **garantía de cumplimiento**, entre un cinco por ciento (5%) y un diez por ciento (10%) del monto de la contratación. Este monto se definirá en el cartel o en el pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato, para asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por el adjudicatario.

La garantía se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir, a la Administración, los daños y perjuicios imputables al contratista. Cuando exista cláusula penal por demora en la ejecución, la garantía no podrá ejecutarse con base en este motivo, salvo la negativa del contratista para cancelar los montos correspondientes por ese concepto.

La ejecución de la **garantía de cumplimiento** no exime al contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que no cubre esa garantía." <sup>1</sup>

## 2. REGLAMENTO A LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

### a. Artículo 40.- Garantía de cumplimiento.

La garantía de cumplimiento respalda la correcta ejecución del contrato, conforme la normativa vigente.

La Administración solicitará siempre en las licitaciones públicas y las abreviadas y facultativamente en los restantes procedimientos, una garantía de cumplimiento de entre el 5% y el 10% del monto adjudicado. En caso de omisión cartelaria, se entenderá que la garantía es de un 5% sobre el respectivo monto.

En función de las condiciones particulares del negocio, tales como, la cuantía inestimable, la Administración podrá solicitar un monto fijo de garantía.

Cuando la cuantía del contrato resulte muy elevada o el plazo contractual sea muy extenso y ello eleve de forma desproporcionada el monto de la garantía o resulte muy oneroso mantenerla, la Administración, en el cartel, podrá solicitar una garantía con una vigencia menor al plazo contractual, bajo la condición de que dos meses antes de su vencimiento el contratista haya aportado la nueva garantía, a riesgo de ejecución de la anterior, en caso de incumplimiento.



En caso de oferta conjunta, cada interesado podrá garantizar solo su parte del negocio. Tratándose de oferta en consorcio se rendirá una garantía que respalde el cumplimiento de manera solidaria.

Si el objeto contractual aumenta o disminuye, la Administración deberá prevenir al contratista sobre el ajuste de la respectiva garantía de cumplimiento.

Es una obligación del contratista mantener vigente la garantía de cumplimiento mientras no se haya recibido el objeto del contrato. Si un día hábil antes del vencimiento de la garantía, el contratista no ha prorrogado su vigencia, la Administración podrá hacerla efectiva en forma preventiva y mantener el dinero en una cuenta bajo su custodia, el cual servirá como medio resarcitorio en caso de incumplimiento. En este caso el contratista podrá presentar una nueva garantía sustitutiva del dinero.<sup>2</sup>

**b. Artículo 41.- Procedimiento para ejecución de garantía de cumplimiento.**

La garantía de cumplimiento se ejecutará, parcial o totalmente, hasta por el monto necesario para resarcir a la Administración, por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratista.

La garantía podrá ejecutarse por demora en la ejecución del objeto contractual, en el evento de que no se haya pactado una cláusula penal por ese motivo; en caso contrario se procederá a la ejecución de ésta última.

La ejecución de la garantía de cumplimiento o la aplicación de la cláusula penal por demora o ejecución prematura, no exime al contratista de indemnizar a la Administración, por los mayores daños y perjuicios que no cubran esas garantías.

Si ejecutada la garantía, el contrato continúa en ejecución, la Administración, deberá solicitar al contratista su inmediata restitución en las condiciones pactadas.

De previo a ejecutar la garantía de cumplimiento, la Administración, deberá dar audiencia al contratista por cinco días hábiles, a efecto de que éste pueda ejercer su derecho de defensa.

En el traslado deberá indicarse el presunto incumplimiento, las pruebas en las que se fundamenta el reclamo, la estimación del daño y el monto por el cual se estaría ejecutando la garantía.



Vencido el plazo para contestar la audiencia, la Administración contará con un plazo de hasta diez días hábiles para emitir una resolución razonada que deberá hacer expresa consideración de los argumentos formulados por la parte interesada en su descargo.

Si ejecutada una garantía el monto resulta insuficiente para indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, la Administración, podrá aplicar el monto de las retenciones del precio que se hubieren dado y los saldos de pago pendientes. En todo caso, la ejecución de las garantías, no excluye el cobro en vía judicial de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, con el incumplimiento, del oferente o del contratista, si éstos fueran mayores a los montos cobrados en vía administrativa.

