



MSP-DM-AG-651-2022
08 de setiembre de 2022

Señor
Daniel Calderón Rodríguez
Viceministro de Unidades Regulares

Asunto: *Documento de Advertencia 02-034-2022 AD/ASAA sobre Gestión de cláusula penal en la Licitación Abreviada 2021LA-000014-0007100001*

Estimado señor:

Como parte del servicio de Advertencia que le compete realizar a esta Auditoría General, de conformidad con las competencias otorgadas en el artículo 22 inciso d) de la Ley General de Control Interno 8292 y las Normas de Control Interno para el Sector Público, emitidas por la Contraloría General de la República, y como parte de una auditoría que se está realizando sobre Contratación Administrativa, nos permitimos informarle lo siguiente:

Como parte del análisis realizado por esta Auditoría General, en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) sobre la licitación Abreviada 2021LA-000014-0007100001 para la compra de licencias, promovida por el Programa Presupuestario 93 Servicio de Seguridad Ciudadana, resulta oportuno indicar que, la citada licitación consta de seis líneas, de las cuales las líneas 4, 5 y 6 fueron adjudicadas a la empresa Interhand S.A., por un monto total de \$35,651.50; posteriormente, el citado programa requirió licencias adicionales de las líneas 4 y 5 del mismo contratista, por lo que se realizó el contrato adicional número 0432021000100196-01 de fecha de notificación 14 de diciembre de 2021, con un monto total de \$13,334.00.

Mediante la verificación realizada determinó que el citado Programa omitió gestionar ante la Dirección de Proveeduría Institucional la solicitud del estudio de aplicación de cláusula penal contra el pago de la factura 001000010100000001886 de la empresa contratista Interhand S.A., correspondiente a la entrega tardía de ambas líneas del contrato adicional.

Sobre el particular, se evidenció que en el citado contrato adicional se consideró una licencia DevCraft-Telerik Complete (línea 4) y otra DevExpress Universal (línea 5), en el cual se cita entre otros aspectos, lo siguiente:

- En el apartado “5. Información Básica del Contrato” en el ítem de “Cláusula penal” se indicó que, si existiera atraso imputable al contratista en la entrega de los bienes objeto de esta licitación que le fueran notificados mediante un contrato, éste autoriza al Ministerio de Seguridad Pública para que por concepto de cláusula penal, le rebaje del pago respectivo la suma correspondiente al 0.9% del valor de la factura en trámite correspondiente al bien entregado, por cada día hábil de atraso en la entrega de los bienes (con respecto al plazo ofrecido), hasta un máximo del 25% (veinticinco por ciento) del importe total de dicho contrato. Cabe indicar que este ente fiscalizador



verificó que el citado ítem se incluyó tal cual como se estableció en el cartel en el apartado “6.3 Cláusula Penal y Multas” y en el contrato original.

En el mismo apartado, pero en el ítem de “Observaciones” se señala que, el Encargado del contrato será la persona designada por parte del Programa 93, quien tendrá las obligaciones según Directriz DGABCA-0015-2018.

- En el apartado “6. Otras condiciones” se indicó en el ítem de “Detalle de entrega” que el plazo de entrega será según se indica en cada una de las líneas en el punto 8 del presente contrato, y que este empezará a regir a partir del día siguiente hábil de la notificación electrónica que realiza el sistema SICOP de la orden de compra.
- En el apartado “8. Información del bien, servicio u obra” se señaló que para ambas líneas se generó la orden de pedido 4600060243 de fecha 14 diciembre 2021, en donde para la línea 4 y 5 se establece un plazo entrega 3 días hábiles y 1 día hábil respectivamente, con una fecha de entrega estimada para los días 17 de diciembre de 2021 y 15 de diciembre de 2021. Es importante señalar que, los plazos de entrega coinciden con los días hábiles establecidos en el contrato original.

Aunado a lo anterior, de la verificación realizada por este ente fiscalizador a los plazos de entrega de las licencias se determinó que con el oficio MSP-DM-VA-DGAF-DTI-DS-0066-2021 de fecha 21 diciembre de 2021, suscrito por la jefatura del Departamento de Sistemas de la Dirección de Tecnologías de Información y remitido a la jefatura del Almacén Institucional, se indicó que el día 21 de diciembre de 2021, se recibieron a satisfacción las licencias correspondientes a la ampliación de 50% de la contratación 2021LA-000014-0007100001, cumpliendo técnicamente con lo estipulado para esta contratación.

