

R-DCA-0219-2018

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas con diez minutos del primero de marzo del dos mil dieciocho.-----

Recurso de objeción interpuesto por **SEGURIDAD ALFA S.A.** en contra del cartel de la licitación pública No. 2017LN-000002-2202, promovida por el **HOSPITAL NACIONAL DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA DR. RAÚL BLANCO CERVANTES**, para la contratación de “*Servicios de seguridad y vigilancia por período de un año con posibilidad de tres prórrogas. Modalidad de entrega según demanda*”.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Seguridad Alfa S.A. interpuso recurso de objeción en contra del cartel de referencia, mediante remisión de documento digital vía correo electrónico recibido en esta Contraloría General el dieciséis de febrero de dos mil dieciocho al ser las catorce horas treinta minutos.-----

II. Que mediante auto de las doce horas cincuenta y cinco minutos del veinte de febrero de dos mil dieciocho se confirió audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera al recurso interpuesto y aportara copia completa del cartel, entre otros aspectos identificados en el citado auto.-----

III. Que la Administración atiende la audiencia especial conferida mediante oficio No. DAF-089-2018/SG-053-2018 del veintiuno de febrero de dos mil dieciocho y recibido en esta Contraloría General el veintitrés de febrero de dos mil dieciocho.-----

IV. Que esta resolución se emite dentro del plazo fijado en el ordenamiento jurídico, habiéndose observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I.- SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. 1) Sobre multas. La objetante se refiere a los servicios que requiere el cartel y transcribe el cuadro con ubicación, días a laborar, horarios, personal proyectado, distribución por turno y equipo de seguridad requerido. Considera que del requerimiento el objeto contractual es divisible y que los incumplimientos para los que se pretenden multas pueden ser parciales, aun tratándose de una misma posición o línea. Brinda como ejemplo que la ubicación o línea de entrada principal se atiende con dos agentes de seguridad según el esquema de organización que solicita la Administración, la ubicación o línea “parqueo de funcionarios” se atiende con seis agentes de seguridad, siendo por lo tanto individualizable la falta o el incumplimiento. Expone que aparejado a este punto el cartel es

omiso en definir lo que debe entenderse por “puesto” ya que hay 9 ubicaciones donde el servicio se atiende con 21 agentes o elementos individuales o puesto, lo cual considera es fundamental para establecer la base de las multas ya que sin esta clara definición el cartel adolece de no ser claro, preciso y conciso, daría lugar a dudas, interpretaciones posteriores y deja en estado de indefensión al contratista que no haya objetado dichas cláusulas por imprecisas y oscuras. Manifiesta que con fundamento en lo anterior acusa desproporcionalidad de la siguiente cláusula: “Se aplicará una multa de 0.05 % **al monto total de la factura** cada vez que se registre durante el mes lo siguiente: / ▪ Si a la hora de sustituir un oficial, no envían al nuevo funcionario a la respectiva inducción. /▪ Si a la hora de sustituir un oficial no envían el currículum correspondiente” (resaltado corresponde al original). Indica que de acuerdo con la estimación señalada en el cartel por ¢316.000.000.00 y un monto mensual de ¢26.333.333.33, la multa de 0.05% equivale a ¢13.166.66. Considera que por los principios de proporcionalidad y razonabilidad, las multas deben distinguirse entre aquellas acciones u omisiones que causen un detrimento a la totalidad del servicio y aquéllas cuya acción u omisión provoque únicamente un impacto a nivel de “*elemento individual*” o agente de seguridad como las que en este punto se indican, o sea no haber enviado previamente un currículum para su aprobación o bien hacer un cambio de agente sustituyéndolo por un personal al cual no se ha dado la inducción. Indica que es claro que hay acciones y omisiones que en su gran mayoría son individualizables y por lo tanto el cálculo de la multa debe ser por el costo del elemento individual y no sobre el valor total mensual del contrato. Expone que según el modelo de organización, esta contratación se atendería con 21 agentes y cuyo costo debe desglosarse tanto por jornada como su costo por hora; al ser perfectamente individualizable el costo de cada elemento individual o “puesto” es que la multa es susceptible de ser calculada sobre ese elemento individual y no sobre la totalidad del monto mensual del contrato. Cita resolución No. R-DCA-795-2017 emitida por este órgano contralor. Con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, considera que la cláusula para poder ser aplicada y matizada debe considerarse que dicho incumplimiento es individualizable y que debe aplicarse de conformidad con el artículo 47 del RLCA y transcribe su contenido. Considera que es claro que la falta de inducción en un puesto o la falta de un currículum no pueden afectar la totalidad de la prestación del servicio, porque operativamente la falta de un currículum o la falta de una inducción si bien se pueden considerar defectos en la ejecución, no alcanzan para estimar que el servicio no se está recibiendo a satisfacción, ya que básicamente los procesos de inducción a los que se refiere la

