



Informe de Investigación

TÍTULO: APLICABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Resolución Contractual
Palabras clave: Contrato, Resolución, Contrato Administrativo, Cláusula Penal.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 29/04/2011

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN	1
2. NORMATIVA	1
a) Ley de Contratación Administrativa.....	1
b) Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.....	2
3. JURISPRUDENCIA	3
a) Naturaleza de la cláusula penal en los contratos administrativos.....	3
b) Procedencia de la cláusula penal	8
c) Causas de justificación para la no imposición de multas al contratista.....	10
d) Carácter sancionatorio de las multas y análisis sobre las causas de justificación.....	12

1. RESUMEN

En el siguiente informe se analiza la procedencia de la aplicación respecto a la cláusula penal en los contratos administrativos, por medio de la incorporación de una recopilación normativa y jurisprudencial. Se analizan las causas exonerantes de la aplicación del régimen sancionatorio previsto, así como la naturaleza jurídica de la cláusula penal, entre otros factores.



2. NORMATIVA

a) Ley de Contratación Administrativa¹

Artículo 34.- Garantía de cumplimiento

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

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

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

b) Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa²

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 caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas, se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones.

Los incumplimientos que originan el cobro de la multa, deberán estar detallados en el cartel. Una vez en firme el cartel, se entenderá que el monto de la multa es definitivo por lo que no se admitirán reclamos posteriores.

Artículo 48.—Cobro. 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 adopción de cualquier otra medida que resulte necesaria.

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 podrá ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo.

El cobro por concepto de multas no podrá superar el veinticinco por ciento del precio total.

Artículo 49.—Prescripción: La posibilidad de cobrar las multas prescribirá, en el plazo de cinco años a partir del hecho generador. En el contrato de obra, la recepción provisional excluye la posibilidad de cobrar multas, salvo que la obra haya sido recibida bajo protesta o que se haya recibido provisionalmente faltando solamente pequeños detalles de acabado o la corrección de defectos menores consignados en el acta.

La omisión de cobro, ocasionará responsabilidad civil y administrativa del funcionario omiso, cuando éste fuere procedente. (Así reformado por DECRETO EJECUTIVO N° 33758-H de dos de mayo de 2007, Publicado en La Gaceta N° 93 Miércoles 16 de mayo de 2007 y el DECRETO EJECUTIVO N° 33860-H del veintinueve de mayo de 2007, Publicado en La Gaceta N° 140 del viernes 20 de julio de 2007)

Artículo 50.—Cláusula penal. La cláusula penal procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales, los supuestos y montos deberán incluirse en el respectivo cartel y le serán aplicables las disposiciones indicadas en los artículos anteriores.

3. JURISPRUDENCIA

a) Naturaleza de la cláusula penal en los contratos administrativos

[PROCURADURÍA GENERAL]³

"A.-LA CLÁUSULA PENAL: UNA GARANTIA DE CUMPLIMIENTO

La cláusula penal es una estipulación pactada en un contrato para garantizar el cumplimiento de dar o hacer algo por parte de una de las partes.

El objeto de ella es garantizar o asegurar el cumplimiento de la obligación. Su incumplimiento supone que una de las partes pueda reclamar la prestación que la otra parte se comprometió a realizar. Actúa como una sanción en caso de incumplimiento o incumplimiento moroso. Implica una obligación de entregar para el caso de que suceda el incumplimiento. Normalmente se pacta ante un incumplimiento y violación de lo pactado, sea un incumplimiento imputable, mora o retraso en el cumplimiento. Se trata de una garantía que de ser efectiva debe ser cubierta por el monto pactado, aun cuando haya habido un cumplimiento parcial.

En los contratos, la cláusula penal se adiciona y es por tanto accesoria a la obligación principal. En ese sentido, una de las características de la cláusula penal es su accesoriidad. Pero además de la voluntad de las partes, la cláusula penal puede tener su origen en la ley.

La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal a la que se comprometió en un contrato. Son varias las funciones de la cláusula penal, sin embargo, una de las más importantes es estimar en forma anticipada y convencional los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que puede sufrir cualquiera de las partes por el incumplimiento o por el mero retardo en el cumplimiento de la obligación.

