

Bolsa Nacional de Valores S. A.
Dirección de Asesoría Legal
AL- 001-03

PARA: Lourdes Fernández Quesada, *Directora*

DE: Fresia Ramírez Villalobos, *Abogada Asesora*

ASUNTO: **Dictamen sobre las Garantías de Cumplimiento otorgadas por los Bancos**

FECHA: 03 de enero del 2003

Resumen Inicial:

- El otorgamiento de garantías o avales bancarios se encuentra dentro de las distintas clasificaciones doctrinales de los contratos bancarios
- Se trata de un contrato de comisión. En el encargo que formula el ordenante a su banco con vistas al contrato de garantía subyace el elemento de confianza típico de todo mandato.
- Existen varias clasificaciones de las garantías bancarias, siendo la más importante a los efectos del presente estudio, aquella según la forma de reclamación de la garantía, a saber:
 - ✓ Garantía a primera demanda: es la más frecuente ya que conlleva una mayor seguridad para quien la recibe. El banco garante deberá pagar el importe de la garantía una vez que haya tenido conocimiento de la reclamación del beneficiario. Es aquella en la que el pago queda condicionado únicamente a la existencia de una simple reclamación escrita del beneficiario. Toda reclamación deberá producirse dentro del plazo de validez fijado para la garantía, siempre que existiera una expresa disposición al respecto, y tampoco podrá hacerse por un importe superior a la cantidad por la que el banco la otorgó. El banco no investigará si tal reclamación está justificada, sino que procederá al pago y hará recaer las consecuencias del mismo sobre el ordenante de la garantía. Será éste a quien corresponderá demostrar que el pago obtenido era improcedente y actuar en contra del beneficiario

- ✓ Garantías condicionadas: son aquellas en las que la reclamación está supeditada al cumplimiento de los términos pactados por las partes. Una de las medidas más utilizadas ha sido la de exigir del beneficiario que pretende el pago de la garantía que aporte junto con su reclamación escrita una serie de documentos que acrediten el fundamento de su acción (*también se le conoce como garantía documentaria*)
- La reclamación de la garantía resulta válida a partir de la producción del supuesto garantizado, dicha reclamación debe realizarse de conformidad con los requisitos materiales, formales y temporales que para la misma se hubieran pactado.
- Presentada y examinada la reclamación de la garantía, si el banco garante considera que ha quedado suficientemente acreditado el supuesto garantizado, que se han aportado los documentos requeridos o que, simplemente, la reclamación es correcta desde el punto de vista formal, queda obligado a efectuar el pago de la garantía sin que el beneficiario pueda en ningún caso, solicitar una prestación distinta de la entrega de una suma de dinero.
- Una vez efectuado el pago, la extinción de la garantía opera con independencia de que el documento sea devuelto al garante o permanezca en poder del beneficiario.
- En nuestro país, el fundamento legal para el otorgamiento de este tipo de garantías lo encontramos en el artículo 113 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.
- Asimismo en el campo de la contratación administrativa, la figura se encuentra regulada en forma más específica, en los artículos 34 siguientes y concordantes de la Ley de Contratación Administrativa, 37 siguientes y concordantes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, 33 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, etc.

I.- Antecedentes:

A lo largo de muy variados períodos históricos, se denota la escasa prestación de garantías por parte de la banca a sus clientes, debido en gran medida a causas sociológicas, como ejemplo podemos señalar la falta de preocupación de los legisladores por regular esta clase de operaciones y es sólo a finales del siglo pasado que empezó a tener un mayor auge, como consecuencia de la cada vez más extendida costumbre de las Administraciones Públicas de exigir garantías para la adjudicación y ejecución de contratos públicos. Asimismo, el auge del comercio internacional producido a partir de la II Guerra Mundial va a influir también en forma decisiva sobre la expansión de las garantías bancarias.

Con base en lo anterior podemos decir que cada vez son más numerosos los ámbitos contractuales en los que la existencia de una garantía personal suficiente de las obligaciones que se pactan supone una condición esencial para la conclusión del contrato principal. Esto se produce normalmente en dos ámbitos específicos tal y como se expuso supra: la normativa de los contratos administrativos y la aplicable al comercio internacional.

En las garantías bancarias, el banco pasa de ser acreedor garantizado a transformarse en garante, respondiendo contractualmente frente a terceros por alguna obligación asumida por un cliente.

