

“Encendamos juntos la luz”

CIRCULAR

DVM-PICR-D. PROV.I.-03-2023

Para: Jefes de Programa Presupuestario
Coordinadores de Programa Presupuestario
Unidades gestoras de compras

De: Rosario Segura Sibaja
Directora
Dirección de Proveeduría Institucional

Azálea Villalobos Álvarez
Jefe
Departamento de Fiscalización de la Ejecución Contractual

Visto bueno: José Leonardo Sánchez Hernández
Viceministro de Planificación Institucional y Coordinación
Regional

Fecha: 24 de febrero del 2023

Asunto: Memoria de cálculo en cláusulas penales y multas en trámites
de contratación pública.

Estimados señores:

Reciban un cordial saludo.

En el marco de la Ley General de Contratación Pública N° 9986 y su Reglamento; surge la necesidad institucional de abordar de forma adecuada el tema de sanciones a los Contratistas por concepto de cláusulas penales y multas; en este contexto esta dependencia informa sobre la metodología que se podría aplicar para realizar el cobro por ese concepto, por lo cual se dan las siguientes consideraciones:

1. Que respecto al régimen de multas y cláusulas penales la Ley General de Contratación Pública en el artículo 47, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 47- Aplicación de multas y cláusulas penales
Para ejecutar tales sanciones, la Administración deberá emitir un acto motivado con indicación de la prueba que lo sustente. En contra de esa decisión, el afectado podrá interponer los recursos de revocatoria y apelación, los cuales

“Encendamos juntos la luz”

deberán presentarse dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación del acto. La Administración deberá resolver la revocatoria dentro de los tres días hábiles siguientes a su interposición y la apelación dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para resolver el recurso de revocatoria. La aplicación de este procedimiento no incidirá en la continuidad de la ejecución del contrato.”

Asimismo, el Reglamento de la citada Ley en los artículos 116 y 117 destaca:

“Artículo 116. Sanciones económicas y procedimiento de ejecución. Conforme al artículo 46 de la Ley General de Contratación Pública, la Administración podrá establecer en el pliego de condiciones, el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato o cláusulas penales, según corresponda, considerando para ello, aspectos tales como, el monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas. En los supuestos en que se establezcan multas o cláusulas penales, la Administración deberá valorar su costo beneficio, la debida y oportuna satisfacción del interés público, así como criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo de la sanción económica, se considerará sobre el mayor valor de cada línea y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones.

Los incumplimientos que originen el cobro de la multa y la cláusula penal deberán estar detallados en el pliego de condiciones, en forma motivada. Una vez en firme el pliego, se entenderá que el monto de la multa o de la cláusula penal es definitivo por lo que no se admitirán reclamos posteriores.

La cláusula penal procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales.”

“Artículo 117. Aplicación de multas y cláusulas penales. Conforme al artículo 47 de la Ley General de Contratación Pública, para ejecutar las multas y cláusula penal la Administración deberá emitir un acto motivado, con indicación de la prueba que lo sustente. En contra de esa decisión, el afectado podrá interponer los recursos de revocatoria y apelación, los cuales deberán presentarse dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación del acto. El cobro de las multas podrá hacerse con cargo a las retenciones del precio que se hubieran practicado y los saldos pendientes de pago. En caso de que ninguna de esas dos alternativas resulte viable, se ejecutará la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo. Para el cobro de las multas, no será necesario demostrar la existencia del daño o perjuicio. En caso de incumplimiento total de las obligaciones por parte del contratista, no procede el cobro de multas, posteriores a ese momento, sino la ejecución de la garantía de cumplimiento y la resolución del contrato, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas y civiles que se deriven de dicho incumplimiento. El cobro por concepto de multas o cláusula penal no podrá superar el veinticinco por ciento (25%) del precio del contrato incluidas sus modificaciones. La omisión de cobro ocasionará responsabilidad civil y administrativa del funcionario omiso, conforme a lo previsto en el artículo 125, inciso k) de la Ley General de Contratación Pública.”

