

R-DCA-0234-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas dieciocho minutos del diecinueve de abril del dos mil diecisiete.--

Recurso de objeción presentado por la empresa **SEGURIDAD ALFA S.A.** contra el cartel de la **Licitación Pública 2017LN-000003-0012300001** promovida por el **TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES** para la adquisición del Servicio de Seguridad y vigilancia para los edificios anexos de las oficinas centrales del TSE denominados Casa Blanca y Thor.-----

RESULTANDO

I.-Que la empresa Seguridad Alfa S.A. presentó en tiempo, en fecha veintiocho de marzo del dos mil diecisiete, recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública de referencia.-----

II.-Que mediante auto de las siete horas treinta minutos del treinta de marzo de dos mil diecisiete, se confirió audiencia especial a la Administración, a efecto que se refiriera a los argumentos de la empresa recurrente solicitando a su vez, la remisión del cartel definitivo, y en caso de ser necesario, modificar el plazo de apertura de ofertas.-----

III.-Que la Administración atendió la audiencia de cita, por medio de oficio DE-1059-2017 de fecha 4 de abril de 2017, y refirió remitir versión última del cartel. -----

IV.-Que en la presente resolución se han observado las disposiciones legales respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.-Sobre el fondo del recurso: La objetante expone disconformidad con las condiciones del agente de seguridad, en los siguientes aspectos: **1) Edad máxima del agente:** La objetante menciona que se exige que se tenga una edad máxima que no está contemplada en la ley, lo cual en su criterio, es abiertamente discriminatorio en razón de la edad, y considera que ello debe ser removido por arbitrario y contrario al derecho al trabajo y a la no discriminación. Remite a las estadísticas del Ministerio de Seguridad Pública y el porcentaje de la edad promedio de los agentes de seguridad privada que detalla en el folio 2 de su escrito de recurso de objeción y agrega que con base en la información que consta en el sitio web-----

<http://www.seguridadpublica.go.cr/direccion/seguridadprivada/estadisticas.aspx>, las personas de más de 55 años representan un 18.20% de la fuerza laboral de agentes de seguridad, una cuarta parte que tiene derecho a una pensión digna, para lo cual debe llegar a su edad de retiro insertada en la fuerza laboral, por lo que exigir que entre la planilla no se contrate personas de más de 55 años es totalmente discriminatorio y pierde de vista la función social que tienen tanto las

empresas privadas, como el Estado mismo; el cual es el primer responsable y el primer garante de que sean respetadas y no discriminadas las personas en razón de su edad. Solicita que el requisito sea removido por ser contrario al ordenamiento jurídico costarricense.

La Administración menciona que se ha consultado con el Jefe de la Oficina de Seguridad Integral del TSE, y en lo que interesa indica que el artículo 14 de la Ley de Regulación de los Servicios de Seguridad Privados, Nro. 8395 del 1° de diciembre del 2003, en su inciso a) establece los 18 años como mínimo de edad para los agentes, no así un máximo. Que desde esa perspectiva, dicho funcionario considera que esa disposición permite que cada Administración fije el límite máximo de edad que considera apropiado para el servicio, dependiendo de cada caso concreto. Que en el caso de marras, la opinión resulta acertada, toda vez que –ciertamente– no todos los puestos de seguridad resultan idénticos en cuanto a lugar de ejecución del servicio, bienes a custodiar o proteger, contacto con el público interno y externo, horarios, grados de peligrosidad, complejidad de la prestación, controles, dimensión de las áreas a cubrir, etc. Que esos factores configuran un conglomerado de variantes a tener en cuenta para la selección del personal que la Administración tiene todo el derecho y la obligación de valorar, pues de ello dependerá si considera apropiado que el servicio sea o no prestado por oficiales de cierto rango de edades. Que además, eso va enfocado a realizar una adecuada y acertada utilización de los recursos públicos. Que el establecer un límite máximo de edad de los eventuales oficiales de seguridad resulta discriminatorio, pero tal discriminación deviene absolutamente constitucional, pues obedece a parámetros racionales, razonables, lógicos, no arbitrarios y equitativos, pues se aplicarán para todos los eventuales participantes. Agregan que la Sala Constitucional patria ha señalado: (...) *como tesis de principio podemos sostener que mientras la discriminación no atente contra la dignidad humana o mientras la creación de categorías que otorguen a las personas un trato diferente sea razonable, la igualdad jurídica es respetada. Deben recibir igual tratamiento quienes en igual situación se encuentren. Como la regla no es absoluta, ha de entenderse como mandato de tratar igual a todos los que sean parte de una determinada categoría. Tradúcese así el problema en que las categorías no deben ser arbitrarias y en que tampoco deben serlo los criterios para formar parte o ser excluido de ellas.* (Sala Constitucional, voto 43-95). Exponen entonces que el servicio que se pretende contratar lo es para dos edificios anexos de la sede central del TSE; que en ocasiones este puede que deba prestarse en la parte exterior de esos edificios, pero en otras, lo será en su interior; que ambos se ubican en zonas de alta