#### **c. 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.

Las garantías también podrán ser extendidas por bancos internacionales de primer orden, según reconocimiento que haga el Banco Central de Costa Rica, cuando cuenten con un corresponsal autorizado en el país, siempre y cuando sean emitidas conforme la legislación costarricense y sean ejecutables en caso de ser necesario.

Los bonos y certificados se recibirán por su valor de mercado y deberán acompañarse de una estimación efectuada por un operador de alguna de las bolsas legalmente reconocidas. Se exceptúan de presentar estimación, los certificados de depósito a plazo emitidos por Bancos estatales, cuyo vencimiento ocurra dentro del mes siguiente a la fecha en que se presenta.

No se reconocerán intereses por las garantías mantenidas en depósito por la Administración; sin embargo, los que devenguen los títulos hasta el momento en que se ejecuten, pertenecen al dueño.

Las garantías deben rendirse en la misma moneda en la cual se cotizó para lo cual la Administración adoptará las medidas contables que resulten necesarias. Se exceptiona de lo anterior, las garantías rendidas mediante



un depósito en efectivo o una transferencia, en cuyo caso podrán rendirse en su equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio de referencia para la venta, calculado por el Banco Central de Costa Rica, vigente al día anterior a la presentación de la oferta o la suscripción del contrato. En este último caso el contratista está obligado a mantener actualizado el monto de la garantía.

**d. Artículo 43.- Vigencia de las garantías.**

La Administración, establecerá en el cartel la vigencia mínima de la garantía de participación y la de cumplimiento. En caso de omisión, regirán las siguientes reglas:

- a) La garantía de participación hasta por un mes adicional a la fecha máxima establecida para dictar el acto de adjudicación.
- b) La garantía de cumplimiento hasta por dos meses adicionales a la fecha probable de la recepción definitiva del objeto contractual.

**e. Artículo 44.- Sustitución de garantías y retenciones.**

Las garantías de participación y de cumplimiento podrán ser sustituidas en cualquier momento, a solicitud del oferente o contratista, previa aceptación de la Administración, siempre que con ello no desmejore los términos de la garantía original.

A solicitud del contratista y previa autorización de la Administración, cuando lo estime conveniente, se podrán sustituir las retenciones por una garantía adicional.

La Administración, podrá solicitar la sustitución de garantías que presenten riesgos financieros de no pago, como cuando su emisor está intervenido.

**f. Artículo 45.- Devolución de las garantías.**

La Administración, tiene la facultad de devolver parcialmente la garantía de cumplimiento, ante solicitud del contratista, en proporción a la parte ya ejecutada cuando sean factibles entregas parciales del objeto contratado. Esta situación deberá advertirse en el respectivo cartel, sin perjuicio de una valoración particular en la fase de ejecución contractual.



Las garantías serán devueltas, conforme las siguientes reglas, salvo disposición distinta en el cartel:

a) La de participación, a petición del interesado, dentro de los ocho días hábiles siguientes a la firmeza del acto de adjudicación. En el caso del adjudicatario, se devolverá una vez rendida a satisfacción la garantía de cumplimiento y se hayan observado las restantes formalidades necesarias para el inicio del contrato. En aquellos casos, en que la propuesta del oferente hubiera sido descalificada, el interesado podrá retirar la garantía desde ese momento, salvo que decida impugnar la decisión, en cuyo caso habrá de mantenerla vigente por todo el tiempo necesario para ello.

b) La de cumplimiento, a solicitud del interesado, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha en que la Administración, haya recibido de forma definitiva y a satisfacción el objeto contractual.