Así las cosas, el Almacén Institucional procedió a realizar el Acta de Recepción de Mercadería 0377/OFI/21 de fecha 22 de diciembre de 2021, en la cual se consigna como fecha de recepción la externada en el oficio anteriormente citado y remitió mediante el oficio MSP-DM-VMA-DGAF-DPI-DAI- ACI-0409-2021 de fecha 22 de diciembre de 2021 al otrora Subdirector General de la Fuerza Pública, señor Reinaldo González Cubero, la documentación respectiva para continuar con las gestiones de pago.

Al respecto, el otrora Subdirector General de la Fuerza Pública, emitió el oficio MS-DM-DVURFP-DGFP-SDGFP-B 3279-2021 de fecha 27 de diciembre de 2021 en el cual le remite al Director Financiero la factura original 001000010100000001886 de fecha 21 de diciembre de 2021, por un monto de \$13,334.00 correspondiente al documento presupuestario 4600060243, e indicó que la factura fue recibida a satisfacción como consta en los oficios MSP-DM-VA-DGAF-DTI-DS-0066-2021 y oficio MSP-DM-VMA-DGAF-DPI-DAI- ACI-0409-2021 citados anteriormente.

Dado que la Dirección de Tecnologías de Información indicó que las licencias fueron recibidas en una fecha distinta a la establecida en la orden de pedido y el ex Subdirector General de la Fuerza Pública gestionó ante la Dirección Financiera el pago de la factura completa de las licencias correspondientes al contrato adicional, esta Auditoría General verificó en el expediente de la contratación, si existía algún documento sobre una prórroga aprobada al plazo de entrega o la gestión de estudio para la aplicación de la posible entrega tardía (cláusula penal), sin encontrar evidencia al respecto.



Ante la situación señalada, se consultó con la jefatura del Departamento de Sistemas, a lo cual manifestó la licencia Devcraft-Telerik tiene una vigencia del 21 de diciembre de 2021 al 21 de diciembre del 2024 y la DevExpress tiene vigencia a partir 17 diciembre de 2021 al 17 diciembre de 2024, según se visualiza en el sitio web de cada tipo de licencia, las cuales corresponden a la factura 001000010100000001886 e indicó que no recuerda que se presentara nada extraordinario.

Aunado a lo anterior y dado que en el contrato se indicó que, el funcionario encargado del contrato será la persona designada por parte del Programa 93, se consultó a la Administradora de Contratos de la Subdirección General de la Fuerza Pública quien manifestó que, el contratista realizó las entregas de las licencias el día martes 21 de diciembre de 2021 y el viernes 17 de diciembre de 2021, por lo que se consideró que el atraso para ambas líneas fue de un día.

Además, señaló que, se le consultó de manera verbal al área técnica sobre si dicho atraso ocasiono algún inconveniente operativo, a lo que el área técnica indicó no sufrir ningún inconveniente, considerando que esa semana era previa a la salida de vacaciones colectivas de fin de año, por lo que las licencias no se iban a utilizar hasta el siguiente año.

Adicionalmente indicó que, esta situación fue muy particular, ya que al ser cierre de fin año se hizo un análisis de costo beneficio y se valoró la subejecución presupuestaria, considerando que el estudio de incumplimiento puede tardarse de 15 a 22 días aproximadamente; por lo que la Subdirección junto con el área técnica realizó una valoración de la trascendencia del incumplimiento de un día de atraso, que dio como resultado que no se afectara a los usuarios, por tanto no se justificaba la retención de la factura.

Finalmente, señaló que existen casos que dependiendo del objeto contractual y de la urgencia institucional de requerir el bien, hasta un día de atraso se valora y se envía a estudio por posible incumplimiento.

Por todo lo antes comentado y para ampliar nuestro panorama, se consultó con la jefatura del Subproceso Jurídico Contractual de la Asesoría Jurídica, quién comentó que, por regla de principio los Programas Gestores deben tramitar los estudios por posibles incumplimientos ante la Proveeduría Institucional; e indicó que, en relación con la cláusula penal esta se define desde el cartel, en donde se indica el porcentaje a aplicar por día en caso de atraso imputable al contratista en la entrega de los bienes, por tanto los Programas deben gestionar el estudio de su aplicación en todos los casos que se presente el incumplimiento en la entrega, aspecto en el que coincide con criterio externado por la Subproveedora Institucional, señora Jenny Mena Ugalde.