Administración se limitan a que los oficiales para dar algún tipo de información a los usuarios conozcan la ubicación de algunas oficinas, pero eso no afecta directamente la prestación del objeto esencial del contrato que es la prestación de servicios de seguridad y vigilancia porque el dar información es una función complementaria y no trascendental. Expone que no constan en el expediente de licitación los estudios técnicos que respalden los porcentajes o montos que se pretenden cobrar como indemnización anticipada de daños y perjuicios, puesto que siendo que las multas deben responder a un daño indemnizable este debe ser legalmente determinado, individualizable y económicamente liquidable. Indica que la multa debería calcularse sobre el costo de cada agente de seguridad según la jornada que ocupe en el momento que se comete el incumplimiento y no sobre *el monto facturado mensual*, porque la norma del 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) establece la posibilidad de contemplar incumplimientos parciales. Remite a los artículos 202 y 203 del RLCA que según indica establecen la obligación de las Administraciones de levantar un acta donde se consignent los incumplimientos y se dé un plazo para su corrección; todo de previo a la imposición de una multa, procedimiento prácticamente omitido en toda la Administración Pública en cuanto a servicios de seguridad y vigilancia se trata, aún cuando por normativa están obligados a la recepción provisional o definitiva de todo servicio, lo cual además es parte de la obligada y necesaria fiscalización de los servicios que debe efectuarse y que además ayuda al contratista en la corrección de aspectos que no necesariamente ameritan la imposición de una multa, por lo que si no ha mediado una recepción por escrito mediante acta donde se indiquen las inconformidades o defectos en la ejecución contractual, no es posible que se pretenda la imposición y cobro de multas sin haber dado al contratista la posibilidad de corregirlas conforme lo establece la normativa especial en la materia, ya que además en esos defectos o incumplimientos en la ejecución pueden existir causas eximentes de responsabilidad que enervan la aplicación de las propias multas que se pretenden imponer de forma desproporcionada e infundada. Insiste en que el actual clausulado es confuso, desproporcionado, inaplicable e irracional, y que no cuenta con ninguna estudio técnico, que es totalmente machotero, ya que como se ha señalado no distingue entre aquellas acciones u omisiones atribuibles a una persona en particular y aquellas que sí puedan afectar la ejecución total del contrato. Expone que con la redacción de dichas cláusulas, el contratista estaría frente a una inseguridad jurídica total, poniendo en riesgo incluso la propia ejecución contractual, ya que la aplicabilidad de esta cláusula en los términos en que se encuentra, es sumamente lesivo