Todo contrato de garantía personal está inspirado especialmente en la vinculación entre el fiador y el deudor basada en el elemento confianza, que empuja al primero a responder por una obligación ajena, si bien normalmente existe una presunción y convicción del propio garante de que la obligación será completamente satisfecha por el obligado principal. En el ámbito bancario, ese elemento personal también influye en la conclusión de cualquier contrato. No obstante refiriéndolo al otorgamiento de garantías es cada vez más reducida su influencia, en beneficio de otros criterios de valoración más objetivos que consisten en apreciar la seriedad, la solvencia patrimonial, la honorabilidad o la reputación de buen pagador del cliente sin que ello signifique que aquél deba ser desatendido.

El banco, a diferencia del fiador ordinario o común, presta la garantía por motivos profesionales, como un aspecto más de su actividad habitual, esto conlleva un estudio previo de los riesgos que asume y la adopción de medidas previsorias.

Además de la selección del deudor garantizado y al estudio pormenorizado de los riesgos, la inspiración profesional de la garantía empuja al garante a valorar la obtención de un beneficio, traducido en el pago de una comisión, que supera la presumible intención de todo fiador que busca principalmente colaborar o auxiliar al deudor en sus relaciones frente a terceros.

La finalidad de la garantía prestada por un banco es la de asegurar el cumplimiento de una prestación frente a su acreedor.

II.- Función económica de las garantías bancarias

La determinación de la función económica que persigue la garantía depende del interés que persigue cada una de las partes interesadas en el contrato con su conclusión.

a) El beneficiario (acreedor)

Para quién la recibe, ésta cumple una función de aseguramiento de que la garantía cubra la realización de las prestaciones contractuales, e incluso las precontractuales. Asimismo

busca tener la posibilidad de reclamar la garantía en cualquier momento, sin que pueda verse obligado a demostrar la validez o admisibilidad de esa reclamación.

El beneficiario de la garantía persigue, ante todo, que la ejecución de la misma no pueda verse condicionada en ninguna medida por circunstancias ajenas al contrato de garantía, lo que significa una desconexión en este aspecto entre la obligación principal y la de garantía.

Fue inicialmente en el comercio internacional en donde por medio de la cláusula *a primera demanda*, se trataba de satisfacer todas las precauciones antes indicadas. Lo que viene a establecer esta cláusula, es que basta la simple indicación del beneficiario para estimar como válida su reclamación, no podrá exigírsele la prueba del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. Con esta cláusula, en lugar de verse obligado a demostrar la validez o fundamento de su reclamación, el beneficiario traslada la carga de la prueba a la persona del ordenante, que en caso de estar disconforme con el pago de la garantía, será el obligado a actuar judicial o extrajudicialmente. Por otro lado, el beneficiario tendrá la certeza de que el pago derivado de la reclamación de la garantía es seguro por la especial solvencia del garante (el banco), a la vez que los daños derivados de la conducta del deudor negligente van a ser paliados con la puesta a su disposición de dinero líquido.

En resumen, la garantía otorgada por un banco al beneficiario ofrece notorias ventajas, sobre todo si es reclamable *a primera demanda*.

b) El banco garante

Además de la obtención de un beneficio económico, el garante sólo admitirá que su obligación se supedite a aquellas condiciones cuya concurrencia presuponga una mera comprobación formal o documental, que no le obligue a examinar la validez de la reclamación a la vista de los elementos materiales el contrato garantizado.

Es decir, el banco también está interesado en una garantía a primera demanda, con lo que su interés coincide con el del beneficiario. La reclamación realizada conforme con lo acordado debe dar lugar al pago al beneficiario del importe de la garantía con lo que el banco considera que el negocio de garantía ha terminado para él.

Una vez realizado el pago, el banco podrá ejercer su derecho en vía de regreso contra el ordenante que deberá indemnizarle por dicho concepto, sin que para ello tenga relevancia si la reclamación atendida resultaba lícita o no. Como es usual en toda operación bancaria que conlleva un eventual crédito a favor del banco, éste habrá procurado obtener del ordenante o de una tercera persona las garantías suficientes para asegurar su indemnización. Estas *contragarantías* exigidas al cliente pueden ser de variada naturaleza.