circulación de personas, con un considerable grado de peligrosidad, sobre todo en horas de la noche y madrugada, y que dicho servicio se deberá prestar durante las 24 (veinticuatro) horas del día. Que ello justifica plenamente el perfil de edad de los oficiales de máximo de 55 años de edad; valoración discrecional que para la licitante se apega a las reglas que en esa materia establecen el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública, que consagra el principio de la sana crítica racional, aplicable a la contratación administrativa. **Criterio de la División:** En el presente caso, si bien la empresa objetante no expone sólida argumentación de defensa para justificar la contratación de personas que tengan más de 55 años, intenta al menos informar el porcentaje de oficiales que pueden superar la edad límite impuesta por el Tribunal y que podrían ser contratados en servicios como los licitados, pese a ello la Administración en criterio de esta División, no ha presentado argumentos objetivos que permitan justificar que las funciones de servicios de seguridad que se pretenden contratar, no pueden ser prestadas a satisfacción por personas que superen aquella edad. Al respecto, observa este Despacho que lo que presenta el Tribunal son apreciaciones genéricas y subjetivas, que describen la zona en la que se prestarían los servicios, horarios, y ser zonas de riesgo, pero no acreditó mediante un razonamiento suficientemente claro, la vinculación que existe entre el tipo de servicio a prestar en el Tribunal -que observa este Despacho no dista de otros a prestar en la Administración- y la edad máxima fijada en el cartel, que permitan concluir que efectivamente existe una condición especial que supone limitar por el tipo de función o servicio requerido, la edad de los agentes. Extraña este Despacho un razonamiento de parte de la Administración, en torno al por qué una persona que supere los 55 años de edad, no podría desempeñarse adecuadamente en el servicio pretendido, lo que torna el argumento de la licitante en subjetivo y carente de motivación. Siendo así las cosas, y que no observa este órgano contralor una razón especial definida por la Administración -más allá de describir la zona y el lugar donde se prestaría estos servicios- procede entonces **declarar con lugar** el recurso en este extremo, evitando establecer limitaciones que por condición de edad, podrían hacer nugatoria la participación de empresas que contaren con oficiales que superen esa edad. Lo anterior sin perjuicio claro está, que la Administración pueda reservarse en el mismo cartel, la posibilidad de requerir la sustitución de personal destacado, ya no por razones de edad pero sí por insatisfacción en el rendimiento recibido por determinado agente, asociado a las necesidades propias que el tipo de servicio requieren, potestad que de ejercerse debe ser mediante acto motivado igualmente. **2) Requisito**