del principio del equilibrio financiero del contrato y de las cargas contractuales, ya que el contratista no tendría a ciencia cierta a qué “atenerse”, pues hay varias interpretaciones posibles a los términos cartelarios, se violentan los artículos 47 y 51 del RLCA. Solicita sea exigido que se incorporen al cartel los criterios técnicos y estudios que justifiquen la imposición de tales multas, así como que se revise y consideren los aspectos de pertinencia y razonabilidad, ya que no se considera para su cálculo y aplicaciones las reglas del artículo 47 el cual dispone que si el objeto contractual es divisible las multas deben ser aplicadas a esa proporción y no a la totalidad de las obligaciones o bien de forma parcial según corresponda. Indica que ya esta Contraloría General ha señalado que en servicios como el que se licita y donde es posible primero definir el concepto de puesto y además es claro que es posible dividir el objeto contractual, las multas deben ser ajustadas a esta realidad, todo lo cual se aprecia en las resoluciones No. R-DCA-716-2017, No. R-DCA- 795-2017 y No. R-DCA-0031-2018, y transcribe partes de sus contenidos. La Administración expone que es ampliamente reconocida la calidad y calidez en el trato del personal de los pacientes adultos mayores cuyo promedio de edad es por sobre los 80 años, así como familiares y acompañantes. Afirma que el Hospital trata de que el servicio que se brinda y las necesidades especiales y particulares de los usuarios tengan la respuesta más adecuada, entre ella contar con personal honesto, capacitado, responsable e informado que permita mantener esos estándares y continuar posicionándose ante la sociedad en general como un centro en salud con altos estándares de calidad y principalmente con calidez y calidad en la atención y el trato a los adultos mayores. Indica que tomando en consideración que el primer contacto con los usuarios lo tienen los oficiales de seguridad y que es a partir de la información que ellos brindan que un usuario puede llegar a su destino, así como el trato que tengan hacia el usuario y el cumplimiento de la normas internas para garantizar la seguridad de funcionarios, usuarios y equipos con que cuenta el Hospital que resulta de especial relevancia el conocimiento previo de los atestados de los funcionarios asignados al Hospital, el cumplimiento de los requisitos del puesto que desempeñan (en el cual obtienen conocimiento de aspectos de seguridad del Hospital y manejan armas) y además la capacitación en relación con aspectos fundamentales del servicio que deben prestar al contratante. Manifiesta que es por tal motivo que se incorpora dentro de las especificaciones técnicas del cartel, multas para respaldar o corregir defectos durante la ejecución del contrato y de conformidad con los elementos anteriores deben analizarse la relevancia de los aspectos que se pretenden sancionar, así como la proporcionalidad y

razonabilidad de los montos que se establecen. Remite al contenido del cartel cuestionado, y afirma que no existe la desproporción que se invoca cuando la misma se analiza al amparo de los elementos que a continuación se exponen. Expone que el centro hospitalario cuenta con 12 puestos de seguridad fijos e indispensables, los cuales, en todos estos puestos se deben ubicar oficiales de seguridad que tengan los conocimientos mínimos de la función principal de hospital, así como de los tipos de especialidades que atienden, ubicaciones, horarios de atención, regulaciones de ingreso, entre muchos otros. Si un oficial de seguridad se presenta a brindar los servicios sin tener una inducción mínima (8 horas la solicitada en el cartel) no podría ni siquiera acomodar vehículos en un estacionamiento, ya que debe saber quiénes pueden estacionar, cómo deben estacionar, hacia a dónde se deben dirigir, entre otras cosas. En cuanto a la ubicación en áreas interiores representa mayor problema en cuanto a la información que debe brindar, así como el conocimiento de áreas restringidas y vigilancia de trasiego de equipo y personas. En el caso que contempla la multa que se impugna el hospital tendría que capacitar a este oficial 2 horas como mínimo para que pueda trabajar ese día y sólo un puesto en específico, lo que quiere decir que ese oficial no trabajaría ese tiempo y tampoco lo haría el oficial de seguridad que le está realizando la inducción, lo que serían dos oficiales menos en un periodo de 4 horas. Y el hospital para poder cubrir los puestos de seguridad de esos dos oficiales de seguridad tendría que pagar tiempo extraordinario a los oficiales institucionales. Brinda un ejemplo de los costos en un primer turno de 6 am a 2 pm, en cuadro que consta a folio 31 del expediente de objeción y expone que el contrato 271-2014 que tiene el Hospital está pagando un monto de ¢2,784.05 por hora. En la escala salarial de la Caja Costarricense de Seguro Social el salario por guarda es de ¢388,450.00 por 28 días, el precio por día es de ¢13,873.21 y el precio por hora es de ¢1,734.51 aproximadamente (jornada diurna a 8 horas diarias). El tiempo extraordinario se cancela a tiempo y medio por lo que el precio por hora es de ¢2,601.23 aproximadamente (jornada diurna), sin contar las anualidades de cada guarda. Manifiesta entonces, que como se puede observar en las alegaciones del recurrente la multa que estaría aplicando es de ¢13,166.66, menos de los gastos que estrictamente incurriría a la Administración al tener un oficial sin la inducción correspondiente. Reafirma que resulta inviable ubicar en un lugar de trabajo a un oficial de seguridad sin capacidad en razón de las repercusiones, entre ellas, una deficiente atención al usuario (los cuales usualmente presentan problemas de movilidad, desplazamiento o deben ser movilizados por sus familiares), ya que no se podría asesorar e informar; porque no conocería ni siquiera la ubicación de los diferentes