### **3. LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO COMO POTESTAD UNILATERAL**

#### ***El ejercicio de las prerrogativas de poder público***

El contrato administrativo es un instrumento para la satisfacción de los intereses generales. Esa instrumentalidad justifica el régimen particular a que se somete ese contrato. Nota característica de dicho régimen es, precisamente, la titularidad de prerrogativas de poder público, presentes en todo contrato, inherentes a él, aún cuando no hayan sido pactadas por las partes. El ejercicio de esas potestades es irrenunciable y sólo puede ser afectado por disposición del propio ordenamiento. En ese sentido, A. de Laubadere señala:

"El fundamento de esta particularidad consiste en que el contrato administrativo tiene, generalmente, como fin el permitir o facilitar el funcionamiento del servicio público. De ese hecho resulta que, en interés del servicio público, la Administración es titular de prerrogativas exorbitantes para la ejecución del contrato, que le permiten no sólo ejercer un control de alcance excepcional, sino también, en ciertas condiciones, modificar unilateralmente sus estipulaciones. Pero un tal poder comporta como contrapartida para el cocontratante una garantía -que puede no haber sido prevista en el contrato- respecto de los intereses financieros en vista de los cuales ha contratado. La particularidad de la ejecución de los contratos administrativos consiste en definitiva en la flexibilización y la derogación aportada al principio según el cual el contrato constituye, en los términos estrictos en que ha sido concluido, la ley inmutable para las partes". A, de



LAUBADERE: *Traité de droit administratif*, I, LGDA, 1984, p. 407.

Entre esas prerrogativas se encuentran los poderes de dirección, de control, la potestad sancionatoria, la potestad de modificación, la ejecución de garantías y la rescisión y resolución administrativas del contrato. Para nuestros efectos, interesan estos dos últimos privilegios.

Dispone el artículo 11 de la Ley de la Contratación Administrativa respecto de la resolución y rescisión unilateral del contrato administrativo:

"ARTICULO 11.-

Derecho de rescisión y resolución unilateral.

Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso.

Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato.

La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de la República."

La Contraloría General, en el análisis de esta norma, ha señalado que la resolución contractual procede cuando ha existido un incumplimiento imputable al contratista, mientras que ante una situación de caso fortuito, fuerza mayor o por consideraciones de interés público nos encontraríamos frente a la figura de la rescisión. En caso de rescisión la Administración se encuentra autorizada para realizar un procedimiento administrativo a fin de que se reconozcan los rubros a liquidar al contratista, los que deberán ser aprobados por el Órgano de Fiscalización Superior para que puedan hacerse efectivos (Oficio No. DI-AA-15-18 del 5 de junio del 2001, División de Desarrollo Institucional, No. 06044).

Ahora bien, dados los términos de la consulta planteada ante esta Procuraduría interesa referirnos a la resolución unilateral de los contratos administrativos ante el incumplimiento del contratista, como



potestad de la Administración. La Sala Constitucional ha señalado al respecto:

"...respecto de la resolución, doctrinariamente se ha entendido la misma como el modo de disolución anormal de un contrato en razón de una causa sobreviniente, que corresponde al incumplimiento de una de las partes y que extingue retroactivamente el contrato, resolución que puede ser declarada ex officio por la Administración cuando es el contratista el que incumple con sus obligaciones y sin perjuicio, en ambos casos, del control de legalidad que deberá ejercer el juez competente." (Voto No. 1205-96 de las 9:00 hrs. del 15 de marzo de 1996).

La resolución contractual es un poder-deber de la Administración. En resguardo de los fines públicos a los que sirve la contratación administrativa, la Administración tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de los términos del contrato. Entonces, ante el incumplimiento del contratista, la Administración tiene la potestad de resolver el contrato en vía administrativa, una vez que le haya otorgado el derecho de defensa, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley No. 7494. La resolución contractual se expresa como una cláusula exorbitante del derecho común, que le permite a la Administración resolver total o parcialmente y en forma unilateral los contratos administrativos (Contraloría General de la República, Oficio DAGJ-462-2000 del 27 de marzo del 2000, No. 2860).

Pero la Administración puede asegurarse de antemano el fiel y exacto cumplimiento de las obligaciones de su cocontratante. La garantía de cumplimiento aparece como un mecanismo de protección de la Administración frente a cualquier daño eventual ocasionado por el contratista. Dispone el artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa:

"Artículo 34.-

Garantía de cumplimiento

La Administración exigirá una garantía de cumplimiento, entre un cinco por ciento (5%) y un diez por ciento (10%) del monto de la contratación. Este monto se definirá en el cartel o en el pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato, para asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por el adjudicatario.