En la doctrina se acepta, empero, que la cláusula penal puede cumplir diversas funciones. La principal de ellas es asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Para este efecto tiene la función de sustituir a la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses que derivan del retraso o del incumplimiento imputable. Pero también, la pena puede actuar como una cláusula facultativa de pago, como si se tratara de las arras. Asimismo, en lo que interesa para efectos de esta consulta, puede actuar "como una sanción ante el retraso o el incumplimiento, al margen de las consecuencias generales que tales situaciones generan...." (M. COCA PAYERAS: "Cláusula Penal". Enciclopedia Jurídica Básica, I, Editorial Civitas, 1995, p. 1055).

Sobre estas funciones, nos dicen Díez-Picazo-A, Gullón :



"La cláusula penal es considerada por el artículo 1.152 como sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses a que todo deudor incumplidor está sometido por el artículo 1.101. Pero la norma del Código civil citada primeramente, como ella misma indica, no es imperativa ("así otra cosa no se hubiera pactado"). Es en la ausencia de esa voluntad cuando se entiende en función sustitutoria. En la realidad, el carácter penal propiamente dicho lo tendrá la cláusula si es exigible además de los daños y perjuicios, o cuando, aun en función sustitutoria, el monto a que asciende es superior a los daños y perjuicios que podría reclamar el acreedor. Entonces, además, cumple una función coercitiva de garantía, porque el deudor tratará verosímelmente de cumplir para eludirla". L. DIEZ PICAZO-A, GULLON: Sistema de Derecho Civil, II, Tecnos, p.173.

La doctrina y jurisprudencia españolas señalan que al anticiparse por medio de la cláusula penal la cuantía de los perjuicios, el perjudicado queda liberado de la carga de la prueba relativa a determinar si el incumplimiento del contrato ha causado un perjuicio, su cuantía y naturaleza, sin que la otra parte pueda alegar que la infracción no ha causado daño alguno. Además, la parte afectada por el incumplimiento de la obligación sólo necesita para hacer efectivo su derecho, acreditar la existencia del contrato, de la cláusula penal y el incumplimiento de la obligación o el retardo, de ser el caso.

El principio en materia civil es que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o bien el de la cláusula penal, pero no ambos a la vez (artículo 711 del Código Civil). Este es el carácter subsidiario de la cláusula penal. Empero, en el contrato se puede pactar que en caso de incumplimiento de la obligación - o cumplimiento imperfecto o retardo - se exija el cumplimiento de la obligación principal junto con la ejecución de la cláusula penal. Si solo se reclama la pena, no puede exceder en valor ni cuantía de la obligación principal y si se pueden reclamar tanto el cumplimiento de la obligación como la pena conjuntamente, esta no puede exceder de la cuarta parte de aquél (artículo 712 del Código Civil).

B.-EFECTO DE LA CLAUSULA PENAL

Se discute si para hacer efectiva la cláusula penal se debe demostrar la existencia de daños y perjuicios. Estima LAICA que en el supuesto previsto por su Ley de Creación, esa demostración es requisito indispensable. Por consiguiente, sostiene que sólo se debe ejecutar la cláusula penal si hay demostración de daños y perjuicios.

Para que la cláusula penal sea exigible se requiere que la obligación principal subsista y que dicha obligación haya sido incumplida o cumplida defectuosamente o con retraso. Se requiere, además, que se esté en presencia de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso desde el punto de vista legal y que

sean imputables al deudor.

Puesto que la cláusula penal sustituye la indemnización de los daños y perjuicios irrogados por un incumplimiento y dado que esa indemnización solo procede en relación con los daños y perjuicios que se logre comprobar que son "consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse" (artículo 704 del Código Civil) y que el artículo 714 de ese Código determina que la exigencia de la cláusula penal sólo procede en las circunstancias en que se podrían reclamar daños y perjuicios, cabría considerar que, efectivamente, la cláusula penal solo puede ejecutarse si existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de las obligaciones y los daños y perjuicios producidos, lo que implicaría comprobar la existencia de los daños y el nexo de causalidad entre ellos y el incumplimiento. Es decir, dado que la exigibilidad de la cláusula penal depende de los mismos supuestos en que resultan exigibles los daños y perjuicios podría extraerse que se requiere probar la existencia de éstos. No obstante, ese no ha sido el criterio que ha sido mantenido en la doctrina nacional y extranjera.

AL respecto, don Alberto Brenes Córdoba señalaba:

"A diferencia de lo que sucede con los daños y perjuicios corrientes, que es preciso demostrar que se han producido, la pena es exigible de por sí, con entera prescindencia de toda comprobación", A, BRENES CORDOBA: Tratado de las obligaciones, Ediciones Juricentro, 1977, p. 82.