“Encendamos juntos la luz”

2. Que de conformidad con la norma de cita, es imperativo institucional que la Unidad Gestora de la compra motive el acto administrativo que determina el cobro por concepto de cláusula penal o multa en los trámites de contratación pública.
3. Que el Departamento de Fiscalización de la Ejecución Contractual, realizó en fecha 06 y 07 de septiembre del 2022, la actividad formativa llamada “Cláusulas penales y multas” y se contó con la participación de representantes de todos los Programas Presupuestarios y Unidades Gestoras, resultando la cantidad total de participantes de 108 funcionarios.
4. Que para llevar a cabo el análisis que justifica el porcentaje del cobro por concepto de cláusula penal, es necesario que cada Unidad Gestora utilice las herramientas idóneas, en procura de obtener de manera fundamentada, el porcentaje sancionatorio a aplicar en caso de incumplimiento en el plazo de la entrega así como en relación a las entregas defectuosas de bienes o servicios adquiridos.
5. Que en este sentido es importante citar antecedente histórico relacionado con el tema de cobro de cláusulas penales y multas, siendo que el Ministerio de Hacienda emitió la **CIRCULAR N° PI-AG-01-17, de fecha 06 de febrero de 2017**, Asunto: Procedimiento para determinar el porcentaje de cláusula penal y multas a incluir en los carteles, la cual indica entre otros aspectos: *“La Contraloría General de la República ha indicado en reiteradas ocasiones que “...1) La cláusula penal y multas por defecto en la ejecución son mecanismos que la Administración puede incluir en el cartel siempre que las especiales circunstancias de la contratación y la satisfacción del fin público así lo recomienden. 2) La fijación del “cuantum” de las sanciones a imponer, sea por cláusula penal o por multas, no puede ser antojadiza o arbitraria, sino que debe estar motivada...”* Oficio 13793 de 29 de noviembre de 1999 (DAGJ-423-99).
6. Que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 01176 del 22 de setiembre del 2011, indica, entre otras cosas, que las cláusulas penales y multas establecidas en los carteles deben ser fundamentadas en un estudio técnico que contemple el análisis de parámetros objetivos, **donde se demuestre que una demora o incumplimiento del contrato efectivamente produce una afectación al fin público para el que se prevé la compra; razón por la cual los porcentajes de cobro de cláusulas penales o multas deben obedecer a criterios técnicos, al objeto contractual, al monto probable de contrato, la continuidad del servicio, la urgencia de disponer del bien o servicio**, entre otros.

Asimismo, en la Resolución N° 00416-F-S1-2013 del 9 de abril de 2013 reitera la necesidad de contar un estudio previo, al indicar que *“...En lo que interesa, la cláusula penal se incorpora con la finalidad de resarcir eventuales daños y perjuicios que se pueden ocasionar por retraso en la entrega de lo pactado. Por lo tanto dentro de un marco de razonabilidad y lógica, la Administración a la hora de incluirla y fijar su contenido (importe de la sanción), debe contar con estudios previos*

“Encendamos juntos la luz”

que permitan determinar y cuantificar los posibles daños y perjuicios que podría sufrir en caso de que se cumpla de forma tardía con lo pactado. Se trata entonces de una determinación anticipada de los menoscabos económicos que pudiera causarle los retrasos por parte de la contratista... (El resaltado es propio.)