Con lo anterior, el banco consigue eliminar las dos clases de riesgo que conlleva un contrato de garantía. A través de la cláusula a primera demanda evita que la realización de su prestación pueda depender de condiciones ajenas a su intervención, dado que las condiciones sólo se referirán a los requisitos formales de la reclamación, cuya comprobación es competencia exclusiva del banco. Esta firmeza de la posición del banco frente a su ordenante, se ve reforzada por medio de las contragarantías. Por otro lado el banco consigue que cualquier actuación irregular o fraudulenta por parte del beneficiario repercuta sobre el ordenante.

c) *El ordenante*

El empresario que es capaz de obtener rápidamente y sin dificultades una garantía de su banco, aparece reforzado en su imagen y en lo que atañe a su solvencia económica ante el acreedor. La vinculación existente entre el otorgamiento de la garantía y la conclusión del contrato principal suponen también que el ordenante traslada el interés económico que tenga en el contrato principal a la conclusión del de garantía. Lo habitual es que el contrato principal contenga una cláusula de garantía, por medio de la que el comprador queda obligado a presentar un aval o garantía bancaria acorde con las condiciones incluidas en dicha cláusula. Es decir el ordenante de la garantía podrá establecer unas condiciones favorables a sus intereses en un contrato en el que no participa directamente, pues se concluye entre el banco y el acreedor. Si por el contrario, el ordenante renuncia a influir de esa forma en las condiciones de la garantía por la consideración que le merece el acreedor u otros; el riesgo de una reclamación injustificada de la garantía aumentará en gran medida. Así sucedería cuando se acuerda que el ordenante deberá aportar una garantía *a primera demanda o a primera solicitud* en la que, a cambio de una mayor seguridad para el beneficiario, a aquél le corresponde un mayor nivel de riesgo.

III.- El otorgamiento de garantías como contrato bancario

Además de la participación de una empresa bancaria y su función de crédito, es también un elemento característico de los contratos bancarios, el elemento personal y que consiste en la existencia de una relación especial entre el banco y su cliente. De lo anterior se colige que el otorgamiento de garantías o avales bancarios se encuentra dentro de las distintas clasificaciones doctrinales de los contratos bancarios. En este orden de ideas, se definen a los avales bancarios como operaciones activas, en las que el banco concede crédito a su cliente. No obstante, en éstas el crédito no se traduce en la entrega o puesta a disposición de dinero, sino que el instrumento a través del cual se canaliza el crédito es la firma del banco declarando su voluntad de transformarse en garante de su cliente.

IV.- Clases de garantías bancarias

a) *Según su objeto:*

Finalidad de la garantía

- ✓ Garantía de licitación: esta cubre al beneficiario del posible daño que para él supondría que el adjudicatario no presentara las garantías de ejecución o de entrega, que deben reemplazar la de licitación y cuya presentación supone normalmente la inmediata resolución de la adjudicación. La garantía de licitación asegura el otorgamiento de otras garantías.
- ✓ Garantía de ejecución: consiste en la garantía de cumplimiento de una obligación, es decir, la correcta ejecución del contrato.
- ✓ Garantía de reembolso: con ésta se persigue evitar que el ordenante que recibió diversas sumas de dinero para o como consecuencia de la ejecución del contrato retenga esas cantidades en su poder sin cumplir sus obligaciones contractuales.

Naturaleza de la obligación garantizada

- ✓ Garantía de pago: Constituye la contrapartida o prestación recíproca de la garantía de ejecución o cumplimiento, ya que quien en una, es ordenante, es el beneficiario de la otra, y viceversa.
- ✓ Garantía de conocimiento de embarque: también conocida como garantía por falta de documentos. Y se refiere al aseguramiento de los riesgos que se derivan de los distintos supuestos en los que falta cualquier otro documento.
- ✓ Garantía de vicios o defectos: es aquella que asegura al beneficiario ante el riesgo de que una vez satisfecha su prestación por el ordenante, en un momento posterior presente el bien entregado o la instalación, defectos que requieran una labor de mejora por parte de aquél.
- ✓ Garantía de crédito: en ésta el banco que la otorga responde frente al beneficiario de la misma, quién habrá concedido un crédito con anterioridad, por el eventual incumplimiento de quien recibió dicho crédito, especialmente por lo que atañe a la obligación de éste último de reembolsar la cantidad recibida, así como sus intereses y otros costes derivados de la falta de pago.
- ✓ Garantías de operaciones bursátiles: es la garantía prestada por un banco en relación con operaciones a realizar en el marco general de la contratación bursátil.
- ✓ Garantías en el mercado hipotecario: es aquella que se otorga para garantizar la devolución de préstamos ajenos cuando el prestatario constituya en contragarantía, a favor del garante, una hipoteca inmobiliaria