lugares en donde atienden las especialidades en el Hospital, ni realizar otras funciones básicas que se establecieron en el punto 7.31 de las especificaciones técnicas del cartel. Indica que el incumplimiento que sanciona la multa tiene serias repercusiones ya que el Hospital como contratante y la Jefatura de Vigilancia como administrador del contrato no tendrían la posibilidad de verificar las calidades del oficial de seguridad y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego cartelario, y en caso de que no los cumpla se estaría haciendo incurrir en un error a la Administración aceptando un oficial de seguridad no calificado, poniendo en riesgo a usuarios, personal y equipos o instalaciones del Hospital Nacional de Geriátrica y Gerontología. Expone que en la parte operativa se estaría incurriendo en una pérdida de tiempo asignando a un oficial de seguridad o supervisor para que capacite a un oficial de seguridad 8 horas, para que- si después de revisar los atestados el mismo no cumple con lo solicitado en las especificaciones técnicas del cartel- no se pueda contar con un oficial ya capacitado. Lo anterior representa una duplicación del trabajo, demora y a nivel de seguridad se estaría dando a conocer las fortalezas y debilidades de la seguridad del hospital a personas que no van a trabajar dentro del mismo. Finalmente indica que pese a que queda ampliamente demostrada la relevancia, pertinencia y razonabilidad de las multas que se cuestionan, la Administración acoge lo señalado por el recurrente en cuanto a la forma de cálculo de la multa, a efecto de individualizarla, para que no abarque la totalidad del monto de la factura, por lo que; tomando en cuenta los costos aproximados en que podría incurrir la Administración se modifica la cláusula de la siguiente manera: *“Se rebajará el monto correspondiente a un turno (dependiendo de las horas del turno en que labore I, II, III, IV) de trabajo, según precio por hora adjudicado en la presente contratación si: / Si a la hora de sustituir un oficial, no envían al nuevo funcionario a la respectiva inducción. / Si a la hora de sustituir un oficial no envían el currículum correspondiente.”* **Criterio de la División:** en primer término debe destacarse que como parte de una adecuada fundamentación según lo exige así el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el recurrente está en la obligación de “indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel”, por lo que si bien la recurrente se refiere en algunas ocasiones “al clausulado” se entiende que el contenido del cartel que impugna, es el que expresamente identifica en su recurso y que incluso transcribe. Así, las cosas, se tiene que el contenido cuestionado por la recurrente se ubica en el punto 14 del cartel referido a multas, el cual estipula lo siguiente: *“Se procederá a descontar en la factura del mes en que no se brindó el servicio, según lo dispuesto en los artículos 47 y 48 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa y aplicación del debido*