académico del agente: La objetante menciona que se exige en el concurso, contar con el tercer ciclo de educación, cuando la Ley únicamente exige sexto grado. Que la Ley presupone la idoneidad de las personas que al menos cuenten con sexto grado, por lo que exigir tercer año del colegio además de discriminatorio, eleva los porcentajes de rotación del personal, ya que en la Gran Área Metropolitana, las personas que cuentan con tercer año de colegio, cuando encuentran una oportunidad de trabajo menos riesgosa que la seguridad, renuncian. Que es un aspecto que debería valorar la Administración, máxime cuando está considerando multar al contratista por alta rotación de personal, lo cual no solo no es posible controlar por parte del patrono y además lo exacerba el requisito de escolaridad, por lo que la alta rotación la estaría generando la propia Administración. Que conforme las estadísticas que lleva el Ministerio de Seguridad Pública, es evidente que el porcentaje de agentes con tercer año de colegio representan únicamente un 12% de la fuerza laboral total, lo que implica que el requerimiento cartelario podría no estar realmente justificado, y refiere que su argumento se puede comprobar en la dirección: <http://www.seguridadpublica.go.cr/direccion/seguridadprivadalestadisticas.aspx> agregando cuadro de porcentaje de escolaridad en el folio 4 de su recurso. Para la recurrente, es claro que para exigir un cierto nivel de rotación; debe tenerse en cuenta que el personal que se requiere es un trabajador semi-calificado genérico que por sus funciones y responsabilidades, legalmente se ha establecido como requisito de escolaridad únicamente el segundo ciclo y que para este sector; la fuerza laboral que cuenta con tercer año de colegio únicamente representa un 12% de la fuerza laboral total, lo que evidencia, que en el sector, la contratación de personal con tercer año es sumamente baja lo que disminuye las posibilidades de asegurar una "baja rotación" (sin que la Administración haya definido qué entiende por baja rotación) ya que el nivel de escolaridad requerido, más bien tiende a aumentar la rotación, porque las personas que cuentan con tercer año, tienden a desplazarse con mayor facilidad hacia otros sectores menos riesgosos. Que el TSE debería enfocarse en que dicha rotación no afecte el servicio, pero sin que sea posible establecer o definir tolerancias, máximas o mínimas de rotación, ya que ello no depende en gran medida del patrono, sino del comportamiento del mercado y así lo que se valore sea la calidad del servicio en general y no medir la calidad del mismo con base en único factor que no depende del empleador en gran medida, ya que según estudios "*La falta de seguridad en el trabajo es la fuente principal de insatisfacción en el trabajo: es preferible un trabajo temporal pero seguro que un trabajo permanente e inseguro (Origo y Pagan 2009)*", entre muchos otros factores

que no están en control absoluto del empleador. La objetante menciona que para la buena marcha de los servicios, la permanencia y continuidad del servidor en el puesto y una baja rotación de personal, el perfil que debe solicitarse sea conforme el mínimo requisito legal de contar con sexto grado, debiendo asegurar el contratista una adecuada y constante capacitación del personal, tanto en atención al cliente como en las demás áreas de especialización que requiere el agente de seguridad y que no están determinadas por un grado académico, sino por una formación específica en el campo. **La Administración** refiere que el Jefe de la Oficina de Seguridad Integral del TSE señala, que de conformidad con la experiencia de esa oficina, los oficiales que cumplen el requisito en cuestión logran una adecuada asimilación de los procedimientos, políticas y normas del Tribunal, y que en ellos también se aprecia buena calidad en las áreas de humanidad y servicio al cliente. Agregan que respecto a este punto en particular, aplican todos los supuestos y argumentos esgrimidos en el aparte anterior, es decir que si la referida ley y su reglamento establecen como límite de escolaridad de las personas que en este país pueden desempeñarse como oficiales de seguridad privada, también lo es que ese umbral constituye un mínimo requerido para que esas personas puedan ser inscritas o registradas como agentes de seguridad privada; pero – precisamente por las razones apuntadas en el aparte anterior– resulta constitucional y por ende válido, que cada administración determine –según las circunstancias particulares de cada caso– el grado de escolaridad que desea posean las personas que un contratista aportará como oficiales de seguridad. Que por las funciones constitucionales y legales que tiene el TSE, y los diferentes servicios públicos que presta (dotación de cédulas de identidad a los ciudadanos, registro e inscripción de variedad de hechos vitales –nacimientos, reconocimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, etc.), certificaciones de esos hechos civiles, entre otros, se considera que en virtud de la gran afluencia de administrados que acuden a las instalaciones por dichos servicios, tanto para los oficiales de seguridad propios (empleados directos de esta administración), como para aquellos que sean empleados de eventuales contratistas, se requiere que posean un nivel de escolaridad que no sólo le permita asimilar de mejor manera lo referido por el Jefe de Seguridad Integral de esa institución, sino que –en su trato con el público interno y externo– pueda reflejar ampliamente los valores y la imagen que esa institución desea y se esfuerza por proyectar a la ciudadanía y comunidad en general. Que lo requerido en cartel igualmente resulta constitucional y apegado al referido artículo 16 de la LGAP. **Criterio de la División:** Analizados los

