

R-DCA-0036-2019

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas un minuto del quince de enero del dos mil diecinueve.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **SEGURIDAD ALFA S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2018LN-000004-0010800001**, promovida por el **MINISTERIO DE AMBIENTE Y ENERGÍA (MINAE)** para la contratación del “*Servicio de Seguridad y Vigilancia para las Dependencias del MINAE*”.-----

RESULTANDO

I.-Que la empresa Seguridad Alfa S.A., presentó el día dieciocho de diciembre del dos mil dieciocho, recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública de referencia.-----

II.- Que mediante auto de las catorce horas con veinticuatro minutos del veinte de diciembre del dos mil dieciocho, esta Contraloría General concedió audiencia especial a la Administración licitante, para que se refiriera en forma amplia y fundamentada a los argumentos de la empresa objetante. Audiencia que fue atendida por el Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), mediante oficio del ocho de enero del dos mil diecinueve, incorporado al expediente de objeción.-----

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

CONSIDERANDO

I.- **Sobre el fondo del recurso de objeción interpuesto por la empresa Seguridad Alfa S.A.**

a) **Punto 16 Cláusula Penal y Multas (documento del cartel “ANEXO CONDICIONES LEGALES LICITACIÓN PÚBLICA (BIENES Y SERVICIOS”)**. Señala **la objetante** que si bien la cláusula establece que se aplicaran las reglas de los artículos 47 y 48 del RLCA, no está claro qué entiende la Administración por línea, ya que con vista en el documento denominado “detalles del concurso”, a nivel del Sistema Integrado de Contratación Pública (SICOP) únicamente se creó una partida con una línea única, no obstante dicha línea contiene dos requerimientos de recurso humano para brindar el servicio en un horario de 24 horas, servicio que además se brinda en tres turnos de 8 horas, lo cual es fundamental para efectos de considerar la base de cálculo de la cláusula penal. De esta forma, ya que no es claro cómo se va a aplicar la cláusula, se hace necesario solicitar considerar los siguientes argumentos, con el fin de que se aclaren los alcances que podría tener dicha cláusula. Considera desproporcionado imponer una cláusula penal partiendo del supuesto de que se incumpliría en la totalidad de la única línea, aun cuando existen dos elementos individuales (agentes de

seguridad), destacado en tres turnos de ocho horas cada uno y con independencia unos de otros, por lo que un incumplimiento en el inicio del contrato no puede calcularse por la totalidad del monto mensual facturado, pues implicaría considerar como incumplida la obligación total. Manifiesta que, si la multa se calculará sobre el “costo mensual del servicios completo por las 24 horas del día”, pese a que la falta únicamente la cometa un agente de seguridad dentro de su jornada de trabajo, ya que un servicio de 24 horas se cubre con 3 oficiales y el cubre libre, esto es sumamente lesivo para el contratista ya que se estarán considerando afectados servicios que ni siquiera se han prestado, porque ha de tenerse presente que el agente se desempeña en un determinado horario y jornada y que por lo tanto deben segregarse aquellos incumplimientos que son individualizables, pues no se estaría viendo afectado la totalidad del contrato. Explica que, los contratos de tracto sucesivo son los que establecen una serie de entregas o prestaciones de servicio periódicas que perviven durante un tiempo prolongado. El ejemplo más claro pueden ser los contratos de arrendamiento o prestaciones de servicios que se hace de manera regular y periódica. Este tipo de contratos se contraponen con el de obligaciones de ejecución instantánea, estableciendo que, en este caso, estas obligaciones se cumplen de forma inmediata, quedando extinguida la relación con la realización de la prestación prevista, no existe continuidad en el tiempo. En efecto, para obligaciones de un solo tracto la aplicación de una multa o cláusula penal será sobre el valor total de la obligación, no así en obligaciones de tracto sucesivo como es el caso de servicios, y cuyo cumplimiento implica que las prestaciones se realiza en un periodo determinado, y que, por deseo de las partes se puede extender para satisfacer sus necesidades primordiales y se establecen una serie de términos para su ejecución, sería por tanto contrario al principio de razonabilidad calcular una multa sobre el pago mensual o facturación, en virtud de que ambos son modalidades de pago establecidas por las partes, como mecanismo de reconocimiento de las obligaciones, y además como respuesta a una necesidad como es contar día tras día con un servicio; lo que se ve claramente en el contrato de servicios de seguridad y vigilancia que ocupa, donde el MINAE para satisfacer una necesidad constante y continua en el tiempo requiere pactar la prestación de un servicio esencial con un tercero que le garantice la sostenibilidad y continuidad en el tiempo, puesto que interrupciones en el servicio o la alternancia entre contratistas incrementa sus riesgos y sus costos. Es por esta razón que si hay incumplimientos estos son solo achacables a la proporción en este caso al horario y la jornada incumplida, en virtud de que no se ve afectada ni la obligación ya cumplida, ni la obligación