proceso según resolución No. 6639 del 15 de mayo del 2013, Sala Constitucional, según los siguientes términos: /Se aplicará una multa de 0.05 % al monto total de la factura cada vez que se registre durante el mes lo siguiente: /Si a la hora de sustituir un oficial, no envían al nuevo funcionario a la respectiva inducción. / Si a la hora de sustituir un oficial no envían el currículum correspondiente”. A partir de lo que se cuestiona ha de observarse que la recurrente plantea una serie de cuestionamientos y pretensiones en relación con la cláusula. Así, respecto a la omisión del expediente de los estudios que sustentan la determinación de las multas, es posición de este órgano contralor que la Administración debe incorporar en el expediente del procedimiento que promueve, los estudios que justifiquen la determinación de cada uno de los supuestos de multa y el “quantum” asignado a cada uno, ello, a fin de que los potenciales oferentes puedan consultarlo y conozcan tales valoraciones efectuadas por la Administración licitante y por las cuales se llegó a definir el porcentaje de la multa finalmente plasmado en el cartel. Ahora bien, debe entenderse que la multa constituye una sanción pecuniaria que tiene como finalidad alcanzar la adecuada ejecución del contrato; siendo que las multas se imponen por ejecución defectuosa del objeto contractual. Al respecto ha de estarse a lo regulado a nivel reglamentario en el artículo 47 del RLCA que estipula lo siguiente: *“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.”* (Resaltado corresponde al original). Siendo el cuestionamiento de la recurrente el parámetro empleado –la facturación total-, su pretensión respecto a que la multa debe ser por el costo del elemento individual y no sobre una globalidad, tal pretensión se ve atendida con el allanamiento de la Administración. Respecto a la falta de definición de lo que se entiende por “puesto” ello obedece a un aspecto propio de una aclaración que debe ser tramitada ante la propia Administración de conformidad con los artículos 60 y 180 del RLCA, siendo que del cartel se observan señalamientos a ubicación o área de trabajo, lo que impone rechazar tal punto. En razón de lo que viene dicho, se declara parcialmente con lugar el recurso

en los puntos arriba señalados. **2) Sobre requisitos de los agentes.** La objetante cuestiona que el cartel solicita dos requisitos para los agentes, contar con tercer año de colegio y tener dos años de experiencia (puntos 7.30.3 y 7.30.6). Considera que dichas cláusulas restringen su participación, porque cuenta con personal que recientemente se ha incorporado al servicio y que posee todos los requisitos legales exigidos por la ley, entre ellos que tengan sexto grado, por lo que no se justifica solicitar un mayor grado académico que lejos de ser una ventaja para la institución, se vuelve un problema porque dicho personal es sumamente escaso. Indica que son personas que están siendo reclutadas masivamente por el Ministerio de Seguridad Pública, y que este órgano contralor puede corroborar a través de la Dirección de Servicios de Seguridad Privada en donde sí hay una diferencia salarial con respecto al trabajador semi-calificado que tiene un salario igual; ya sea que tenga sexto grado o tercer año, porque el perfil salarial es acorde con las funciones y no con el grado académico del agente de seguridad privada. Indica que la situación se agrava cuando la Caja Costarricense de Seguro Social solicita jornadas de 6 horas, por lo que dichos agentes no estarían recibiendo un salario mínimo legal completo, sino uno proporcional a las 36 horas semanales que laboraría cada uno en este esquema de organización, lo cual es todavía mucho menos atractivo para personas con tercer año de colegio, quienes pueden aspirar a colocarse en otro tipo de contratos donde al menos reciben el salario mínimo de ley más el pago de extras si laboran en jornadas que así lo ameriten. Indica que es entonces el ingreso el factor de mayor incidencia en la alta rotación de estas personas y es prácticamente imposible reclutar personal con tercer año, quienes además del aspecto salarial y el cual prácticamente a nivel privado no hay diferencia entre tener sexto grado o tercer año, les resulta más beneficioso laborar con el Ministerio de Seguridad, el cual sí hace un reconocimiento salarial a quien tengan noveno año ya que la función policial genera otra clase de pluses salariales, debido a la peligrosidad y a sus funciones de policía. Es por ello que afirma, contar con personal con tercer año es sumamente difícil y la rotación es del alrededor del 54%. Por otra parte expone que las personas con sexto grado la ley las ha considerado idóneas para el desempeño de sus funciones y la calidad en el servicio está relacionada con una adecuada inducción al puesto y no con un grado académico. Considera que las obligaciones del personal y sus funciones generales descritas en el cartel, pueden ser correctamente bien desempeñadas, por personal de reciente ingreso, ya que han recibido la inducción y la capacitación correspondiente; como parte del plan de capacitación de la empresa y lo que requiere el cartel son funciones básicas de seguridad y vigilancia, sin mayor