Y esa interpretación debe mantenerse para el supuesto que nos ocupa.

Al regular la elaboración del azúcar, la Ley Orgánica de la Agricultura e Industria de la Caña de Azúcar, N° 7818 de 2 de septiembre de 1998, establece la responsabilidad del ingenio por la calidad del azúcar que produzca y eventuales pérdidas del producto elaborado. El ingenio debe producir la clase o tipo de azúcar establecidos en la cuota asignada por LAICA. No obstante, se permite que los ingenios pacten arreglos bilaterales o multilaterales que les permitan canjear los tipos de azúcar que deban elaborar, siempre "que no se altere la cantidad total asignada a los ingenios en la Cuota Nacional de Producción de Azúcar". Los ingenios pueden destinar los excedentes de azúcar que produzcan para sustituir azúcares blancos que deban elaborar otros ingenios dentro de su cuota individual. El artículo 135 de la citada Ley dispone el tratamiento que se dará a la cantidad sustituida.

Esos convenios entre ingenios están sujetos a las condiciones estipuladas por el numeral 136 de la Ley: Con base en ese artículo, los convenios requieren la aprobación de la Junta Directiva de LAICA. Es de advertir que esa aprobación no es simplemente un requisito de eficacia. Antes bien, la Junta Directiva tiene la posibilidad de imponer cláusulas penales de cumplimiento como garantía de la

integridad de las cuotas. Se dispone al efecto:

"ARTÍCULO 136.-

Los arreglos citados en el artículo anterior quedarán sujetos a las condiciones siguientes:

a) Deberán ser aprobados previamente por la Junta Directiva. Serán nulos los convenios o acuerdos realizados en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior o en la presente norma.

b) Se harán constar por escrito, consignando los detalles de la negociación, las cláusulas penales de cumplimiento que estime conveniente imponer la Junta Directiva como garantía de la integridad de las cuotas y, si procediere, la obligación de pagar el exceso que se determine en el costo de transporte del azúcar hasta los lugares de distribución definidos por la Junta o los sitios de embarque, tratándose de exportación.

c) Cuando se trate de ingenios que vendan su azúcar a la Liga de la Caña, en el supuesto del inciso b) del artículo 135, el costo de fabricación del azúcar blanco de 99,5° de polarización que determine la Junta Directiva de la Liga, se le pagará junto con el valor del diferencial por polarización, establecido según el aparte 108.1, al ingenio que elaboró este azúcar. El monto correspondiente se incorporará como otra deducción a las indicadas en el aparte 102.2. Los productores independientes no tendrán participación alguna en el monto que represente el costo de fabricación antes dicho.

d) No podrán perjudicar a los productores de caña de los ingenios correspondientes.

Para esos propósitos, el reglamento fijará las disposiciones necesarias.

e) No podrán aplicarse con el objeto de llenar un déficit en la producción de un ingenio para cumplir la cuota asignada. En tal caso, regirá lo dispuesto en los artículos 123 y 124, según proceda.

f) Si el ingenio que asumió la sustitución de un tipo de azúcar, según el inciso b) del artículo anterior, no cumpliera con la cantidad y el tipo del azúcar que se comprometió a elaborar, se aplicará lo dispuesto en las cláusulas penales indicadas en el inciso b) de esta norma, y el déficit se distribuirá entre los ingenios que estén en capacidad de suministrarlo, en proporción a sus cuotas de referencia. g) El ingenio que asuma la sustitución de un tipo de azúcar, asumirá también la responsabilidad por la calidad del producto".

Interesa señalar que la cláusula penal tiene como objeto garantizar la integridad de las cuotas asignadas. Cuotas que son objeto de una regulación de orden público. El incumplimiento de las obligaciones en orden a esas cuotas puede tener

repercusiones graves para los intereses que LAICA representa y, en general, para la economía del país. El incumplimiento de las cuotas en sí mismo representa un daño, afectación en los supuestos de la elaboración del azúcar y, por ende, de los intereses que se representa. Pero, además, tenemos lo dispuesto en el inciso f) del artículo 136 antes transcrito;

"Si el ingenio que asumió la sustitución de un tipo de azúcar, según el inciso b) del artículo anterior, no cumpliere con la cantidad y el tipo del azúcar que se comprometió a elaborar, se aplicará lo dispuesto en las cláusulas penales indicadas en el inciso b) de esta norma, y el déficit se distribuirá entre los ingenios que estén en capacidad de suministrarlo, en proporción a sus cuotas de referencia".

