



## R-DCA-00964-2021

### CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas con cuarenta y seis minutos del primero de setiembre del dos mil veintiuno.-----

**RECURSO DE OBJECCIÓN** interpuesto por **COMPONENTES EL ORBE, S.A.**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000005-0007300001**, promovida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA**, para adquisición de equipo de cómputo.-----

#### RESULTANDO

I. Que el dieciocho de agosto de dos mil veintiuno la empresa **COMPONENTES EL ORBE, S.A.**, presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2021LN-000005-0007300001 promovida por el Ministerio de Educación Pública.-----

II. Que mediante auto de las doce horas cincuenta y dos minutos del diecinueve de agosto de dos mil veintiuno esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. D.PROV.-DCA-060-2021 del veintitrés de agosto de dos mil veintiuno, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.-----

III. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

#### CONSIDERANDO

**I.- SOBRE EL FONDO. 1) Sobre las condiciones particulares.** La recurrente señala que considera vulnerados los principios de proporcionalidad, razonabilidad, seguridad jurídica y juridicidad en la cláusula penal y multa del cartel en el documento Condiciones Particulares final. Manifiesta que todo acto desproporcional o con falta de razonabilidad es antijurídico y por lo tanto afecta el principio de seguridad jurídica de los administrados y en este caso, de los participantes en el concurso. Menciona que en materia de aplicación de multas o cláusulas penales se debe tener en cuenta el sólido criterio sostenido por la Sala Primera de la Corte conforme al cual se tiene que bajo determinadas circunstancias la aplicación de una cláusula penal podría derivar en un acto absolutamente nulo. Considera que de aplicarse las

pretendidas penalidades, se configuraría un acto absolutamente nulo con todas las consecuencias que de ello derivan. Indica que la aplicación de las penalidades debe responder a una regulación específica o casuística del instituto contando para ello con un estudio previo que debe estar debidamente acreditado en el expediente de la licitación, el cual incluya la justificación de la aplicación y el monto de la cláusula para el caso concreto. No obstante, en el expediente no se desprende que exista un estudio que demuestra que la cláusula que se pretende aplicar provenga de un análisis que haya tomado en cuenta el monto de los contratos que se derivan, los plazos convenidos para su ejecución y las repercusiones de un eventual retardo en el cumplimiento de las obligaciones en lo que al plazo de ejecución concierne. Agrega que no sabe cómo calculó cuantitativamente el perjuicio la Administración, es decir, por qué la cláusula penal tiene que llegar a ser el 25% de la totalidad del pedido y por qué debe cobrarse un porcentaje sobre el monto del pedido atrasado. Además, no ve en el expediente ningún estudio técnico que diga que es proporcional o necesario para cubrir el perjuicio de la Administración. Por lo tanto, solicita que se elimine la cláusula penal definida para el presente proceso o bien la Administración justifique ampliamente por qué requiere de una cláusula penal en el presente concurso de la cuantía que estimó para ésta, presentando públicamente los cálculos exactos del perjuicio que podría estar sufriendo por posibles atrasos en el contrato o los estudios técnicos que justifiquen que dicha penalización es proporcional y razonable al atraso en las entregas. Cita resoluciones del órgano contralor así como sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. La Administración señala que el cartel en la página 45 establece lo relativo a la cláusula penal y multas. Agrega que el 2% que señala la cláusula penal deriva del mecanismo que implementa la Unidad Gestora para valorar los factores de riesgo, lo cual explica. Agrega que el porcentaje del 25% que establece, lo hace porque la unidad gestora estima un plazo de entrega máximo según lo documentado en el apartado de “plazo de entrega”, siendo el tiempo que la Administración asume como el costo de oportunidad necesario para permitir que el contratista ejecute sus compromisos y entregue el objeto del contrato. Agrega que a partir del cumplimiento de ese plazo, la Administración estará perdiendo la oportunidad de aprovechar y utilizar el producto adjudicado y por el daño del atraso es de muy difícil o de imposible cuantificación, pese a que se evidencia su inconveniencia. Indica que es por lo anterior que considera sancionar el atraso económicamente, pero no con fines de satisfacer o reparar un daño, si no con el objetivo de desincentivar su comisión. Por lo tanto la cláusula penal se define principalmente con fines coercitivos. Manifiesta que en la razonabilidad