complejidad y que no difieren sustancialmente de los servicios que en este momento afirma está brindando en el propio Hospital Blanco Cervantes con agentes con sexto grado, o en otros hospitales y otros contratos con la Caja Costarricense de Seguro Social en servicios que actualmente brinda, en los que el requerimiento ha sido de una escolaridad de segundo ciclo, sin que los servicios pueden considerarse de menor calidad por ese hecho. Manifiesta que no hay justificación técnica para pretender que los agentes cuenten con un noveno año que a nivel salarial no hace ninguna diferencia en el sector privado donde la cotización de la mano de obra debe hacerse conforme a lo que requiere el cartel, o sea un trabajador semi-calificado. Por otra parte considera que establecer una experiencia mínima de dos años, es discriminatorio y pone trabas a la libertad de trabajo, conforme lo señala el artículo 408 de la reforma laboral, y transcribe su contenido. Expone que siendo que hay un reglamento que establece los requisitos para ser agente de seguridad y como lo dispone el artículo 31 del Reglamento a la Ley de Servicios de Seguridad Privados N° 33128, bastará con el cumplimiento de los requisitos enunciados para que una persona pueda ser inscrita en el Sistema CONTROLPASS y laborar como agente de seguridad, entre esos requisitos está el haber aprobado un curso básico de seguridad privada, no contar con antecedentes delictivos, aprobar un examen psicológico y en el caso de requerirse portar armas, contar con el permiso respectivo. Expone que conforme al inciso 1 del RLSSP, la inscripción de los agentes de seguridad ante la Dirección de Servicios de Seguridad Privada, es garantía de que cuentan con la formación necesaria y adecuada para el cabal desempeño de su trabajo y que por reglamento ya están establecidos los requisitos del personal, por lo que exigencias por encima de estos mínimos legales requieren una adecuada y exigida fundamentación por parte de la Administración, que prácticamente se ve condenada a una altísima rotación de personal, lo cual sí va en detrimento de la calidad del servicio que se presta de frente a los usuarios. La Administración señala que el grado de escolaridad solicitado responde a una necesidad de una Institución que se encuentra en proceso de automatización y que trata de mantener los estándares de calidad en el servicio que les han distinguido hasta la fecha. Manifiesta que si bien la Ley de Regulación de los Servicios de Seguridad privada y su reglamento establecen un grado de escolaridad mínimo para que pueda una persona desempeñar un puesto de agente de seguridad privada, se trata de los requisitos mínimos. Debe tenerse en cuenta que no representa dicho requisito mínimo -no máximo- un impedimento para que adicionalmente la Administración establezca aquellos requisitos que consideren pertinentes y que deben de tener los agentes de seguridad para desempeñarse en el Hospital