El supuesto comprendido por la norma es el incumplimiento de la obligación de elaborar cierta cantidad y cierto tipo de azúcar. La cláusula penal en este supuesto tiende a constreñir al ingenio al cumplimiento de la obligación antes que a la reparación de un daño económico. Ese incumplimiento por sí sólo faculta aplicar la cláusula penal. La cláusula penal opera como una sanción, por la circunstancia de que el incumplimiento afecta las determinaciones en orden a la cantidad y calidad del azúcar y a efecto de llenar las cuotas correspondientes, es necesario distribuir la cantidad no producida entre los ingenios con capacidad de suministrarlo.

Desde esa perspectiva, cabe afirmar que la cláusula penal opera automáticamente. Por consiguiente, no tiene LAICA que probar que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso ha ocasionado daños y perjuicios."

b) Procedencia de la cláusula penal

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁴

"X.- Sobre la procedencia o no de la aplicación de la cláusula penal. A partir del anterior análisis, debe ingresarse a analizar si en la especie, se presentan los presupuestos básicos para la aplicación del régimen sancionatorio económico que en definitiva fue aplicado al contratista. Como se ha señalado, en el cartel, en el punto 2.5 se fijó un sistema de cláusula penal en virtud del cual, por cada día de retraso en la entrega de los bienes, se aplicaría una sanción del 1% sobre el monto total del contrato (folios 435-436 del principal). Cabe reiterar que a tono con lo dispuesto por el canon 47 en relación al 50, ambos del Reglamento de la Contratación Administrativa, la cláusula penal corresponde a una sanción tasada, previamente acordada por el cumplimiento tardío o prematuro de las obligaciones propias de un contrato administrativo. Ergo, su aplicación, si bien no se encuentra sujeta a la acreditación de daños y perjuicios (pues consiste en una sanción previa de connotación disuasiva), pende de manera estricta de la demostración de ese retraso o cumplimiento inoportuno que se considera lesivo a los intereses que



justifican la contratación. En la especie, según se colige de los autos, la Administración fijó un plazo de 60 días para la entrega de las losetas para puentes. La orden de compra fue comunicada a la adjudicataria en fecha 22 de septiembre del 2008, por lo que la fecha inicial de vencimiento era el 21 de noviembre del 2008, por los motivos ya comentados. Luego, el 11 de noviembre del 2008, antes del vencimiento del plazo, la empresa contratista solicitó prórroga del plazo por 17 días, ante lo cual por oficio 686-08, la Dirección de Puentes autorizó la prórroga, a fin de que la fecha máxima de entrega fuese el 5 de diciembre del 2008. En definitiva, mediante factura No. 0016408 del primero de diciembre del 2008, presentada el 3 de diciembre del 2008, se hace entrega de las 296 losas de concreto para puentes objeto de contratación. En ese documento el Departamento de Almacenes del MOPT consignó sello de entrega tardía de esa misma fecha 3 de diciembre del 2008, según se observa a folio 381 del judicial. Ante esa consigna, el 11 de diciembre del 2008, la adjudicataria muestra su inconformidad, solicitando el pago de la factura sin ninguna penalidad. Sin embargo, en oficio 813332 del 11 de diciembre del 2008 la Dirección de Planeamiento y Programación comunica a la Oficialía Presupuestaria que la entrega de los materiales detallados en la orden de compra No. 4500086747 se realizó 12 días naturales después de vencido el plazo, por lo que debe aplicarse la cláusula 2.5 del cartel respectivo, cláusula penal correspondiente a un 1% por cada días de retraso, por un monto total del 12% del monto total adjudicado. Luego, en oficio No. 2008-6309 del 15 de diciembre del 2008 de la División de Obras Públicas, dirigida a la Dirección Jurídica, el Ing. Rolando Herrera Quesada solicita verificar si procede resolver positivamente la prórroga solicitada por la empresa actora o si por el contrario procede la aplicación de la cláusula penal estipulada en el cartel. Ante ello, por oficio 20090138 del 13 de enero del 2009 de la Dirección Jurídica del MOPT se indica que la solicitud de prórroga solo puede ser conocida por la Contraloría General de la República y resalta el posible incumplimiento, ante lo cual, se indica, procede la aplicación de la cláusula penal, contando que la fecha de entrega se contabilizan desde el 14 de agosto del 2008, fecha de recibido del oficio No. 08232 (DCA-2415) del órgano contralor. Ante esta circunstancia, en oficio No. 0037 del 16 de enero del 2009 de la Oficialía Presupuestal y Financiero Contable del MOPT se solicita al Ministerio de Hacienda la acreditación a favor de la actora de ¢89.241.040.00 (ochenta y nueve millones doscientos cuarenta y un mil cuarenta colones), correspondiente al monto adjudicado menos impuesto de renta y cláusula penal por ¢30.562.000.00 (treinta millones quinientos sesenta y dos mil colones). (Folio 361 del principal) Del análisis de las diversas conductas expuestas en el trámite de pago de la factura presentada por la accionante el 3 de diciembre se evidencia una indebida aplicación de la cláusula penal pactada en el cartel de la licitación. En efecto, como se ha señalado, resulta errado el criterio jurídico interno en cuanto a la