7. Que por su parte la Sala Constitucional mediante Resolución N°6639 del 15 de mayo del 2013, indica que *“...la Administración tiene la obligación de comprobar exhaustivamente de oficio la verdad real de los hechos y elementos de juicio del caso (artículo 321 de la Ley General de la Administración Pública), lo que implica una investigación mucho más profunda –con tramitación de prueba y solicitud a la luz del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa...”*, razón por la cual la Administración no puede aplicar el cobro de las cláusulas penales y de multa per se; sin considerar que la Administración, ante un supuesto cobro por incumplimiento, debe realizar el **procedimiento sumario** establecido en la Ley General de Administración Pública.
8. Que bajo este panorama, es deber de la Administración activa contar con estudios previos (memorias de cálculo) que justifiquen y motiven los eventuales porcentajes de cobros que se determinen por concepto de cláusulas penales y multas. Dichos respaldos técnicos, deben ser presentados por la Unidad Gestora de la compra y avalados por el Programa Presupuestario ante la Dirección de Proveeduría Institucional, acompañando la solicitud de contratación que dicta el inicio del trámite de compra y que formará parte integral del pliego de condiciones del respectivo concurso.
9. Que en fase de ejecución contractual, la memoria de cálculo será el instrumento idóneo para aplicar el cobro de las cláusulas penales y/o multas, para eventuales recursos de revocatoria y apelación que se presenten por parte de los contratistas contra la sanción que se pretende aplicar.

Por lo anterior, a continuación se comparte metodología cuya aplicación podrá ser de utilidad para el cobro de cláusulas penales y multas en trámites de contratación pública:

a) Estimación de porcentaje de cláusula penal

A fin de establecer un procedimiento uniforme para la estimación de los porcentajes de cobro en el caso de multas y cláusulas penales, se aporta la siguiente metodología. La misma, se elaboró tomando como base algunas buenas prácticas que utilizan otras instituciones públicas para estos efectos:

- a) Para la estimación de cláusula penal, se debe completar la siguiente tabla, para obtener un total de puntos:**

“Encendamos juntos la luz”

Asignación de puntos por factores para estimar la cláusula penal

FACTOR	PUNTOS
1.- Repercusiones de eventual incumplimiento del plazo (30, 20, 10 o 5 puntos, según corresponda)	XX
2.- Riesgos del incumplimiento del plazo (30, 20, 10 o 5 puntos, según corresponda)	XX
3.- Preponderancia del plazo de entrega (20, 10, o 5 puntos, según corresponda)	XX
4.- Monto del contrato (20, 15, 10 o 5 puntos, según corresponda)	XX
Monto estimado de la contratación:	
TOTAL DE PUNTOS:	XX

Para determinar los puntos a asignar a cada factor de evaluación se debe considerar lo siguiente:

Factor 1: Repercusiones:

Alta: igual a 30 puntos si el incumplimiento *afecta un proyecto o programa estratégico* para el país.

Media: igual a 20 puntos si el incumplimiento *afecta un proyecto o programa importante* para el Ministerio.

Moderada: igual a 10 puntos si el incumplimiento *afecta el cumplimiento de planes y objetivos con impacto moderado* del Programa o Subprograma presupuestario.

Baja: igual a 5 puntos si el incumplimiento *afecta el cumplimiento de planes y objetivos con impacto bajo* del Programa o Subprograma presupuestario.

Factor 2: Riesgos:

Alto: igual a 30 puntos si el incumplimiento *pone en riesgo muy alto* la eficacia, eficiencia o la continuidad de los servicios que se brindan a los clientes internos o externos, así como los ingresos o imagen institucional.

Medio: igual a 20 puntos cuando el incumplimiento *pone en riesgo alto* la eficacia, eficiencia o la continuidad de los servicios que se brindan a los clientes internos o externos, así como los ingresos o imagen institucional.

Moderado: igual a 10 puntos cuando el incumplimiento *pone en riesgo medio* la eficacia, eficiencia o la continuidad de los servicios que se brindan a los clientes internos o externos, así como los ingresos o imagen Institucional.

Bajo: igual a 5 puntos cuando el incumplimiento *pone en riesgo bajo* la eficacia, eficiencia o la continuidad de los servicios que se brindan a los clientes internos o externos, así como los ingresos o imagen Institucional.

