

Al contestar refiérase  
al oficio N° **09427**

02 de julio de 2019  
**DCA-2360**

Señor  
Jorge Arturo Barrantes Rivera  
Auditor Interno  
**JUNTA DE DESARROLLO REGIONAL DE LA ZONA SUR (JUDESUR)**

Estimado señor:

**Asunto:** Se da respuesta a la solicitud de criterio realizada mediante el oficio n° AI-006-2019 del 15 de enero del 2019.

Se atiende el oficio el oficio n° AI-006-2019 del 15 de enero del 2019, mediante el cual se solicita criterio de esta Contraloría General de la República respecto a temas relacionados con los ajustes que puede sufrir la garantía de cumplimiento que se rinden en los contratos de arrendamientos de inmuebles durante su ejecución. En concreto se consultan los siguientes temas:

*“a) En caso de un arrendamiento de un inmueble propiedad de una institución pública, adjudicado bajo una concesión, ¿puede esa institución indexar o asociar la garantía de arrendamiento al precio del alquiler mensual cobrado al arrendante y requerirle que actualice la garantía de arriendo rendida ante la institución según los incrementos anuales eventuales que se presenten a lo largo del contrato de concesión y arriendo?”*

*b) En caso que la respuesta a la consulta a) sea afirmativa, ¿qué implicaciones legales podría tener un concesionario en caso de incumplimiento de la actualización de las garantías de arrendamiento otorgadas a una institución pública?”*

## I. Criterio de la División.

### 1. Sobre los alcances de nuestro pronunciamiento.

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se regula en el artículo 29 de la Ley No. 7428 del 4 de setiembre de 1994 y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, Resolución No. R-DC-197-2011.

Este órgano contralor, de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva o en su caso por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, de tal manera que lo que se emiten son criterios generales sobre los asuntos consultados, debiendo analizar lo indicado para que adopte las decisiones que correspondan.

Lo anterior se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, por lo que solo se atenderá la consulta en términos generales.

### 2.- Sobre la Garantía de cumplimiento

El artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) regula lo concerniente a la garantía de cumplimiento que deben rendir quienes resulten adjudicatarios de los procesos de adquisición de bienes y servicios que realicen las Administraciones. En lo que interesa, dicha norma indica lo siguiente:

*“ARTICULO 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.”*

Este artículo se complementa con el numeral 41 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) al señalar:

“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.”

Las garantías de cumplimiento deberán estar vigentes hasta por dos meses adicionales a la fecha probable de recepción de los bienes y servicios. Sin embargo es importante resaltar que la garantía de cumplimiento puede ser ajustada o sustituida durante el periodo del contrato, en el tanto no se desmejoren las condiciones de la rendida originalmente, como lo determina el artículo 44 del RLCA.

Este último aspecto es de relevancia para acreditar que las condiciones de la garantía de cumplimiento se regulan desde el pliego de condiciones y se puede plasmar en el propio contrato o documento donde se formalice la contratación respectiva.

A nivel jurisdiccional, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta del Segundo Circuito Judicial de San José, en el fallo No. 038-2017-VI. de las horas trece horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de marzo del dos mil diecisiete indicó:

*V.- Sobre la garantía de cumplimiento. Regulación jurídica. La existencia de un contrato administrativo supone la concurrencia de una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre las partes concurrentes. En lo que viene relevante al caso, una de las principales obligaciones del contratista es precisamente la ejecución efectiva y eficiente del objeto de la contratación, en los términos y condiciones que fueron ofertados, adjudicados y luego formalizados en el respectivo contrato administrativo, lo que incluye desde luego, el conjunto de modificaciones que se hayan incorporado a ese vínculo como derivación del ejercicio de modificación unilateral de la Administración, dentro de los límites que consigna el ordinal 12 de la Ley No. 7494. Este deber de cumplimiento se encuentra positivizado en la letra del artículo 20 de la Ley de Contratación Administrativa que establece la obligación de los contratistas de "... cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato." Este deber de cumplimiento es fundamental para la debida satisfacción del interés público que, en tesis de principio, constituye la base legitimante y finalidad misma del régimen contractualista público, en la medida en que el objeto de la contratación solo se verá satisfecho ante el cumplimiento debido de los aspectos cualitativos y cuantitativos que se han asignado al contratista y que son necesarios para obtener aquel bien o servicio que le ha sido confiado mediante este mecanismo negocial. Ahora, si bien en la dinámica de los contratos administrativos impera una máxima de buena fe y mutua colaboración en la ejecución contractual, dado el interés público de base presente en este régimen (elemento teleológico), es necesario que el contratista rinda caución para asegurar el debido cumplimiento del contrato, así como de los eventuales daños y perjuicios que pueda ocasionar un incumplimiento total o parcial de las cargas contractuales. Desde este plano, el numeral 34 de la Ley No. 7494 estatuye la figura de la garantía de cumplimiento, como mecanismo que busca asegurar que los posibles daños y/o perjuicios ocasionados por el contratista en la fase de ejecución contractual (o la ausencia de esta), puedan ser indemnizados a la Administración, mediante un respaldo que mantiene bajo su custodia y que ha sido previamente requerido en el procedimiento de contratación y rendido por el adjudicatario. Acorde a esa norma, el monto de la garantía debe definirse previamente en el cartel de la licitación, y oscila entre el 5 y el 10%, siendo que cuando se requiera y no se indique el porcentaje, aplica la alícuota menor. Empero, cuando se trate de una contratación de cuantía inestimable podrá*