competencia para resolver sobre la petición de prórroga de plazo. Bajo ese prisma, conforme a lo expuesto, la fecha máxima de entrega, según lo establecido en el oficio 686-08 era el 5 de diciembre del 2008. Ello supone que la entrega de las 296 losetas efectuada el 3 de diciembre del 2008 se realizó dentro de los márgenes temporales que se aplican al caso concreto. Por ende, el presupuesto de base del que parte la Administración para aplicar la cláusula penal, resulta improcedente al partir de ponderaciones fácticas y jurídicas que no encuentran respaldo en el mérito del caso ni en las normas jurídicas que lo precisan. Para ello, basta remitirse a lo ya expuesto sobre el tema del plazo de entrega y la validez de la conducta de autorización de prórroga. Lo anterior lleva a concluir que los bienes pactados se entregaron de manera oportuna, en el plazo fijado por la Administración, por tanto, siendo la cláusula penal una figura que reprime el cumplimiento inoportuno de las obligaciones contractuales, no resulta procedente su aplicación en este caso por encontrarse ausente el presupuesto infranqueable de base que justifica su existencia, siendo que en el sub-exámene no desprende que esa entrega tardía se haya producido. De ahí que lo debido sea disponer la obligación de la Administración demandada de devolver a la firma accionante el monto descontado por concepto de la aplicación indebida de la cláusula penal, al no existir motivo de base para ese proceder. Por tanto, debe la Administración accionada devolver al accionante el total de ¢30.562.000.00 (treinta millones quinientos sesenta y dos mil colones) que dedujo del pago girado por la contratación directa 2008CD-003327-327000 por concepto de cláusula penal. Dicha suma constituye el daño material causado por el proceder ilegítimo de la Administración. Por concepto de perjuicio financiero de esa deducción, conforme al numeral 706 del Código Civil, consistiendo esa obligación en una de naturaleza dineraria, debe concederle interés legal sobre esa suma. Conforme al numeral 34 del Reglamento de Contratación Administrativa, dicho rédito debe fijarse conforme a la tasa básica pasiva del Banco Central a seis meses plazos. Ahora bien, en el cartel de licitación se estableció como forma de pago (condición 1.5 folio 433) 45 días naturales a partir de la presentación de la respectiva factura, previa verificación del cumplimiento a satisfacción. La factura respectiva fue presentada el 3 de diciembre del 2008, por lo cual dicho plazo de 45 días venció el 17 de enero del 2009. Ergo, dichos réditos deben computarse a partir del 18 de enero del 2009 hasta su efectivo pago, aspecto a liquidar en fase de ejecución de sentencia. El otorgamiento del interés legal supone, de manera refleja, la actualización del valor monetario de la obligación para los efectos del ordinal 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo.”