- ✓ Garantía indirecta o contragarantía: es la que tiende a garantizar el riesgo asumido por un banco al prestar un aval

b) Segundo la personalidad del beneficiario

- ✓ Garantías ante el Servicio de Aduanas
- ✓ Garantías ante la Administración Laboral
- ✓ Garantías procesales

c) Segundo la forma de reclamación de la garantía

- ✓ Garantía a primera demanda: es la más frecuente ya que conlleva una mayor seguridad para quien la recibe. El banco garante deberá pagar el importe de la garantía una vez que haya tenido conocimiento de la reclamación del beneficiario. Es aquella en la que el pago queda condicionado únicamente a la existencia de una simple reclamación escrita del beneficiario. Toda reclamación deberá producirse dentro del plazo de validez fijado para la garantía, siempre que existiera una expresa disposición al respecto, y tampoco podrá hacerse por un importe superior a la cantidad por la que el banco la otorgó. El banco no investigará si tal reclamación está justificada, sino que procederá al pago y hará recaer las consecuencias del mismo sobre el ordenante de la garantía. Será éste a quien corresponderá demostrar que el pago obtenido era improcedente y actuar en contra del beneficiario
- ✓ Garantías condicionadas: son aquellas en las que la reclamación está supeditada al cumplimiento de los términos pactados por las partes. Una de las medidas más utilizadas ha sido la de exigir del beneficiario que pretende el pago de la garantía que aporte junto con su reclamación escrita una serie de documentos que acrediten el fundamento de su acción (*también se le conoce como garantía documentaria*)

V.- Las garantías a primera demanda como contrato autónomo de garantía

Este tipo de modalidad contractual en la mayoría de los casos es atípica legislativamente, pero típica socialmente en el tráfico bancario y de modo particular en el comercio internacional. El contrato autónomo de garantía se encuentra en la actualidad dotado de una tipicidad social o jurisprudencial, si bien la falta de una reglamentación legislativa hace que sean inciertos varios aspectos de su disciplina.

a) Noción

Es aquel contrato por el que el banco garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando éste notifique a aquél no haber obtenido una determinada

prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero.

b) Características

Se trata de un contrato que garantiza una determinada prestación o resultado económico. El contrato presupone, la existencia de otro contrato en el que se prevé un resultado económico o una prestación a favor del beneficiario.

La obligación del garante depende de la notificación por parte del beneficiario del incumplimiento de la obligación garantizada. No existe una accesoria entre la prestación debida por el garante, respecto a la obligación garantizada.

Autonomía entre el contrato base y el contrato de garantía. La autonomía no significa sólo que las condiciones del contrato de garantía no están vinculadas con las del contrato subyacente, sino que se manifiesta primordialmente en la obligación del banco y en las circunstancias de su cumplimiento.

Basta la simple notificación del beneficiario al garante, en la forma prevista en el contrato de garantía, para que éste deba cumplir la prestación.

Es un contrato unilateral en cuanto a las obligaciones que dicho contrato ocasiona y en cuanto a la estructura de tales obligaciones. Del contrato se deriva una obligación concreta a cargo de una de las partes, el banco garante.

VI.- La relación jurídica entre el ordenante y el banco garante

a) Naturaleza Jurídica

Se trata de un contrato de comisión. El encargo que formula el ordenante a su banco con vistas al contrato de garantía subyace el elemento de confianza típico de todo mandato. Por el mandato o comisión se encomienda a otra persona la realización de un hecho por cuenta y en interés de otra, lo que significa que existe una cierta confianza en que la capacidad personal, profesional o técnica del mandatario o comisionista no van a defraudar esa expectativa.

b) Obligaciones de las Partes

b.i Deberes del ordenante:

- Pago de una remuneración al banco:

La cantidad que el banco recibe por tal concepto suele determinarse por medio de la aplicación de un porcentaje sobre la cantidad que el banco pudiera llegar a tener que pagar como consecuencia de ella.