Por lo tanto, la situación objeto de comentario presenta inconsistencias según lo establece el artículo 50 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en lo que interesa reza:

*“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. (El subrayado no es del original)*



A su vez, la situación citada anteriormente deja entrever la inobservancia de lo estipulado en la norma 4.6 de las Normas de Control Interno para el Sector Público, que en lo que interesa señala:

“4.6 Cumplimiento del ordenamiento jurídico y técnico

El jerarca y los titulares subordinados, según sus competencias, deben establecer las actividades de control que permitan obtener una seguridad razonable de que la actuación de la institución es conforme con las disposiciones jurídicas y técnicas vigentes. Las actividades de control respectivas deben actuar como motivadoras del cumplimiento, prevenir la ocurrencia de eventuales desviaciones, y en caso de que éstas ocurran, emprender las medidas correspondientes. Lo anterior, tomando en cuenta, fundamentalmente, el bloque de legalidad, la naturaleza de sus operaciones y los riesgos relevantes a los cuales puedan verse expuestas...”

Asimismo, la condición descrita se aparta de la Directriz DGABCA-0015-2018 de fecha 07 de noviembre de 2018, emitida por La Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, la cual señala entre las funciones mínimas asignadas a los encargados de contratos: recomendar la aplicación de cláusulas penales, multas, ejecución de garantías, rescisión o resolución del contrato cuando se advierta fundamento para ello, según la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento; e informar a la Proveeduría Institucional cuando deba adoptarse una medida relacionada con la contratación, para que ésta efectúe los trámites correspondientes.

Bajo la misma tesitura, es importante señalar que la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, mediante Resolución R-DCA-00943-2021 de fecha 26 de agosto de 2021, ha manifestado que, el objetivo de incorporar la aplicación de las multas y la cláusula a nivel cartelario, obedece a la necesaria seguridad jurídica que todo oferente debe tener al momento de ofertar, pues en estos casos tendrá claro de antemano las sanciones de carácter económico a las que será objeto en caso de faltar a sus obligaciones en fase de ejecución contractual.

Además, se indica en la citada resolución que, el objetivo de las multas y cláusula penal es procurar resarcir a la Administración de una ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones contractuales, definiendo de antemano esa sanción, siendo claro que el objetivo de estos mecanismos son en esencia no el obtener un rédito económico para la Administración con su aplicación, sino más bien desincentivar el incumplimiento de los contratista, que conociendo las sanciones que puedan recibir, se abstengan de incurrir en los supuestos que las activen.

Sobre la situación en comentario consideramos que de reiterarse en un futuro la no aplicación de cláusulas penales, se podría propiciar la materialización de riesgos operativos y de legalidad, generando diversos efectos negativos derivados en perjuicios económicos a la instancia gestora y eventuales responsabilidades a las personas funcionarias involucradas; así como también la omisión de sanciones a los contratistas y un posible trato desigual a éstos.



Debido a las anteriores consideraciones y riesgos asociados a la situación acontecida, resulta imperativo que la Dirección General de Fuerza Pública, en su calidad de instancia ejecutora del Programa Presupuestario 93, establezca los mecanismos de control requeridos para que se aplique una gestión oportuna para ejecución de las cláusulas penales cuando se presenten incumplimientos en los plazos de entrega por parte de las empresas contratistas, considerando las cláusulas establecidas en los carteles y respectivos contratos.

Por último, de conformidad con el artículo 12 incisos a), b) y c) de la Ley General de Control Interno, es oportuno señalar los deberes que le asisten a los titulares subordinados, previo cumplimiento del protocolo de ley, de considerar las observaciones formuladas por la Auditoría General.

Para lo anterior, se solicita que se informe de las acciones que se implementen para la atención de los aspectos que se presentan en este Documento de Advertencia.

Atentamente,

Auditoría General

Karol Cascante Ramírez
Auditora Interna a.i.

acm/jasn/kcr

C.