La garantía se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir, a la Administración, los daños y perjuicios imputables al contratista. Cuando exista cláusula penal por demora en la ejecución, la garantía no podrá ejecutarse con base en este motivo, salvo la negativa del contratista para cancelar los montos correspondientes por ese concepto.



La ejecución de la garantía de cumplimiento no exime al contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que no cubre esa garantía".

La ejecución de la garantía permite que, ante el incumplimiento del contratista, la Administración pueda hacer efectivos sus derechos de manera directa e inmediata, sin tener que acudir al juez. Se trata de una cláusula inherente a todo contrato administrativo (Miguel Angel BERCAITZ, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, segunda edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pp.337-338 y E, ORTIZ ORTIZ: *Tesis de Derecho Administrativo*, III, Editorial Stradtman, 2002, p. 188). De ese modo, la Administración puede resarcirse de los daños causados, mediante la ejecución directa por vía coactiva, sin tener que recurrir a la función jurisdiccional (cfr. M, BOHÓRQUEZ DE SEVILLA: *Las garantías en la contratación pública*, EDINO, Quito, 1992, p. 73).

Dispone el artículo 14 de la Ley de la Contratación Administrativa:

"Derecho de ejecución de garantías.

Quando 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".

La ejecución unilateral de la garantía de cumplimiento está, así, sujeta a un procedimiento en que se demuestren en forma efectiva los daños y perjuicios ocasionados a la Administración y se dé oportunidad al concontratante de ejercer su defensa (cfr. Contraloría General de la República, Oficio 13793 de 29 de noviembre de 1999 -DAGJ-423-99-):

*"La decisión de ejecutar cualquier garantía (acto de la Administración), debe ser razonada y proporcionada en sus consecuencias, debiendo ser además notificada a quien se afecta con lo resuelto, confiriéndole al menos, conforme a los principios que integran el debido proceso, oportunidad suficiente de defensa para presentar alegatos y ofrecer prueba de descargo que estime pertinente."*

(Contraloría General de la República, Oficio N° 11216 de 19 de septiembre de 1994 (DGCA-1601-94) citado en Oficio N° 3527 de 7 de abril de 1998 (DGCA 309-98).

Tratándose de potestades de acción unilateral de la Administración Pública, la resolución contractual y la ejecución de garantías no pueden ser afectadas por el procedimiento a que se refiere el artículo 723 del Código Procesal Civil, salvo disposición expresa en contrario. La Administración, por sí misma, y de forma directa e inmediata, ostenta el poder-deber de resolver unilateralmente los contratos suscritos cuando se comprueben los incumplimientos del contratista, previo otorgamiento del



derecho de defensa, así como el de ejecutar la garantía de cumplimiento, previa audiencia al interesado.

Debe analizarse otro de los supuestos a que se refiere la consulta. Se trata de la autorización que establece el Reglamento de la Contratación Administrativa para "aplicar el importe de las retenciones del precio que se hubieren practicado y los saldos de pago pendientes" al pago de los daños y perjuicios imputables al contratista no cubiertos por la garantía de cumplimiento. El derecho de retenciones constituye también una prerrogativa de la Administración. Si la garantía de cumplimiento resulta insuficiente para cubrir los daños y perjuicios ocasionados, la Administración se encuentra autorizada para aplicar por sí misma -en vía administrativa- a la cobertura del saldo en descubierto, los montos correspondientes a las retenciones del precio que se hubieren realizado y los saldos de pago pendientes. Razón por la cual también resultaría inaplicable a esta hipótesis el artículo 723 del Código Procesal Civil.

La ejecución de las potestades administrativas puede estar regulada y limitada por la ley. Por ello, en los supuestos en que expresamente el legislador lo disponga, la Administración podría encontrar problemas para ejercer unilateralmente determinadas potestades y, en particular, para resarcirse de los daños y perjuicios no cubiertos por la garantía de cumplimiento." <sup>3</sup>

#### **4. LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y LA IMPOSICIÓN DE REDUCCIONES**

##### **A-. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA ADMINISTRACIÓN**

En su oficio, se señala que la administración ha decidido unilateralmente retener la cancelación de los derechos correspondientes al contratista, a pesar de que el contrato ya concluyó y se ha dejado vencer la garantía de cumplimiento. Concretamente, se refiere a la imposición de multas por retrasos en la ejecución de la obra entregada y recibida conforme.