futura, porque tienen independencia entre sí. Considera que, legalmente corresponde es el rebajo del tiempo, por servicios que efectivamente no se prestaron y aplicar sobre esa proporción el monto de la multa correspondiente, de forma tal que, no hay ni un reconocimiento por servicios no prestados ni un cálculo de multa totalmente desproporcionado, ya que con el tiempo esto afecta negativamente el equilibrio financiero del contrato. Por otro lado, los Tribunales de lo Contencioso y la Contraloría General haciendo eco de las resoluciones que al respecto se han dictado en el tema de multas y cláusulas penales por la Sala Segunda, han señalado que las administraciones en el ejercicio de sus potestades discrecionales tienen la libertad para incorporar multas en sus carteles, no así en cuanto a los criterios para fijarlas, ya que el *quantum*, debe ser un ejercicio razonado y previo que obre en el expediente y mediante el cual de acuerdo con los parámetros establecidos en la normativa (*el monto del contrato, el plazo convenido para la ejecución o entrega total y las repercusiones de su eventual incumplimiento*), surgen a la vida jurídica como antecedente obligado, para que con posterioridad, sea factible actuar la cláusula sin necesidad de demostrar mediante un procedimiento ordinario la existencia de daños y perjuicios, puesto que la misma fue ampliamente razonada y justificada al momento de su incorporación dentro del expediente y es precisamente por esta razón que debe explicar el Ministerio de qué forma y bajo qué parámetros objetivos, determinó que la cláusula penal por ejecución tardía, puede aplicarse al total de las partidas y no por líneas como lo dispone el artículo 47 del RLCA. Solicita remover o modificar la cláusula, para que se adecue a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, además que se agregan al expediente los estudios previos de motivación y se conceda un plazo al oferente para su conocimiento y posibles oposiciones. **La Administración** indicó respecto de lo alegado por la recurrente, en relación con el porcentaje estimado para la aplicación de la cláusula penal, en el sentido de que debe aportar los estudios técnicos en los cuáles se determina de forma objetiva el quantum que corresponde, que ese Ministerio no realizó el estudio técnico financiero, mediante el cual se pueda determinar de forma objetiva los porcentajes que correspondan aplicar en la cláusula penal y multa, conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, según lo establecido por ese órgano contralor y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En razón de lo expuesto, la Administración decidió eliminar del cartel, el citado punto 16 de la cláusula penal y la multa, toda vez que no se cuenta con dichos estudios y se requiere de los servicios de vigilancia a la brevedad. **Criterio de la División**. En este caso se tiene se discute la cláusula 16 del documento denominado