Nacional de Geriatría y Gerontología. Indica que en las especificaciones técnicas del cartel se solicitó que cada oficial debe contar con tercer año de colegio y dos años de experiencia, con el fin de poder contar con personal capacitado para laborar dentro de las instalaciones del hospital, ya que los mismos deben de tener la capacidad de operar sistemas de información, leer y escribir con fluidez, capacidad de explicar sus actuaciones, ejercer la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, llenar bitácoras y levantar actas con descripción de hechos con amplitud, claridad y coherencia. Manifiesta que además, se busca que los agentes de seguridad estén en capacidad de identificar y prevenir el riesgo de incidencias de delitos para proteger las personas, brindar información completa y oportuna a diferentes usuarios -la mayoría adultos mayores con alguna problemática de salud o discapacidad visual, auditiva o motora-, custodiar propiedades (entorno) y brindar información en relación con las comprobaciones o registros que elabora en el desempeño de sus funciones y que le permita a la Administración gestionar las acciones administrativas, civiles o penales que correspondan. Lo anterior implica la realización de funciones de cierto grado de complejidad y responsabilidad, que demandan un personal con un mayor grado de escolaridad que el mínimo establecido reglamentariamente y con un mínimo de experiencia que le permita realizar esa labor. Considera que el requisito de experiencia no resulta discriminatorio toda vez que lo que se pretende acreditar -en cualquier puesto en el que se solicite- es que la persona cuenta con los conocimientos y destrezas suficientes para desempeñar determinadas funciones, siendo que ya ha superado la curva de aprendizaje que debe solventar un trabajador que apenas inicia sus labores en una determinada área. Afirma no se trata de una restricción a la participación del oferente, puesto que no ha comprobado que exista imposibilidad en el mercado laboral que la impida contar con dicha fuerza de trabajo, siendo que de los alegatos que presenta se desprende que se trata más bien de un asunto de índole salarial, siendo que se encuentra adecuadamente fundamentado y razonado el requisito establecido a la luz de las necesidades del Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología. **Criterio de la División:** la cláusula impugnada dispone lo siguiente: *“7.30 Requisito del Personal: Deberá presentar ante el Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología la hoja de vida con fotografía reciente de cada oficial destacado, previo al inicio del contrato o cuando se sustituye un oficial, el cual, deberá contener al menos la siguiente información: (...) 7.30.3 Requisito académico: / Oficiales de seguridad: Copia del título de conclusión de estudios de la educación general básica (noveno año). Tanto para el caso de nacionales como de extranjeros, deberá presentar copia certificada*

emitida por el Ministerio de Educación Pública. (...) 7.30.6 Experiencia: /Acreditar mediante certificaciones de Recursos Humanos de las empresas donde ha laborado el oficial que el mismo cuenta con al menos dos años de experiencia en la prestación de servicios de seguridad y vigilancia.” A partir de tal contenido cuestionado, vale señalar en primer término que parte de la normativa que invoca la recurrente, en particular, el Reglamento a la Ley de Servicios de Seguridad Privados bajo el número 33128 se encuentra derogada, siendo que el Reglamento a la Ley de Servicios de Seguridad Privados vigente corresponde al decreto No. 38088. En todo caso, la Ley No. 8395 correspondiente a la Ley de Regulación de los Servicios de Seguridad Privados en cuyo ámbito de aplicación se encuentran las empresas de seguridad privada – artículo 1-, estipula en el artículo 14 lo siguiente: *“Requisitos del personal de seguridad. Los agentes de seguridad sujetos a la aplicación de la presente Ley, deberán cumplir los siguientes requisitos: / b) Haber aprobado, al menos, el Segundo Ciclo de Enseñanza General Básica”*. Como se observa, la norma lo que estipula es un mínimo, por lo que se entiende que no habría inconveniente en que la Administración exija un mayor nivel educativo, en atención al objeto contractual y a las particularidades del servicio de seguridad privada que desea dar, como por ejemplo, lo planteado por la Administración en cuanto a que el centro hospitalario se encuentra en proceso de automatización y la necesidad de que los oficiales tengan la capacidad de operar sistemas de información, leer y escribir con fluidez, levantar actas con descripción de hechos con amplitud, claridad y coherencia; entre otros aspectos. Por otra parte, pese a que la recurrente afirma que tendría una limitación por la escasez de personal con las condiciones para cumplir con el requerimiento cartelario por las razones que apunta en su recurso, estima este órgano contralor que la recurrente se limita a enunciar la limitación y a brindar las razones de por qué se daría la condición limitante pero sin acreditar que en efecto ello se dará. Por ejemplo, no señala cuál es la planilla con que actualmente cuenta y cuál es el nivel educativo de ésta; tampoco acredita el nivel educativo del nuevo personal que menciona ha contratado recientemente y que estaría en posibilidades de ofrecer. Así, la recurrente al no haber acreditado mediante prueba idónea su supuesta limitación a la libre participación, no le ha brindado elementos suficientes a este órgano contralor para que una vez acreditada la limitación, estar en posibilidad de analizar si ésta se constituye en injustificada. Incluso, nótese como la recurrente manifiesta que este órgano contralor puede corroborar su decir a través de la Dirección de Servicios de Seguridad Privada, sin traer ella misma la información que emplea como sustento de su decir. Además, no se llega a demostrar que el actuar de la Administración