“Encendamos juntos la luz”

Factor 3: Preponderancia del plazo:

Alto: igual a 20 puntos cuando *el plazo de entrega es fundamental* para el cumplimiento de las metas de la dependencia.

Medio: igual a 15 puntos cuando *el plazo de entrega es importante* para el cumplimiento de las metas de la dependencia.

Moderado: igual a 10 puntos cuando el plazo de entrega **es de importancia media** para el cumplimiento de las metas de la dependencia

Bajo: igual a 5 puntos cuando el plazo de entrega **es de importancia baja** para el cumplimiento de las metas de la dependencia.

Factor 4: Monto del contrato:

Con la finalidad de que los montos de los contratos se ajusten cada año en forma automática, se establecen los rangos a ponderar en relación al salario base vigente del Poder Judicial.

Alto: igual a 20 puntos cuando es igual o excede 120 salarios bases.

Medio: igual a 15 puntos en montos inferiores a 120 salarios bases y hasta 80 salarios bases.

Moderado: igual a 10 puntos en montos inferiores a 80 salarios bases y hasta 40 salarios bases.

Bajo: igual a 5 puntos en montos inferiores a 40 salarios bases.

b) Determinación del porcentaje de cláusula penal a aplicar:

Una vez obtenido el puntaje total, al completar la tabla anterior, el porcentaje de la cláusula penal a establecer en el pliego de condiciones se determina utilizando la siguiente tabla:

Calificación de la importancia de la cláusula penal y determinación del porcentaje por aplicar

Puntaje	Importancia de la cláusula penal	*Porcentaje de cláusula penal por aplicar, por día
De 100 a 75 puntos	Alta	2%
De menos de 75 a 50 puntos	Media	1,5%
De menos de 50 a 25 puntos	Moderada	1%
Menos de 25 puntos	Baja	0%

***Nota importante:** El porcentaje de cláusula penal que se aplicaría por día, debe adecuarse al informe técnico (memoria de cálculo) generado por la Unidad Gestora y que respalda el cobro del daño anticipado (cláusula penal) calculado por la no entrega del objeto contractual de manera oportuna, por lo que los porcentajes establecidos en la tabla anterior son meramente referenciales y se ofrecen a modo de ejemplo.

“Encendamos juntos la luz”

b) Estimación de los porcentajes de multa

En cuanto a las multas, será la parte técnica del Programa Presupuestario o unidad gestora de la compra (administrador de contrato), que solicita el inicio de la contratación la que debe anticipar cuáles aspectos, situaciones, causas o hechos pueden ocurrir durante la ejecución de un contrato determinado, que se considerarían como ejecución defectuosa, para que puedan establecer en el pliego de condiciones, el porcentaje de multa a cobrar, con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, razón por lo que no es factible establecer una única metodología para aplicarla por igual a todas las contrataciones, ya que los motivos de una ejecución defectuosa van a depender de las particularidades de cada objeto contractual.

Cuando se estime procedente, podrá aplicar una metodología similar a la expuesta para determinar los porcentajes de cobro de cláusula penal, estableciendo para cada caso particular, los factores a considerar y el peso relativo de cada uno.

De conformidad con el **Artículo 117. Aplicación de multas y cláusulas penales** del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, el porcentaje de la multa no podrá superar el 25% del precio total contratado.

Atentamente

Copia:

Despacho Ministerial

Despacho del Viceministerio de Planificación Institucional y Coordinación Regional

Despacho del Viceministerio Administrativo

Despacho del Viceministerio Académico.

Archivo/Consecutivo.

Elaborado: Azálea Villalobos Álvarez. Jefa Departamento Fiscalización de la Ejecución Contractual.

Gabriela Murillo Bogantes. Fiscalizadora, Departamento Fiscalización de la Ejecución Contractual.

Revisado: Sonia Calderón Villalobos. Subdirectora Dirección Proveeduría Institucional.