- Dar al banco instrucciones apropiadas para la conclusión del contrato de garantía con el beneficiario:

Las instrucciones u órdenes del comitente al comisionista no son, en principio, una obligación que se impone al comitente, sino más bien un presupuesto para el buen desempeño por parte de aquél de la comisión. El ordenante deberá dar al banco instrucciones precisas y suficientes para la correcta conclusión de la garantía. No obstante el excesivo condicionamiento de una garantía es causa frecuente de su rechazo por parte del beneficiario.

El contenido mínimo de las instrucciones que el cliente debe transmitir al banco comprenderá los siguientes elementos:

- a) Indicación del beneficiario
- b) Indicación del importe de la garantía
- c) Indicación del plazo de validez de la garantía: es importante que el ordenante indique al banco cuál será la vigencia de la garantía y a partir de qué fecha no deberá ser atendida ninguna reclamación del beneficiario.
- d) Indicación de la forma de pago de la garantía: debe señalarse si la garantía será “a primera demanda” o si dicho pago deberá realizarse una vez que la reclamación por parte del beneficiario venga acompañada del cumplimiento de algunas condiciones.

- Obligación de anticipar fondos al banco:

En principio no debería exigirse una provisión de fondos ya que resulta incompatible con la propia esencia de la garantía otorgada por el banco. Sin embargo, los bancos suelen exigir la entrega de cierta cantidad, no entendida como una “provisión de fondos”, sino que, en rigor, se trata de una forma a través de la que el banco tarta de asegurarse frente al posible pago de la garantía: no es una provisión para la ejecución de la comisión, se trata, al contrario, de una cantidad sobre la que el banco hará recaer las consecuencias del cumplimiento del contrato de garantía y no los gastos derivados de la ejecución de la comisión.

- Obligación de constituir las contragarantías que el banco solicite:

El banco se encuentra ante la necesidad de asegurarse frente a un hipotético pago – por cuenta de- su cliente. Por tal razón el banco adopta desde un primer momento las medidas jurídicas destinadas a cubrir ese riesgo. Esas medidas son las llamadas contragarantías.

Las contragarantías buscan –garantizar al garante-, o lo que es lo mismo, conceder al banco una cobertura jurídica y patrimonial similar, en cuanto a su función y eficacia, a la que él confiere por su parte al otorgar un aval al acreedor de su cliente. En cuanto a los tipos de contragarantías, éstas adoptan formas y revestimientos jurídicos comunes a los aplicados a asegurar las deudas que los clientes tienen con

los bancos. Si bien, como dijimos estos criterios clasificatorios pueden ser variados, nos limitaremos al que obedece al objeto de la contragarantía. Tenemos pues que las contragarantías pueden ser de 3 tipos:

- ✓ Garantías reales, prenda o hipoteca de bienes del ordenante o de un tercero
 - ✓ Garantías personales, por medio de las que un avalista del ordenante se compromete frente al banco con relación a la posibilidad de que éste tenga que pagar la garantía.
 - ✓ Garantía "pura", consiste en un contrato formalizado en póliza intervenida por agente mediador y cuyo objeto exclusivo es el de asegurar los riesgos derivados del otorgamiento del aval para el banco.
- Obligación de reembolsar al banco todos los gastos que para éste hubiere supuesto la garantía:
En torno a una garantía bancaria pueden surgir gastos y desembolsos por una doble causa. La primera es la de llevar a cabo el contrato de comisión, o lo que es lo mismo, la que incluye los gastos que el banco tuviera que realizar para llegar a la conclusión de un contrato de garantía con la persona que el comitente le indicó. Los segundos son gastos indirectos que presentan la nota de la incertidumbre, al ser desembolsos condicionados a la existencia de un daño al beneficiario y su consiguiente reclamación de la garantía.
- Obligación de liberar al banco de la conclusión del contrato de garantía y de las obligaciones derivadas del mismo:
Esta obligación sólo resultará exigible en algunos de los siguientes supuestos:
- ✓ Que el banco sea demandado judicialmente para el pago
 - ✓ Que el deudor se encuentre en situación de quiebra, concurso o insolvencia
 - ✓ Que entre el ordenante de la garantía y el banco se hubiere establecido un plazo para la relevación de la garantía y éste hubiera llegado
 - ✓ Que la obligación principal sea exigible
 - ✓ Que la garantía tenga una duración excesiva y no tenga término fijo para su vencimiento

b. ii. Deberes del Banco

- Obligación de concluir el contrato de garantía con el beneficiario:
El banco, en atención a su carácter profesional, a la naturaleza de las características que presiden la relación con el cliente y a los medios técnicos y humanos de que dispone, está obligado a formular al ordenante las indicaciones y consejos oportunos para que el otorgamiento de la garantía se corresponda con el interés que a través de la misma persigue el ordenante. Una vez recibida la orden de su cliente para que concluya el contrato de garantía, la actuación del banco, salvo que

rehusara el encargo recibido, deberá estar presidida por la diligencia exigible a todo comisionista.