rebase los límites de la discrecionalidad administrativa, contemplados en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Ahora, respecto a la experiencia, en el efecto el artículo 408 del Código de Trabajo estipula lo siguiente: *“Todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por la persona empleadora o que estén establecidos mediante ley o reglamento”*. También, considerando que la materia de contratación administrativa se trata de materia especial, se tiene que el artículo 54 de RLCA regula en lo concerniente a condiciones invariables, que *“En el cartel se deberá exigir el cumplimiento obligatorio de aquellos requisitos, cuando corresponda. Dentro de estas condiciones invariables y según el objeto de que se trate, se podrán establecer aspectos tales como, (...) experiencia”*. En el mismo sentido, el artículo 56 del mismo cuerpo reglamentario dispone que *“Cuando la Administración, solicite acreditar la experiencia, se aceptará en el tanto ésta haya sido positiva, entendida ésta, como los (...) servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo indicar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea (...)”*. Así, es claro que la normativa especial que rige la materia de compras públicas faculta la exigencia de experiencia según el objeto contractual. Ahora, en cuanto a la supuesta discriminación que aduce la recurrente, debe recordarse que un elemento para determinar la discriminación es la violación al principio de igualdad, por lo que se entiende por discriminación un trato en que se favorece o perjudica a una persona pese a tener las mismas condiciones de otros –en un plano de igualdad-, es decir, teniendo los mismos atestados por ejemplo. En este punto debe recordarse que el cartel constituye un acto administrativo del cual se presume su validez y ajuste al ordenamiento jurídico, siendo deber del recurrente traer a esta sede todas las argumentaciones y pruebas requeridas para lograr desvirtuar tal presunción, lo cual se estima en el presente caso, no realiza la recurrente a plenitud, toda vez que se limita a indicar que una exigencia como la cuestionada debe exigir una adecuada fundamentación por parte de la Administración, cuando el ejercicio de fundamentación es en sentido contrario como se indicó. En razón de lo dicho, se declara sin lugar este extremo del recurso. -----

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, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa, 60, 168, 178 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1)**

Declarar **PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **SEGURIDAD ALFA S.A.** en contra del cartel de la licitación pública No. **2017LN-000002-2202**, promovida por el **HOSPITAL NACIONAL DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA DR. RAÚL BLANCO CERVANTES**, para la contratación de “*Servicios de seguridad y vigilancia por período de un año con posibilidad de tres prórrogas. Modalidad de entrega según demanda*”. **2)** Conforme lo dispone el artículo 180 del RLCA, deberá la Administración realizar la modificación al cartel señalada en la presente resolución. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

ORIGINAL FIRMADO

María Jesús Induni Vizcaíno
Fiscalizadora

MJIV/tsv
NN: 03272 (DCA-0860-2018)
Ni: 4726, 5556
G: 2018001254-1