de la multa, se ha estimado que existe una serie de conductas que se consideran altamente inconvenientes en la fase de concepción contractual y por ende, la Administración debe de procurar un medio para que el contratista evite incurrir en ellas. Añade que el porcentaje de la multa se ampara en el criterio jurídico No. 01019 de 21 de diciembre de 2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. **Criterio de la División.** Sobre el aspecto en discusión, el cartel dispone: *“4. **Cláusula Penal.** / En caso de no cumplir el contratista con el plazo de entrega de los equipos solicitados en la orden de pedido, el MEP aplicará una cláusula penal del 2% del monto total solicitado, por cada día hábil de atraso. Esta multa se tomará hasta lograr un 25% del total solicitado en la orden de pedido, luego de lo cual se tendrá por incumplido el contrato por parte del adjudicatario, sin responsabilidad para el MEP./ En cualquier momento de la ejecución de la contratación al exceder el 25% del valor total de los servicios en multas, la Administración podrá resolver el contrato de manera unilateral por motivo de incumplimiento imputable al contratista, de conformidad a lo indicado en el artículo 204 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Se podrá rescindir el contrato cuando exista un interés público motivado por parte de la Administración.”* Ahora bien, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en los artículos 47 al 50 regula lo relativo a las multas y cláusulas penales. Particularmente el artículo 47 del RLCA dispone: *“Artículo 47.- Generalidades. La Administración podrá establecer en el cartel, el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato, considerando para ello, aspectos tales como 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, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad....”* En cuanto a las cláusulas penales, el artículo 50 de la RLCA indica: *“Artículo 50. Cláusula penal. La cláusula penal procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales, los supuestos y montos deberán incluirse en respectivo cartel y le serán aplicables las disposiciones indicadas en los artículos anteriores.”* De los artículos citados se desprende que si bien la Administración puede establecer en el cartel tanto multas como cláusulas penales, debe considerar aspectos tales como monto, plazo, riesgo, repercusiones, entre otros, con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Es decir, ciertamente, la Administración puede establecer en el cartel multas y cláusulas penales por defectos en la ejecución del contrato, pero debe hacerlo bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En

ese sentido, es claro que el objetivo de incorporar esas regulaciones obedece a la necesaria seguridad jurídica que requiere todo oferente al momento de presentar su plica, para tener claro de antemano las sanciones a las que se expone en caso de faltar a sus obligaciones en fase de ejecución contractual. Es por esa razón que debe tenerse en consideración que el objetivo de las multas y de la cláusula penal es procurar resarcir a la Administración de una ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones contractuales, pero teniendo claro que el propósito de estos mecanismos es desincentivar el incumplimiento de los contratistas y no el obtener un rédito económico para la Administración. Al respecto en la resolución R-DCA-0336-2018 de las diez horas cincuenta minutos del trece de abril de dos mil dieciocho, donde se indicó: *“(...) no debe perderse de vista que el numeral 47 del RLCA, en lo que resulta de interés, dispone: “La Administración, podrá establecer en el cartel, el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato, considerando para ello, aspectos tales 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, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad”. De frente a lo cual, considerando que todo acto administrativo debe ser motivado, en el expediente administrativo debe existir el estudio técnico que respalde el establecimiento de las multas y cláusulas penales de la respectiva contratación. Sobre esto, debe tomarse en consideración que este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-0144-2018 de las ocho horas del catorce de febrero del dos mil dieciocho, expuso: “En cuanto a los alegatos en torno a que la Fundación ponga a disposición de los oferentes los estudios técnicos en que se basó para definir las sanciones del pliego, resulta importante lo expuesto por esta Contraloría General en resolución No. R-DCA-262-2016 de las 10:05 horas del 29 de marzo de 2016, que en lo que interesa dispuso: “En este punto, resulta relevante considerar lo indicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al indicar que: “(...) El Reglamento General de Contratación Administrativa no. 25038- H es claro en cuanto establece la posibilidad de que el cartel de licitación contemple las referidas cláusulas, siempre y cuando a la hora de estipularlas se tomen en consideración: el monto del contrato, el plazo convenido para la ejecución o entrega total y las repercusiones de su eventual incumplimiento. De echarse de menos un análisis de esos estos elementos, se reitera, no puede (sic) actuarse la cláusula. En lo que interesa, la cláusula penal se incorpora con la finalidad de resarcir eventuales daños y perjuicios que se pueden ocasionar por retrasos*