- **Obligación de cumplir las condiciones del contrato de garantía:**
El banco está obligado frente a su mandante a respetar fielmente todas las consecuencias que se derivan del contrato concluido en ejecución de la comisión. Este deber del banco, de cumplir el contrato de garantía, da lugar a diversas obligaciones concretas:
 - ✓ Obligación de pagar la garantía: el contrato concluido con el beneficiario impone al banco el pago del importe de la garantía.
 - ✓ Obligación de examinar los documentos exigidos al beneficiario para el pago de la garantía: el banco deberá respetar, en primer lugar, el texto del contrato de garantía y en segundo, el formalismo que preside su actuación al respecto.
- **Obligación de comunicar al ordenante la marcha del contrato de garantía:**
El banco está obligado a informar de la reclamación del beneficiario.
- **Obligación de rendir cuentas al ordenante:**
Esta rendición de cuentas contempla tanto cuando la garantía se haya extinguido sin que haya sido reclamada por el beneficiario, como cuando dentro de la misma se reflejen las consecuencias del pago del importe de la garantía por parte del banco.

VII.- La relación jurídica entre el banco garante y el beneficiario

El banco y el beneficiario, son dos sujetos entre los que no existe una relación estrecha o de confianza semejante a la registrada entre el banco y el cliente ordenante de la garantía.

Perfección del contrato de garantía:

Generalmente, el banco envía al ordenante el texto de la garantía que se va a remitir al beneficiario para que aquél compruebe el exacto cumplimiento de sus instrucciones o haga constar las modificaciones que pretenda introducir. No obstante, la práctica bancaria ha instituido que es al beneficiario a quién corresponde manifestarse en contra de las condiciones de acuerdo con las que se formula la oferta, pues en otro caso su silencio equivale al consentimiento. Un supuesto especial de consentimiento es aquel que se produce en los casos frecuentes en que el propio beneficiario envía al banco el texto de la garantía de acuerdo con el que éste debe obligarse como garante. En estos casos, el beneficiario es una persona o entidad que se encuentra en una situación de especial privilegio con relación a las otras partes de la operación principal y de las operaciones accesorias a ella, como se demuestra en su facultad de una redacción de la concreta garantía.

Forma del contrato de garantía

Este contrato debe ser redactado por escrito.

Contenido habitual del documento:

Las garantías suelen referirse en su encabezamiento al contrato que se garantiza, al beneficiario de la expresada garantía y al importe máximo hasta el que el banco se obliga, las demás menciones que pueda incorporar una garantía dependerán de los intereses concretos de los diversos implicados (ej. establecimiento de un plazo de validez para la reclamación, o si se trata de una garantía a simple demanda o condicionada, etc.)

VIII.- Delimitación temporal del contrato de garantía

Las garantías que los bancos otorgan bajo la cláusula a primera demanda, suelen ir acompañadas de una determinación temporal de validez, es un contrato sujeto a término. El plazo de la garantía indica, en primera instancia, el período de tiempo durante el cual el banco va a estar obligado a pagar una cantidad de dinero, en segunda, la duración de la garantía incide directamente sobre la comisión y en particular, sobre las contragaranías que el cliente tiene que prestar al banco para la cobertura del posible desembolso del importe de la garantía.

Desde el punto de vista del beneficiario, la fijación de una fecha o término final, supone una limitación de su posibilidad de acción contra el garante. Es importante señalar que ciertas garantías no tengan una limitación temporal.

IX.- La reclamación de la garantía

La reclamación de la garantía resulta válida a partir de la producción del supuesto garantizado, dicha reclamación debe realizarse de conformidad con los requisitos materiales, formales y temporales que para la misma se hubieran pactado.