argumentos de la empresa objetante se tiene que los mismos parecen más bien enfocarse en un eventual y particular escenario, pues el hecho que un personal de seguridad contratado, busque otros mercados laborales por tener tercer ciclo de nivel de enseñanza, o que incluso no desean laborar por su nivel de estudios en servicios de seguridad, es un tema de resorte exclusivo de cualquier empresa potencial oferente, es decir ello forma parte del álea de su negocio, sin que esa razón por sí misma, deba considerarse como una limitación a los principios de la contratación administrativa. En este aspecto, vemos que el argumento del recurrente versa en una consecuencia especulativa, pero que en nada supone su imposibilidad de participar, más bien parece dejar patente un potencial riesgo de salida de personal pero que constituye un aspecto propio de su riesgo negocial, sin observarse de su argumento la limitación a la libre participación que el requisito en cuestión genera, ni mucho menos que ese potencial riesgo que expresa, constituya el común denominador en el resto de potenciales oferentes. Por otra parte, el Tribunal más bien ha justificado las razones por las cuales exige ese nivel académico, asociado principalmente al contacto permanente con el usuario, asimilación de protocolos y lineamientos internos, así como por el tipo de servicio que presta el Tribunal es requerido un nivel de preparación que ofrezca consonancia con la eficiencia de ese servicio. Es por ello que en criterio de este Despacho, el nivel académico exigido sí descansa en este caso en argumentos objetivos que suponen mantener el requisito cartelario, sin que del argumento del recurrente se aprecie como se indicó, de qué forma manteniéndolo, se afecta la participación general de oferentes, pues su argumento ha versado más en el riesgo empresarial que en verdaderas afectaciones a los principios que inspiran la contratación administrativa. En consecuencia, se **declara sin lugar** el recurso en este punto. **3) Mínimo de experiencia del agente:** La objetante expone que el cartel exige que el agente propuesto debe tener como mínimo seis meses de experiencia, y añade sobre este aspecto que este órgano contralor ya se ha pronunciado en resolución R-DCA-168-2017 sobre ese tema, lo cual cita en el folio 6 de su recurso, para agregar que es claro que el requisito no solo es contrario a lo que establece el Reglamento a la Ley de Servicios de Seguridad Privados en su artículo 31, sino que se restringe la participación de su representada, pues impide que se reclute personal que recién se incorpora al servicio y que ha superado todos los requisitos legales, pero que aún no cuenta con experiencia, pero sí con toda la capacitación y las condiciones legales exigidas, impidiendo con ello, el derecho al trabajo de estas personas que han optado por realizar toda una preparación y que necesitan

acceder a las nuevas fuentes de empleo que se crean a través de estos contratos con el Estado. **La Administración** refiere que este punto se sustenta en consideraciones de oportunidad y conveniencia que se valoraron al amparo del caso concreto. Que tienen claro que si a las personas trabajadoras no se les contrata por el mero hecho de carecer de experiencia laboral en el campo, resultaría materialmente imposible que la puedan obtener válidamente. Que no por ello el TSE que recibe a cientos sino miles de administrados diariamente, debe aceptar que oficiales de seguridad –que por las funciones que realizan portan y manipulan armas de fuego y otras armas contundentes– utilicen al Tribunal para adquirir dicha experiencia, pues eso atenta contra una óptima satisfacción del fin público a satisfacer. Que conforme se indicó anteriormente, los edificios objeto del servicio de seguridad y vigilancia a contratar se ubican en zonas de San José que representan un grado de peligrosidad considerable; sobre todo en horas de la noche y la madrugada. Las razones anotadas –entre otras que se pueden mencionar como el rendimiento de informes escritos, eventuales patrullajes, la posible utilización de tácticas de diálogo y hasta de defensa propia– configuran elementos valorativos que respaldan la razonabilidad, lógica, proporcionalidad y apego a las reglas generales de un servicio de esta naturaleza que justifican requerir que cualquier persona que se vaya a desempeñar como agente de seguridad privada posea el mínimo de experiencia que la recurrente cuestiona. Solicita al igual que para los otros puntos, este argumento sea declarado sin lugar. **Criterio de la División:** En estrecho asocio con los razonamientos expuestos en nuestro anterior criterio, se señala entonces que el Tribunal brinda razones válidas para justificar la experiencia del personal de la eventual contratista, que se justifica por el tipo de servicios a contratar, que son de seguridad y vigilancia, donde es óptimo que el personal conozca cómo se prestan ese tipo de servicios y cómo se desarrolla la ejecución de los mismos, y no solamente cumplir requisitos del puesto, sino saberlos desempeñar. Aunado a lo anterior, no se considera que seis meses de experiencia, resulten ser excesivos o desproporcionados. Además, quien recurre no demuestra que se trate de un requisito de imposible cumplimiento o que realmente limite la participación de potenciales oferentes. En consecuencia, se **rechaza de plano** el argumento por falta de fundamentación. **4) Sobre las multas:** La **objetante** sobre este tema refiere primeramente que se establecen las multas que la Administración podrá aplicar en caso de incumplimiento de alguna de las cláusulas del este cartel, según Anexo 3 - Línea 1 Tabla de estimación de multas adjunta, las cuales no podrán superar el 25% del monto del contrato (según lo