*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 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.” (Resolución No. 8 00416-F-S1-2013 de las catorce horas veinticinco minutos del nueve de abril de dos mil trece). En ese sentido este Despacho ya ha indicado lo siguiente: “(...) No debe perder de vista la Administración, que un punto sensible en la relación con los contratistas es precisamente, la determinación a priori de los supuestos y los montos que hacen aplicable una cláusula penal, de ahí la importancia que este aspecto quede claramente identificado desde las bases mismas del cartel con la finalidad de dotar a esa relación contractual, de la suficiente seguridad jurídica a efecto de evitar interpretaciones que puedan llegar a hacer nugatorio para la Administración o lesivo para la contratista, el ejercicio de esta potestad por la primera” (ver resolución R-DCA-250-2014 del 28 de abril de 2014). Así las cosas, resulta esencial que esa Administración incorpore en el expediente esos estudios, a efecto que los potenciales oferentes conozcan de antemano, las valoraciones efectuadas por la Administración que tomando en consideración entre otras, el objeto contractual, plazo, impacto en el servicio y costo estimado del contrato, han determinado el porcentaje que por multa y cláusula penal esta ha definido en dicho cartel y para esta necesidad particular, no siendo procedente en criterio de este órgano, el hacer referencia a lineamientos generales que no han sido elaborados a partir de las necesidades propias del presente objeto contractual”. (Resultado (sic) no corresponde al original).” Además, es necesario que la Administración defina de antemano el quantum, para lo cual, la incorporación de cláusulas penales y multas debe ser precedido de un estudio mediante el cual la Administración establezca el cálculo de las sanciones pecuniarias, considerando el monto, plazo, riesgo repercusiones de un eventual incumplimiento, de manera que exista la posibilidad de vincular el monto o porcentaje con las conductas que se determinen de frente a un incumplimiento del objeto particular. Sobre este tema indicó este órgano contralor mediante la resolución No. R-DCA-573-2016 que: “De frente a lo expuesto es posición de esta Contraloría General, que las cláusulas penales fijadas en el cartel, respecto a su cuantificación, deben estar sustentadas en actos motivados que consideren lo dispuesto en el artículo 47 del RLCA, que a los efectos dispone: “[...] considerando para ello, aspectos tales como, 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, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad.”* Adicionalmente en la resolución R-DCA-0324-2019 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del dos de abril de dos mil diecinueve, se indica que: *“La incorporación de cláusulas penales y multas en el cartel de licitación debe ser precedido de un estudio claro mediante la cual la Administración establezca el cálculo de estas sanciones pecuniarias, considerando entre otros aspectos el monto, el plazo riesgo y repercusiones de un eventual incumplimiento, de manera que exista la posibilidad de vincular el monto o porcentaje que se defina con las conductas que se definan de frente a un incumplimiento del objeto particular (...).”* De lo anterior, es claro que la Administración en uso de sus facultades discrecionales y atendiendo las especiales particularidades de cada contratación puede ponderar cuándo la inserción de esos mecanismos resulta necesaria o no, así como la razonabilidad de la cuantía de las multas o cláusulas penales a imponer, no puede ser una decisión arbitraria ni desproporcionada, de manera tal que cuando decide incorporar en el cartel una sanción pecuniaria, el quantum de la misma es un aspecto que deberá sustentarse con el estudio técnico correspondiente, que por seguridad jurídica debe constar de previo en el expediente administrativo del concurso y ponerse en conocimiento de todo potencial oferente. Ahora bien, en el caso particular, la Administración inicialmente estableció la cláusula penal estableciendo un 2% del monto total solicitado por cada día de atraso y hasta un 25% del total solicitado en la orden de pedido. No obstante, en el expediente visible en el Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP, no se desprende ningún estudio ni análisis de razonabilidad o proporcionalidad, y es que en forma reiterada esta División ha sostenido que la Administración no puede establecer en forma arbitraria o antojadiza la fijación del monto de las multas y la cláusula penal, sino que ello debe tener un respaldo o análisis técnico previo que así lo justifique, concretamente, en la resolución R-DCA-250-2014 del 28 de abril del 2014 se indicó lo siguiente: *“No debe perder de vista la Administración, que un punto sensible en la relación con los contratistas es precisamente, la determinación a priori de los supuestos y los montos que hacen aplicable una cláusula penal, de ahí la importancia que este aspecto quede claramente identificado desde las bases mismas del cartel con la finalidad de dotar a esa relación contractual, de la suficiente seguridad jurídica a efecto de evitar interpretaciones que puedan llegar a hacer nugatorio para la Administración o lesivo para la contratista, el ejercicio*