c) Causas de justificación para la no imposición de multas al contratista

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁵

"V) SOBRE LAS MULTAS AL CONTRATISTA EN MATERIA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y CAUSAS DE JUSTIFICACION PARA SU NO IMPOSICION: En materia de imposición de multas a los contratistas por incumplimiento contractual, es dable indicar que la misma se incluye dentro de los contratos administrativos como una sanción administrativa ante inobservancia de los términos pactados, y al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 750-F-2006 de las 10:45 del 5 de octubre del 2006, ha dicho que la Administración se encuentra facultada para incluirlas dentro del cartel de contratación, como una sanción pecuniaria que tiene por objeto conminar al contratante a que efectúe la prestación dentro del plazo y condiciones pactadas, la cual debe de estar estipulada en el cartel de licitación, con la especificación de la conducta sancionada con tal medida. Al respecto, el otrora Reglamento General de Contratación Administrativa, número 25038 del seis de marzo de 1996, dispuso en sus artículos 36.3 y 67.6.1 que el cartel " podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas, para su aplicación no será necesario demostrar el daño.", indicándose que una vez realizada la recepción provisional no correrán multas por atraso en la entrega. Por su parte el nuevo Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, número 33411 del 27 de setiembre del 2006, reguló este instituto, en el ordinal 47, 48 y 49, los cuales dispusieron que 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 caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas, se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. Los incumplimientos que originan el cobro de la multa, deberán estar detallados en el cartel. Una vez en firme el cartel, se entenderá que el monto de la multa es definitivo por lo que no se admitirán reclamos posteriores. Artículo 48.—Cobro. 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 adopción de cualquier otra medida que resulte necesaria. 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 podrá ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo. El cobro por concepto de multas no podrá superar el veinticinco por ciento del precio total. Artículo 49.—Prescripción: La posibilidad de cobrar las multas prescribirá, en el plazo de cinco años a partir del hecho generador. En el contrato de obra, la recepción provisional excluye la posibilidad de cobrar multas, salvo que la obra haya sido recibida bajo protesta o que se haya recibido provisionalmente faltando solamente pequeños detalles de acabado o la corrección de defectos menores consignados en el acta. La omisión de cobro, ocasionará responsabilidad civil y administrativa del funcionario omiso, cuando éste fuere procedente." No obstante, su regulación normativa emergió a partir de los reglamentos a la ley de contratación administrativa de 1995, sin que se encuentre norma específica en la ley de comentario, y sustentándose su aplicación antes de la entrada en vigencia de dicha normativa en los carteles de licitación, lo cuales al tenor de la Ley de Administración Financiera de la República de 1951, encontraban su fundamento. Asimismo, existen causas de justificación exonerativas de la responsabilidad civil contractual, mediante las cuales los contratistas no obstante incurrir en causales de incumplimiento, su conducta no sería reprochable, ni generaría responsabilidad civil, ni imposición de sanciones pecuniarias como las multas. Al respecto, es dable indicar que si bien el adjudicatario tiene la obligación de observar las condiciones del concurso, con lo ofrecido en su oferta y con lo pactado en el contrato administrativo, la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la propia responsabilidad de la Administración, le facultan para justificar el no cumplimiento de lo pactado o para solicitar la prórroga de la ejecución del mismo, al tenor del ordinal 702 del Código Civil y el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 460-F-03 de las 10:45 horas del 30 de julio del 2003. En igual sentido, el reglamento ejecutivo número 4428 del 14 de diciembre de 1974, a las leyes 5501 y 5518 para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción, dispuso en el ordinal seis que salvo que se indique en diferente forma en los documentos contractuales, procederá el aumento de plazos en los contratos de construcción y de actualización de los programas de trabajo por causa de caso fortuito, fuerza mayor, falta de equipos a incorporar, escasez de materiales de construcción, lluvia que impida el avance de la obra, falta de elementos técnicos indispensables para iniciar o proseguir una obra cuando tales deba suplirlos el Estado, impedimentos legales que afectan la realización de la obra, falta de medidas para ubicar el sitio exacto de la misma, incumplimiento de pago, cambios, trabajos extra, ampliaciones."

d) Carácter sancionatorio de las multas y análisis sobre las causas de justificación