establece el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). Señala que esa disposición cartelaria, trasgrede abiertamente lo dispuesto por el artículo 47 párrafo segundo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el cual señala expresamente que cuando el objeto contractual esté compuesto por varias líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas, será el mayor valor de cada una de ellas y no como en este caso lo plantea el TSE, por la totalidad del contrato, el cual está compuesto por dos líneas independientes. Solicita la recurrente que se ajuste dicha cláusula a las disposiciones normativas de rango superior al cartel, ya que con la forma en que está redactada, resulta arbitraria por no ajustarse a la norma en mención. **La Administración** expone que ante consulta planteada, el señor Poveda Solórzano –en lo que interesa– manifestó: *siendo que se trata de un único servicio que se brinda en dos sedes diferentes, lo recomendable es que el monto tope para el establecimiento de multas en caso de incumplimiento sea proporcional a cada uno de los servicios brindados, dado que son independientes uno del otro*. Exponen entonces que por lo señalado, aunado al hecho de que el cartel -en términos del artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa– constituye el reglamento particular de la contratación, y en ese sentido debe ser un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar, se tiene que para el caso concreto, en cuanto al aspecto bajo análisis, dicho pliego no satisface esas características de claridad, objetividad y contundencia, pues en ninguna parte establece que se trata de un único ítem o línea; tampoco que los eventuales oferentes deben cotizar ambos servicios, sin la posibilidad de ofertar sólo uno de ellos. Que más bien, en el punto I, referente a los requisitos de admisibilidad, el cual contiene cuatro puntos, se observa que el punto especificado con el número dos, a su vez se subdivide en cinco aspectos (identificados –cada uno– con letras minúsculas). Así, el aspecto puntualizado con la letra e) literalmente y en lo conducente estipula: **e) desglose de los componentes de los costos de la línea que oferta, debiendo presentar el precio mensual y anual, según las disposiciones estipuladas en los artículos (...)**. Agregan que por lo tanto, la situación particular expuesta hace que se allanen en cuanto a este aspecto concreto del libelo, pues de lo manifestado por quien constituye la contraparte técnica de la Administración y además fungirá como Administrador del contrato, y el contenido propio del cartel, resulta aceptable y más acertado a los principios de eficiencia, eficacia y justicia administrativa, amén de apegado al artículo 16 de la LGAP, entender que se está ante una contratación por líneas. Que ciertamente, conforme al artículo 47 del