*establecerse un monto fijo (art. 40 Decreto 33411-H). Cabe señalar, la naturaleza de esta garantía no es punitiva, sino indemnizatoria. Ergo, no basta la acreditación de incumplimiento de obligaciones para ejecutarla; resulta impostergable que la Administración acredite los daños y perjuicios ocasionados con esa desatención. El mismo artículo 34 de la citada Ley de Contratación expresa de manera diáfana que esa garantía debe rendirse: "...para asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por el adjudicatario." Esa connotación reparadora se ratifica en el párrafo final de esa norma cuando señala: "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." Igual regulación se observa en el canon 40 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Atendiendo a esa naturaleza indemnizatoria, esta garantía debe ser restablecida caso que se haya ejecutado en el curso de la ejecución contractual. De igual modo, tal y como ha sido expuesto, la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios no se limita al topó económico de la garantía, por lo que, caso que aquellas lesiones patrimoniales fuesen superiores al monto cubierto por la caución, el contratista debe responder por esa parte al descubierto. En cuanto al procedimiento para ejecutar este título, el artículo 41 del Decreto 33411-H establece las pautas a seguir. En concreto, dicha norma señala que de previo a la ejecución, la Administración ha de dar un plazo de cinco días hábiles al contratista para que pueda ejercer su derecho de defensa. Agrega, dentro del traslado es menester expresar 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. La citada normativa impone un plazo de diez días hábiles una vez vencida la audiencia al contratista, para emitir acto final en cuanto a la ejecución o no de la garantía, a efectos de lo cual, se impone que el acto sea debidamente motivado con referencia y análisis expreso de los alegatos formulados por el contratista. Finalmente se señala que en caso de no ser suficiente la garantía para cubrir el monto de 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. Lo anterior en el entendido que la ejecución de la caución no impide el cobro judicial por los daños no cubiertos con el monto de la garantía.*

Como se aprecia la Garantía de cumplimiento es un instrumento que se puede utilizar por parte de la Administración como medida de mitigar el riesgo del incumplimiento de alguna contratación por parte del adjudicatario de ella. Es de índole indemnizatorio y de no cubrir plenamente los daños ante esa situación, estos se pueden resarcir por otras vías. La garantía de cumplimiento debe estar vigente y actualizada al monto fijado contractualmente por todo el periodo que dure la contratación administrativa, en los términos legales y reglamentarios antes comentados.

Por tal motivo, ante un incumplimiento del contratista que genere un daño, se puede ejecutar proporcional o totalmente la garantía de cumplimiento, de forma que si persiste la relación contractual, la misma debe ser rendida nuevamente en los términos contractuales y

cartelarios previstos. Al respecto el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en la Sentencia No. 93-2015 de las trece horas del cuatro de agosto de dos mil quince indicó:

*“Ahora bien, atendiendo a principios de equidad y justicia, la garantía de cumplimiento debe ejecutarse en forma proporcional al efecto del incumplimiento advertido y comprobado, de manera que de previo a establecerse la sanción respectiva, es necesario determinar la naturaleza jurídica del contrato, la modalidad en que debía ejecutarse la obligación (por ejemplo si era entrega inmediata o a tractos), para ponderar luego el alcance real y efectivo del incumplimiento en que incurre el contratista. Por supuesto, ante la magnitud de ciertos incumplimientos, la Administración estará inevitablemente obligada a la ejecución total de la garantía, sin embargo, en otras circunstancias, será factible ejecutar la caución brindada en forma proporcional. Referido a este tópico, en la legislación vigente que sobre contratación administrativa se ha dictado, se prescribe como regla, que la garantía se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir, a la Administración, los daños y perjuicios imputables al contratista (Ver artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa),...”*

### **3.- Sobre la emisión de garantías de cumplimiento en los contratos de concesión de gestión de servicios públicos**

La Concesión de gestión de servicios públicos se regula en artículo 74 de la LCA, que señala:

*“ARTICULO 74.-Supuestos y régimen. La administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial. Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad. La administración siempre conservara los poderes de supervisión e intervención, necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios. La concesión de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter indefinido. Según la naturaleza del servicio, en el reglamento se fijará su duración, que no podrá exceder de veinticinco años. Todas las concesiones de gestión de servicios públicos estarán precedidas de un anteproyecto de explotación, en el que se definirán, minuciosamente, las condiciones de la prestación, las tarifas, las facultades para supervisar, las garantías de participación y cumplimiento, las modalidades de intervención administrativa y los supuestos de extinción. Los concesionarios de gestión de servicios públicos responderán, directamente, ante terceros, como consecuencia de la operación propia de la actividad, excepto cuando el daño producido sea imputable a la administración. La administración podrá variar las características del servicio concedido y el régimen tarifario, cuando existan razones de interés público, debidamente acreditadas, previo trámite del expediente respectivo. Si estas modificaciones alteran el equilibrio financiero de la gestión, la administración deberá compensar al contratista, de manera que se restablezcan las condiciones consideradas en el momento de la adjudicación. El régimen definido en*

*este artículo no se aplicará a las concesiones de servicios públicos, a cargo de particulares, reguladas por ley especial.”*

Conforme a esta norma, en todas las concesiones que se desee realizar al amparo de ese numeral, requiere que de previo a efectuar el concurso para escoger al adjudicatario, la Administración Concedente debe contar con un anteproyecto de explotación, en el que, entre otros temas, se tendrá que definir minuciosamente lo concerniente a las garantías de cumplimiento.

De igual forma, ese artículo determina la posibilidad de que se presenten cambios en el servicio concesionado. Si esas modificaciones llegaran a provocar alguna alteración en el equilibrio financiero de la relación contractual entre la Administración Concedente y la empresa concesionara, se deberá compensar al contratista, con el objetivo de que se restablezcan las condiciones consideradas en el momento de la adjudicación.

Es importante advertir, que como se mencionó en el apartado de las garantías de cumplimiento, que ese instrumento es un mecanismo de indemnización ante un incumplimiento que se tiene que regir por la LCA y el RLCA. No es una forma de reestablecer el equilibrio económico del contrato

#### **4.- Sobre la actualización de precios de un arrendamiento y la garantía de cumplimiento**

Es importante que al analizar un contrato, no se entremezclen las reglas de una figura contractual con otra si no son compatibles. Al revisar el oficio que origina la gestión que se atiende, se puede apreciar que el consultante entremezcla lo relativo a concesión de instalaciones públicas con los contratos de concesión de gestión de servicios públicos. Por ello, es importante tener claro que son figuras diferentes. Ya se comentó lo relativo a las condiciones de la garantía de cumplimiento en los contratos de concesión de gestión servicio público, por lo que se procederá a analizar ahora lo concerniente a los arrendamientos de inmuebles.

El artículo 168 del RLCA determina las condiciones a tomar en cuenta al realizar un contrato de concesión de instalaciones públicas al determinar:

***“Artículo 168.-Concesión de instalaciones públicas. Para alcanzar un mejor cumplimiento del fin público a que está afecta una instalación, la Administración Pública podrá, mediante licitación pública darla en concesión a personas físicas o jurídicas, con el objeto de que la exploten en la prestación de un servicio complementario del respectivo fin público, a cambio de un precio que se determinará a través del concurso respectivo.***

*Dentro de las condiciones contractuales se deberán considerar los aportes de la Administración, como electricidad, agua, insumos, bienes muebles y utensilios. El*

*concesionario tiene prohibido dar a esos bienes y materiales otros usos comerciales ajenos a la prestación del servicio, caso contrario se tendrá como una causal de resolución contractual.*

*La concesión de instalaciones públicas otorga al concesionario únicamente el beneficio de utilizar el bien por el plazo establecido y para el exclusivo cumplimiento del interés público pactado. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por absolutamente nula. La concesión no generará relación de inquilinato, derecho de llave ni otro beneficio diferente del indicado.*

*La Administración podrá poner término a la concesión, cuando lo estime necesario para la mejor satisfacción del interés público. Lo hará mediante resolución motivada, previo aviso al concesionario, dentro del plazo establecido en el cartel y en su defecto con al menos tres meses de anticipación. Cuando las causas de la terminación del contrato no sean atribuibles al concesionario, se le deberá indemnizar por los daños y perjuicios causados que reclame y demuestre haber sufrido.”*

Como se parecía, el modelo de la concesión de instalaciones públicas no generará relación de inquilinato, derecho de llave ni otro beneficio diferente del indicado. Al ser una modalidad contractual que se tramitaría por medio de la licitación pública, se debe aplicar las reglas de la fijación de la garantía de cumplimiento conforme a las reglas de ese procedimiento, que ya se han comentado en este oficio.

Con base a lo expuesto en este oficio, corresponderá a esa Auditoría determinar la situación que experimenta JUDESUR con los contratos que posea, según se trate de arrendamientos o de concesión de servicios. Como se mencionó, conforme a la normativa que regula la emisión de criterios de este órgano contralor, no es posible resolver los casos concretos, correspondiéndole a los consultantes realizar ese análisis a partir de lo que se contesta.

De esta forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Allan R. Ugalde Rojas  
**Gerente División**

AUR/apus  
NI: 0708  
G: 2019000868-1