De conformidad con la normativa sobre contratación administrativa, el contratista tiene entre sus principales derechos, quizás el más importante, el de percibir integralmente la remuneración por su prestación, tal como se había pactado. Para mantener ese precio íntegro, la Ley permite el sistema de revisión de precios a fin de mantener el equilibrio económico (artículo 18 de la Ley de la Contratación Administrativa y 20 y 21 de su Reglamento). Se entiende, sin embargo, que ese derecho está correlacionado con su obligación de ejecutar el contrato conforme lo pactado. En caso de que ese cumplimiento no sea satisfactorio, sus derechos económicos podrían verse disminuidos por la imposición de reducciones, multas a bien una cláusula penal, cuando así!



haya sido previsto en el cartel y en el contrato suscrito. Es de advertir que esas reducciones son independientes de la garantía de cumplimiento, por la que perfectamente la Administración podría ejecutar la garantía de cumplimiento y hacer las reducciones que procedan. El artículo 36 del Reglamento de la Contratación Administrativa, con fundamento en el 34 de la Ley, dispone:

"36.1 la garantía de cumplimiento se ejecutará parcial o totalmente hasta por el monto necesaria para resarcir a la administración por los daños y perjuicios imputables al contratista. Cuando la garantía resultare insuficiente para indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, la administración podrá aplicar el importe de las retenciones del precio que se hubieren practicado y los saldos de pago pendientes, a dicha indemnización. Si quedare algún saldo en descubierto, la administración deberá reclamarla por las vías legales pertinentes'.

Esta primera cláusula se refiere al supuesto de ejecución de la garantía de cumplimiento. En caso de que sea necesario ejecutarla pero su monto resulte insuficiente para cubrir los daños, se autorice a la Administración para retener el precio y los saldos pendientes. Lo que permite suponer que bajo este supuesto la relación contractual se mantiene. Pero, puede suceder que se haya establecido en el cartel – aspecto que no se indica en la consulta y que tendría que ser verificado administrativamente por la Contraloría, de proceder una investigación sobre el punto una cláusula de retención, una cláusula penal o bien multas:

"36.2 Además de la garantía de cumplimiento, la Administración podrá incorporar en el cartel cláusulas de retención porcentual de las sumas pagadas, cuando esto sea necesario para asegurar que la ejecución total se efectuará dentro de condiciones de satisfacción del interés general.

36.3. igualmente el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura, o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas, para su aplicación no será necesario demostrar el daño".

La Administración puede hacer retenciones para asegurarse que el contrato será ejecutado satisfactoriamente, así como puede imponer multas y cláusulas penales por motivos específicos cuya realización impide que – por ese mismo motivo se ejecute la garantía de cumplimiento. Esta es subsidiaria como compensación de los daños causados por retrasos o defectos en la ejecución.

De la Ley se desprende que la administración está obligada a indemnizarse de cualquier daño y perjuicio que le sea causado por el contratista. Disposición que tiende a mantener el interés público y el interés en el correcto empleo de los fondos públicos. Por ello, se dispone:



La ejecución de La garantía de cumplimiento no exime al contratista de indemnizar a Ia Administración por los daños y perjuicios que no cubre esa garantía".

Esa disposición del artículo 34, in fine, de Ia Ley es retomada por el Reglamento al preceptuar:

36.5. La ejecución de la garantía de cumplimiento o la aplicación de La cláusula penal por demora o ejecución prematura, no exime al contratista de indemnizar a Ia Administración por los daños y perjuicios Que no cubran esas garantías".

En ausencia de una disposición específica en el contrato, pareciera que esos resarcimientos deben tener lugar en el periodo de ejecución del contrato y, en todo caso, antes de que Ia Administración tenga por definitivamente ejecutado el contrato. Ello porque una vez recibido el contrato a satisfacción debe devolverse, dentro de los veinte días hábiles siguientes, Ia garantía de cumplimiento:

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

(. . .).