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en caso que se deba aplicar una multa por alguno de los incumplimientos contractuales previstos en la tabla que conforma el anexo 3 del cartel (constante en SICOP), el monto que por ese concepto se deba aplicar en contra del contratista, deberá serlo sobre el precio total del servicio en el que se cometa la falta, sea este el brindado en el edificio Thor, o el prestado en el edificio “Casa Blanca”, pero no sobre el valor de ambos en conjunto, como si se tratase de una sola línea. **Criterio de la División:** Ante el allanamiento de la Administración, se **declara con lugar** el recurso en este punto, decisión que es de su exclusiva responsabilidad como conocedora del objeto contractual que licita y de las necesidades que busca satisfacer con este procedimiento licitatorio, allanamiento sobre el cual tampoco este Despacho considera efectuar manifestación alguna al encontrarlo proporcionado y razonable, motivo por el cual debe proceder el Tribunal a realizar las modificaciones al pliego según lo expuesto y brindar la debida publicidad, de manera que sea del conocimiento de todo potencial oferente. **5) Sobre el cálculo de la multa sobre la base de precio total.** La objetante señala la improcedencia de que a su vez, el monto de la multa se calcule sobre la base del precio total de la línea, y por qué dicho cálculo debe hacerse únicamente sobre las utilidades declaradas, ya que considerar el resto del precio conlleva al desequilibrio financiero del contrato y volverlo ruinoso. Menciona que por años, de forma automática y sin análisis sobre la repercusión que tienen las multas a nivel financiero y legal, se aplican y se aceptan, sin entrar en mayores análisis sobre su procedencia y conveniencia, cobros que van más allá de la utilidad del negocio, desequilibrando el contenido económico del precio. Que si bien las multas son un instrumento que pretende persuadir al contratista de incurrir en incumplimientos, es un mecanismo delicado que no puede a su vez atentar contra el fin, sea la satisfacción de la necesidad de dotar de seguridad y vigilancia a los usuarios, funcionarios, sus bienes y sus inmuebles. Alega que cuando por medio del mecanismo de cobro de multas, se despoja al contratista no solo de la utilidad sino de otros ingresos, resulta altamente perjudicial para los propios intereses de la Administración, y que es paradójico, que si inicialmente en el estudio de ofertas (razonabilidad de precio), se ha considerado ruinoso el negocio porque no alcanza a cubrir la mano de obra mínima para garantizar salarios y cargas sociales y procede por lo tanto su descalificación; la misma lógica no se aplique al momento de establecer multas por incumplimiento, ya que los rubros de mano de obra (que tiene un peso porcentual que ronda entre el 87% y el 95%) y constituye el rubro de mayor peso; al establecer multas hasta por un

25% del monto total del contrato, se toca además de la utilidad (en vigilancia rondan entre un 3% a un 10.01%), la ruinosidad del contrato está asegurada, lo que acarrea automáticamente, la posibilidad de incumplimiento de las obligaciones del contrato, primero con el pago de cargas sociales y salarios y segundo con la ejecución misma del servicio. Que por lo anterior resultan contradictorias las posiciones que al respecto ha mantenido esta Contraloría General, en relación a los criterios para la determinación de las multas y la ruinosidad de los contratos. Enuncia que si las conclusiones sobre la insuficiencia en el rubro de mano de obra han derivado en la inelegibilidad de una oferta, la lógica conduce a establecer; bajo ese mismo principio, que una multa que supere el porcentaje de utilidad vuelve ruinoso el contrato y por lo tanto es improcedente, las cargas nunca deben exceder a los beneficios, y que es menester recordar que la prestación de un servicio es un negocio para el oferente y que además existen compromisos creados por ley (cargas sociales, y pago de salarios mínimos) sobre los cuales no tiene ninguna disposición y es precisamente por ello que el principio de equilibrio del contrato es el que reconoce a nivel constitucional, la obligación de reajustar el precio, ya que no tiene porqué soportar el contratista un aumento en sus costos fijos que proviene de un hecho de un tercero (sea el acatamiento de las disposiciones que en materia de derecho laboral se reconocen semestralmente o anualmente a los trabajadores, conforme el decreto de salarios mínimos el MTSS y las reformas que operen a las leyes que han creado todas las cargas sociales), y que si no fuera así, el contratista no tendría siquiera la oportunidad de que se le reconociera esa diferencia, pero por el contrario, en los contratos de servicios con mucha más frecuencia en cualquier otro tipo de contrato, los reajustes de precio son un mecanismo obligado de actualización del precio, sin el cual, el contratista estaría condenado a sobrellevar las pérdidas, viendo disminuidas sus utilidades y asumiendo un riesgo irracional (incremento en porcentajes de aporte a régimen de pensiones, cambios en los porcentajes de aporte al Banco Popular como efectivamente ha sucedido ya), según refiere la recurrente. Añade que si bien existe un derecho de la Administración de persuadir al contratista de incumplir, el fin no puede atentar contra la relación contractual misma y tampoco puede permitirse a las administraciones enriquecerse ilícitamente, porque cuando aplican una multa que va más allá del rubro de la utilidad, está recibiendo un servicio por menos de su costo real, razón por la cual es más que evidente que las mismas son desproporcionadas al fin perseguido. Es importante recordar que en todo contrato administrativo el reglamento y la Ley de Contratación Administrativa establecen un