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁶

“III)- SOBRE LAS MULTAS AL CONTRATISTA EN MATERIA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y CAUSAS DE JUSTIFICACION PARA SU NO IMPOSICION: En materia de imposición de multas a los contratistas por incumplimiento contractual, es dable indicar que la misma se incluye dentro de los contratos administrativos como una sanción administrativa ante inobservancia de los términos pactados, y al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 750-F-2006 de las 10:45 del 5 de octubre del 2006, ha dicho que la Administración se encuentra facultada para incluirlas dentro del cartel de contratación, como una sanción pecuniaria que tiene por objeto conminar al contratante a que efectúe la prestación dentro del plazo y condiciones pactadas, la cual debe de estar estipulada en el cartel de licitación, con la especificación de la conducta sancionada con tal medida. Al respecto, el Reglamento General de Contratación Administrativa, número 25038 del seis de marzo de 1996, vigente al momento de los hechos, dispuso en sus artículos 36.3 y 67.6.1, que el cartel " podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas, para su aplicación no será necesario demostrar el daño. ", indicándose que una vez realizada la recepción provisional no correrán multas por atraso en la entrega. Por su parte el nuevo Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, número 33411 del 27 de setiembre del 2006 , reguló este instituto, en el ordinal 47, 48 y 49, los cuales dispusieron que 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 caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas, se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. Los incumplimientos que originan el cobro de la multa, deberán estar detallados en el cartel. Una vez en firme el cartel, se entenderá que el monto de la multa es definitivo por lo que no se admitirán reclamos posteriores. Artículo 48.— Cobro. 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 adopción de cualquier otra medida que resulte necesaria. 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 podrá ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo. El cobro por concepto de multas no podrá superar el veinticinco por ciento del precio total.

Artículo 49.—Prescripción: La posibilidad de cobrar las multas prescribirá, en el plazo de cinco años a partir del hecho generador. En el contrato de obra, la recepción provisional excluye la posibilidad de cobrar multas, salvo que la obra haya sido recibida bajo protesta o que se haya recibido provisionalmente faltando solamente pequeños detalles de acabado o la corrección de defectos menores consignados en el acta. La omisión de cobro, ocasionará responsabilidad civil y administrativa del funcionario omiso, cuando éste fuere procedente. ". Sobre este particular se debe indicar, que la Ley de Contratación Administrativa, número 7494 del dos de mayo de 1995, en su artículo 11 y 14, ratifica la potestad de la Administración contratante de poder resolver unilateralmente el contrato administrativo por motivo de incumplimiento o causas imputables a la contratista, pero con apego al debido proceso, con decisión motivada y previa audiencia al interesado. Asimismo, existen causas de justificación exonerativas de la responsabilidad civil contractual, mediante las cuales los contratistas no obstante incurrir en causales de incumplimiento, su conducta no sería reprochable, ni generaría responsabilidad civil, ni imposición de sanciones pecuniarias como las multas. Al respecto, es dable indicar que si bien el adjudicatario tiene la obligación de observar las condiciones del concurso, con lo ofrecido en su oferta y con lo pactado en el contrato administrativo, la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la propia responsabilidad de la Administración, le facultan para justificar el no cumplimiento de lo pactado o para solicitar la prórroga de la ejecución del mismo, al tenor del ordinal 702 del Código Civil y el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 460-F-03 de las 10:45 horas del 30 de julio del 2003, mismas que debe justificar, acreditar y demostrar, estableciendo además el nexo causal entre el evento justificante y la fase de ejecución del contrato. Ello es así, porque si bien es cierto los contratistas tienen el deber de ejecutar plenamente lo pactado, tal obligación cede ante situaciones de fuerza mayor mayor y caso fortuito, ordinal 11 y 17 de la Ley de Contratación Administrativa y 22 del Reglamento General de Contratación administrativa número 25038, el cual estipula que " 22.1 El contratista esta obligado a cumplir, plenamente, con las condiciones del concurso, lo ofrecido tanto en su oferta como en cualquier manifestación formal documentada que haya aportado adicionalmente durante el procedimiento del concurso o aceptado en la

formalización o ejecución del contrato. 22.2 Solamente se autorizarán prórrogas para la ejecución del contrato por razones de fuerza mayor debidamente acreditada por el contratista, o por demoras ocasionadas por la propia Administración. En uno y otro caso, el contratista, solicitará dicha prórroga a más tardar dentro de los ocho días siguientes al conocimiento del hecho que demorará la ejecución. No se concederán prórrogas vencidos los términos de ejecución previstos, sin perjuicio del derecho de justificar el incumplimiento por los medios legales establecidos."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Ley No. 7494 de 2 de mayo de 1995.
- 2 Decreto Ejecutivo No. 33411 de 27 de setiembre de 2006.
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 365-2004, del tres de diciembre de dos mil cuatro.
- 4 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Sexta, Resolución No. 1666-2010, de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del cuatro de mayo de dos mil diez.
- 5 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Octava, Resolución No. 2-2009, de las catorce horas del dieciseis de enero de dos mil nueve.
- 6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Octava, Resolución No. 29-2009, de las quince horas del veinticuatro de abril de dos mil nueve.