37.11.2 La de cumplimiento, dentro de los veinte días hábiles siguientes a Ia fecha, en que Ia Administración licitante tenga por definitivamente ejecutado el contrato a *satisfacción y se haya rendido el informe correspondiente*. La Administración queda facultada para establecer en las condiciones del concurso Ia posibilidad de devoluciones parciales de Ia garantía de cumplimiento". (La cursiva es propia).

La garantía se devuelve porque el contrato se ha recibido a satisfacción y así se ha hecho constar. A contrario sensu, si el contrato se recibe bajo protesta (artículo 61 de Ia Ley), Ia garantía de cumplimiento no debe ser entregada.

Es de advertir, sin embargo, que Ia recepción de Ia obra a satisfacción y Ia entrega de Ia garantía de cumplimiento no eximen totalmente de responsabilidad al contratista. Si posteriormente se llegare a determinar que Ia ejecución carece de Ia calidad pactada o cualquier otro factor que determine una diferencia con lo contratado, el contratista deberá responder por los daños y perjuicios causados. Para lo cual se aplicarán los principios de La responsabilidad civil. Procede señalar que La responsabilidad no incumbirá solo al contratista, por el contrario, abarca también a los funcionarios administrativos que indujeron a Ia administración a recibir a satisfacción una obra que no reunía las características per las que se pagó.



## 5. MOMENTO CONTRACTUAL PARA ALEGAR INCUMPLIMIENTOS

"Puesto que la Administración está obligada a verificar los procedimientos de ejecución contractual, se sigue de ello que durante esa ejecución puede reclamar cualquier incumplimiento del plazo o de la calidad o cualquier otra irregularidad en que incurra el contratista. Pero estos reclamos también pueden plantearse en el momento de recepción de la obra, particularmente cuando se trata de retrasos. Podría decirse que en el momento de recibir una obra o prestación, la Administración está obligada a manifestar su disconformidad contra cualquier retraso o defecto que se haya producido. La Ley de Contratación Administrativa dispone al respecto:

"Artículo 61: Recibo de la obra

La Administración recibirá oficialmente las obras, después de contar con los estudios técnicos que acrediten el cumplimiento de los términos de la contratación, lo cual hace constar en el expediente respectivo, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes a las partes, sus funcionarios o empleados, o a las empresas consultoras o inspectoras. El recibo de la obra se acreditará en una acta firmada por el responsable de la administración y el contratista, en la cual se consignarán todas las circunstancias pertinentes.

En el caso de discrepar sobre las condiciones de la obra, la administración podrá recibirla bajo protesta y así lo consignará en el acta de recibo. La discrepancia podrá resolverse mediante arbitraje, de conformidad con las regulaciones legales y los instrumentos de derecho internacional vigentes, sin perjuicio de las acciones legales que procedan".

El recibo de la obra no es un acto intempestivo. Por el contrario, la administración recibe porque cuenta con estudios técnicos que determinan que el contratista cumplió con lo estipulado contractualmente. Si estos estudios revelan que ha habido irregularidades, la administración debe recibir la obra bajo protesta. Es de advertir, sin embargo, que la realización de esos estudios no exime de responsabilidad al contratista si luego se llegare a determinar que la obra presenta daños. Pareciera, empero, que esa responsabilidad procede en el tanto en que se trate de elementos que no pueden ser determinados en el momento de realizar los estudios correspondientes. Por el contrario, habrá elementos cuyo incumplimiento es evidente, por lo que no se necesita de muchos estudios, salvo quizás para determinar la existencia de una causa de justificación. Por consiguiente, es en el momento de recibir la obra que deberían hacerse constar. Así, en tesis de principio, cabría afirmar que un incumplimiento contractual por retraso en la ejecución debe ser alegado a más tardar en el momento de recepción definitiva de la obra o servicio." <sup>4</sup>



**FUENTES CITADAS**

- 
- <sup>1</sup> LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. N° 7494 del 2 de mayo de 1995. Art. 34  
<sup>2</sup> REGLAMENTO A LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Decreto ejecutivo 334411-H del 27 de setiembre del 2006. Art. 37  
<sup>3</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica n° C-035-2003 del 11/2/2003  
<sup>4</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica n° 049-J del 15/5/2000.