procedimiento para la recepción de los bienes y servicios, aspecto que no es considerado en este cartel de licitación, pues la aceptación o rechazo de un bien o servicio está sujeto a lo que establecen los artículos 194, 195, 196 siguientes y concordantes del RLCA, y a eso debe apegarse esa institución, procediendo siempre de previo a establecer cuáles son los defectos a corregir y estipular un plazo para su corrección, o bien si hay incumplimientos graves proceder a la resolución contractual, puesto que no puede tolerarse ciertas conductas, ni mucho menos considerar una multa de un 100% para eliminarlas. Que si la Administración desea obtener servicios de excelente calidad, no lo logra estableciendo multas incoherentes, sino estableciendo adecuadamente, las condiciones del servicio ya que el principio de eficiencia exige que se *"procure la pronta satisfacción del interés general"*, que exigen que los procedimientos de contratación *"no sujeten a las administraciones a condiciones en extremo formalistas que lejos de satisfacer sus necesidades las trunquen, pues en esa medida el instrumento atentaría contra el fin"*. (Resolución 153-2012-VI Tribunal Contencioso Administrativo y 2004-14421 Sala Constitucional). Que cuando se establecen multas sobre el monto total de los contratos que van más allá de las utilidades, se violenta el principio de equilibrio financiero del contrato, lo que apoya en voto de la Sala Constitucional citado en el folio 10 de su recurso. Que cuando se desconoce el hecho de que el precio está compuesto por una serie de rubros sobre los cuales el contratista no tiene ninguna disponibilidad, verbigracia *-mano de obra y cargas sociales-* cuando una multa supera el porcentaje de la utilidad esperada, la Administración incurre en una retención indebida de los salarios de los trabajadores, configurándose con ellos el delito de retención indebida de las cargas sociales adeudadas a las distintas instituciones, a las cuales el contratista debe trasladar dichos montos, lesiona el equilibrio financiero del contrato y se efectúan retenciones indebidas sobre el rubro de los salarios (mano de obra), poniendo en riesgo el contrato mismo. Considera la recurrente, que es totalmente desproporcionado que se establezcan las multas sobre el 25% del monto total del contrato, por ser contrario a *"(..) los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato. Esto último resulta de necesaria aplicación y, por ende, de rango constitucional, incluso en las relaciones de desigualdad que se dan, por ejemplo, en los contratos y otras relaciones de derecho público [...]"*. Voto **3495-92** de la SCCSJ. Solicita sea modificada dicha cláusula y se agregue al

expediente el estudio previo que debe existir para determinar el monto de la cláusula penal, tal y como lo ha señalado la CGR en su resolución No. RDCA-620-2014, y que se elimine o modifique la cláusula en toda su extensión y en todo en lo que se contravenga a estos principios rectores de la actividad contractual del Estado. **La Administración** expone que se discrepa en forma tajante con la recurrente pues constituye en criterio del TSE una valoración alejada de la aplicación de la normativa que rige la materia. Menciona el Tribunal que en cuanto a la solicitud para que se agregue al expediente el estudio previo con base en el cual se determinaron los montos de las multas, eso lo constituye el anexo 3 del cartel, el cual consta en el SICOP, no obstante lo refieren adjuntar con la respuesta de audiencia especial.