Presentada y examinada la reclamación de la garantía, si el banco garante considera que ha quedado suficientemente acreditado el supuesto garantizado, que se han aportado los documentos requeridos o que, simplemente, la reclamación es correcta desde el punto de vista formal, queda obligado a efectuar el pago de la garantía sin que el beneficiario pueda en ningún caso, solicitar una prestación distinta de la entrega de una suma de dinero.

Una vez efectuado el pago, la extinción de la garantía opera con independencia de que el documento sea devuelto al garante o permanezca en poder del beneficiario.

X.- Las garantías de cumplimiento en nuestra legislación:

En nuestro país, el fundamento legal para el otorgamiento de este tipo de garantías lo encontramos en el artículo 113 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional que al efecto estipula:

“Artículo 113.-

Los bancos comerciales podrán aceptar y avalar letras de cambio y otros documentos de crédito girados contra ellos mismos o contra personas, y expedir cartas de crédito, siempre que unos y otros tengan un plazo de vencimiento que no exceda de un año.

También podrán los bancos comerciales garantizar obligaciones por cuenta de terceros, cuyos plazos y otras condiciones serán fijados de manera general por el Banco Central.

Cuando las operaciones a que se refiere este artículo no se realicen mediante la entrega efectiva de las sumas aceptadas o garantizadas por el banco, quedarán sujetas a los preceptos legales y reglamentarios aplicables a la concesión de créditos”.

No encontramos otras normas jurídicas que pudieran darle un mayor contenido a las garantías de cumplimiento en nuestro país, pareciera regularse más por la costumbre y la doctrina.

No obstante en el campo de la contratación administrativa, la figura se encuentra regulada en forma más específica, en los artículos 34 siguientes y concordantes de la Ley de Contratación Administrativa, 37 siguientes y concordantes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, 33 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, etc.

Ley de la Contratación Administrativa No. 7494

Art.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.

Reglamento General de la Contratación Administrativa No. 25038-H

37.- Disposiciones comunes a las garantías de participación y cumplimiento

37.1 Cuando se presenten ofertas conjuntas, cada uno de los oferentes deberá garantizar su participación o ejecución según la estimación del componente que le corresponda, o bien rendir una sola garantía ejecutable indistintamente del oferente que incumpla.

37.2 Las garantías, tanto de participación como de cumplimiento se rendirán independientemente para cada negocio, 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 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.

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

37.4 La garantía deberá rendirse en la moneda en que se cotiza, o en su equivalente en moneda nacional al día anterior de la presentación de la oferta. Queda facultada la Administración para exigir a los oferentes o contratistas ajustar los montos de las garantías cuando ocurran variaciones en los tipos de cambio que desmejoren la cobertura que se persigue con dichos instrumentos. En caso de negativa a efectuar dichos ajustes, la Administración podrá proceder a la ejecución de las garantías.

37.5 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 de valores legalmente

reconocidas. Se exceptúan de la obligación de presentar esta estimación, los certificados de depósito a plazo emitidos por los Bancos estatales, cuyo vencimiento ocurra dentro del mes siguiente al plazo máximo exigido en las reglas del concurso para la garantía respectiva.

37.6 No se reconocerán intereses por las garantías mantenidas en depósito por la Administración licitante; sin embargo, los que devenguen los títulos hasta el momento en que se ejecuten, pertenecen a su legítimo dueño o a su depositante.

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; y

37.7.2 La garantía de cumplimiento, hasta por un plazo mínimo de dos meses adicionales a la fecha probable de recepción definitiva del objeto del contrato.

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.

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.

37.11.2 La de cumplimiento, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha en que la 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 la posibilidad de devoluciones parciales de la garantía de cumplimiento.

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 del contrato dentro del plazo que a tal efecto haya dispuesto el cartel.

37.13 En caso de silencio del cartel, el adjudicatario se entiende obligado a asegurar el contrato dentro de los diez días hábiles posteriores a la firmeza del acto de adjudicación.

37.14 La Administración podrá aceptar la sustitución de garantías siempre y cuando se cubran los supuestos previstos al momento de fijarla. Igualmente, podrá aceptar, bajo su exclusivo criterio, la sustitución de retenciones por una garantía.

37.15 Queda terminantemente prohibido el uso o disposición de las garantías o fondos retenidos para otro fin que no sea el previsto."

Estamos a sus órdenes para cualquier aclaración al respecto.