*de esta potestad por la primera. De ahí que el régimen sancionatorio de la relación particular, debe plasmarse con claridad no solo en punto al quantum sino además, la forma en que la Administración pretenderá aplicarla en el caso de producirse los supuestos que la activan. De ahí que en el cartel respectivo deberá incorporarse no solo la definición precisa del quantum de la sanción y los supuestos que la hacen aplicable, sino además como bien lo explica la Administración en su oficio de respuesta, los montos y la forma en que la aplicará de llegar a producirse.”* En esta misma línea se pueden consultar las resoluciones R-DCA-578-2014, RDCA-847-2014, R-DCA-017-2015, R-DCA-518-2016, R-DCA-0761-2018, R-DCA-0835-2018 y RDCA-0890-2018 entre otras. Con ocasión de la respuesta a la audiencia especial otorgada, la Administración explica el mecanismo del cual se deriva el 2% de la cláusula penal y los factores de riesgo que valoró para establecerlos y explica las razones por las cuales los estableció de esa manera. Así las cosas, con fundamento en las resoluciones citadas, se tiene que como bien lo indica el objetante la realización del estudio que respalde la determinación de cláusulas penales resulta indispensable para poder determinar que las mismas se encuentran de acuerdo a lo establecido por la normativa y siendo que en el caso bajo análisis no consta en el expediente de la contratación que la Administración licitante haya realizado un estudio técnico-financiero para determinar el porcentaje de las cláusulas, es que procede declarar **parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto, a fin de que la Administración incorpore al expediente administrativo el estudio técnico mediante el cual exponga y defina con claridad las justificaciones de los porcentajes que se establecieron para el cobro de la cláusula penal en esta contratación, de forma tal que los mismos se encuentren acordes a lo regulado en los artículos 47 y 50 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.-----

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **COMPONENTES EL ORBE, S.A.**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000005-0007300001**, promovida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA**, para adquisición de equipo de cómputo. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del

término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----

**NOTIFÍQUESE.** -----

Fernando Madrigal Morera  
**Gerente Asociado a.i.**

Suraye Zaglul Fiatt  
**Fiscalizadora**

SZF/mjav  
NI: 23653, 24269, 24377  
**NN: 12980 (DCA-3374-2021)**  
G: 2021002850-1  
Expediente electrónico: CGR-ROC-2021004926