Criterio de la División: Como primer aspecto se debe indicar que las multas son establecidas en las contrataciones, no para ser ejecutadas sino más bien bajo el precepto de que como sanción pecuniaria que representan, se eviten y los contratos sean más bien ejecutados de conformidad con lo pactado. Bajo ese supuesto, se espera más bien que las multas no deban ser aplicadas, pero sí deben definirse a priori para sancionar a aquél contratista que lleve a cabo una ejecución defectuosa (multas) o tardía o prematura (cláusula penal) de sus obligaciones contractuales. En el presente caso, lo que el recurrente expresa es una preocupación de que el cartel permita cobrar hasta un máximo de 25% por concepto de multas, aspecto que por sí solo no afecta la participación ni la correcta ejecución contractual, antes bien dicho porcentaje proviene de lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, no comprendiendo este Despacho si lo que la recurrente establece con su argumento es asumir que ese 25% es lo que se cobraría por multa fija o si mas bien le preocupa tener que llegar eventualmente a ese porcentaje. Tratándose del primer supuesto, es claro que la norma lo que hace es referir al límite máximo de porcentaje que podría cobrarse por concepto de multas, sin que esa sea la multa en sí mismo y que el cartel de la contratación tampoco establece de esa forma, lo cual se observa con absoluta claridad, siendo más bien que el porcentaje respectivo de multa para cada supuesto de incumplimiento se encuentran regulados en el anexo III del cartel, donde se establece la causal con su respectivo porcentaje y las razones que la justifican. En el caso del segundo supuesto, esa disposición reiteramos tiene eco en una norma reglamentaria, de forma tal que la Administración con su indicación en el cartel no viola norma alguna, sino más bien reproduce el porcentaje límite establecido para su cobro. En este sentido, si lo que la recurrente trata de establecer es su preocupación por que llegado a ese 25% se estaría cercenando de alguna

forma la utilidad y colocación en posición de riesgo otros componentes del precio, es de manifestarle que su planteamiento parte no solo de una condición de incumplimiento y en consecuencia anormal en el contrato, sino que además es llevada a su extremo máximo, es decir al 25% límite, aspecto que de ser así no se observa en todo caso confiscatorio toda vez que es la consecuencia económica a la que debería someterse el contratista por una ejecución anormal del contrato, debiendo no perder de vista que luego de ese 25%, cabe para la Administración la resolución contractual con las consecuencias que esto trae también aparejado en la esfera económica del contratista. Es por ello, que si la discusión que plantea el contratista debe limitarse solo como máximo a un porcentaje de utilidad y no más de ello, es un aspecto que en primer lugar no es el recurso de objeción el estadio para discutirse y como consecuencia de ello en segundo lugar, porque justamente ese límite máximo tiene su sustento en una norma reglamentaria que no ha sido aún definida por inconstitucional. Aunado a lo anterior, si el reglamento de cita prevé que las multas se cobren respecto de un porcentaje del monto total del contrato, no lleva razón entonces la recurrente en su referencia a la aplicación de las multas respecto de la utilidad. Además, si en una eventual ejecución de multas a la aquí recurrente (en caso de que fuese contratista), en aplicación de la norma reglamentaria, se le llegasen a afectar utilidades o algún otro rubro de la composición de la estructura del precio, es un tema que es de resorte exclusivo de la contratista por su propio incumplimiento -si así se demostrare- y no por ello el cartel debe ser cambiado bajo una condición como la que plantea no solo más beneficiosa para el contratista, sino que además contraria al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Se le recuerda a la objetante que el cartel no debe ser confeccionado de conformidad con sus intereses, por lo que si ella considera que se le pueden afectar sus utilidades y otros rubros de la estructura del precio, no es razón suficiente para modificarlo a su visión. Tampoco demuestra con ejercicios propios para el caso de marras, cómo es que podría configurarse el desequilibrio financiero del contrato, o eventualmente el precio ruinoso del mismo que menciona, pero en un escenario propio del concurso en discusión. De lo que viene dicho, por falta de la debida fundamentación del recurso, se **rechaza de plano** el recurso en este extremo. En cuanto al estudio para establecer las multas, el Tribunal ha señalado que el mismo lo compone el Anexo 3 del cartel, por lo que se **declara sin lugar** el recurso en ese extremo, en el tanto el estudio que reclama, lo contiene el cartel del concurso.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de la Contratación Administrativa; 178 y 180 de su Reglamento se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso de objeción** interpuesto por la empresa **SEGURIDAD ALFA S.A.** contra el cartel de **la Licitación Pública 2017LN-000003-0012300001** promovida por el **TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES** para la adquisición del Servicio de Seguridad y vigilancia para los edificios anexos de las oficinas centrales del TSE denominados Casa Blanca y Thor. **2) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.** -----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Kathia G. Volio Cordero
Fiscalizadora

KGVC/egm
NI: 8057,8712,
NN: 04413(DCA-0810-2017)
CI: Archivo central
G: 2017001510-1