“Documento Complementario al cartel electrónico” que se encuentra contenido en el archivo electrónico de formato pdf bajo el nombre “Anexo Condiciones Legales Licitación Pública (Bienes y Servicios).pdf” el cual indica: *“En caso de que el contratista incumpla con el plazo de entrega del bien o servicio adjudicado, se le penalizará con un uno por ciento (1%), del valor total facturado para la línea entregada tardíamente según corresponda, por cada día hábil de atraso en la entrega del bien o servicio pactado, por concepto de cláusula penal, hasta un máximo de 25% del monto total de la línea o líneas no entregadas en tiempo, dicho monto será deducido del pago de la factura al contratista. Este monto será aplicado según lo dispuesto en los artículos 47, 48, 49 y 50 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.”* Al respecto, este órgano contralor estima procedente **declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción presentado por la empresa Seguridad Alfa S.A., en el tanto la Administración licitante se allanó de forma parcial a las pretensiones de la recurrente, en cuanto a eliminar del cartel las cláusulas relativas al establecimiento de multas y cláusula penal. No obstante lo anterior, en virtud de los términos del allanamiento esta División entiende que la determinación de la Administración de remover dichas cláusulas del pliego de condiciones responde a un ejercicio razonado y motivado en el caso particular y en atención del interés público que se persigue, siendo esta decisión de su exclusiva responsabilidad. No obstante lo anterior, en el caso es importante hacer notar lo siguiente, si bien es cierto la Administración en uso de sus facultades discrecionales y atendiendo las especiales particularidades de cada contratación, **puede ponderar cuándo la inserción de esos mecanismos resulta necesaria o no**, la razonabilidad de la cuantía de las multas a imponer, no puede ser una decisión arbitraria ni desproporcionada, de manera tal que cuando decide incorporar en el cartel una sanción pecuniaria, **el quantum de la misma es un aspecto que deberá sustentarse con el estudio técnico correspondiente**, que por seguridad jurídica debe constar de previo en el expediente administrativo del concurso y ponerse en conocimiento de todo potencial oferente, tal como lo ha indicado reiteradamente esta Contraloría General, en las resoluciones R-DCA-0250-2014, R-DCA-0158-2015, R-DCA-0573-2016, R-DCA-0716-2017, R-DCA-0795-2017, R-DCA-0031-2018, R-DCA-0887-2018, entre otras). Ahora bien, no pierde de vista esta Contraloría General, que el objetante no está de acuerdo en que, si la multa se calcula sobre el costo mensual de servicio completo por las 24 horas del día, pese a que la falta únicamente la cometa un agente de seguridad dentro de su jornada de trabajo, ya que un servicio de 24 horas se cubre con 3 oficiales y el cubre libre, esto resulta sumamente lesivo para el contratista, ya que se estarán

considerando afectados servicios que ni siquiera se han prestado, porque ha de tenerse presente que el agente se desempeña en un determinado horario y jornada y que por lo tanto deben segregarse aquellos incumplimientos que son individualizables, pues no se estaría viendo afectado la totalidad del contrato. De esta manera, la otra pretensión es que se modifique la cláusula para que en caso de incumplimientos estos sean solo achacables a la proporción de horario y jornada incumplida, en virtud de que no se ve afectada ni la obligación ya cumplida, ni la obligación futura, porque tienen independencia entre sí. De esta forma, considera que legalmente corresponde el rebajo del tiempo, por servicios que efectivamente no se prestaron y aplicar sobre esa proporción el monto de la multa correspondiente. Al respecto, considera esta División que el objetante parte del hecho de que los servicios objeto de esta contratación se pueden individualizar, sin embargo no observa esta División, que la Administración haya efectuado una separación de ítems, posiciones o puestos, pues según el cartel se requiere la *“Contratación de servicios profesionales de vigilancia en el edificio de las dependencias del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), ubicadas en Calle Blancos, antiguo edificio de RECOPE, distrito segundo San Francisco, cantón de Goicoechea, de la provincia de San José, por medio de tres oficiales de seguridad (2 oficiales las 24 horas al día, los 7 días de la semana, y un oficial administrativo de 7:00 am a 4:00 pm, de lunes a viernes) incluyendo los feriados y asuetos decretados por el Gobierno de la República de Costa Rica.”* ([www.sicop.go.cr/2.Información del Cartel/2018LN-0000004-0010800001](http://www.sicop.go.cr/2.Información%20del%20Cartel/2018LN-0000004-0010800001) (Versión Actual)/F.Documento del cartel/3.Especificaciones técnicas/Cartel especificaciones técnicas/CARTEL SERVICIOS SEGURIDAD GEOLOGIA 2018.pdf), tal como se observa el servicio requerido es para las instalaciones del edificio del MINAE mediante 3 oficiales de seguridad, por lo que se puede concluir que se trata de la prestación de un servicio integral en un mismo sitio y no individualizado en diferentes líneas o ítems. De esta manera, considera esta División que no demuestra el objetante cómo podría aspirarse a un cobro por línea o por puesto, si lo que se requiere es la contratación de 3 oficiales que presten el servicio de manera integral en las instalaciones del MINAE. En este mismo sentido, no ha demostrado el objetante de manera fundamentada, cómo resulta desproporcionado o no razonable el cobro de un 1% de multa sobre el monto mensual facturado, ni como puede impactar este porcentaje en el equilibrio financiero el presente contrato de servicios, razón por la cual los anteriores argumentos planteados **se rechazan de plano** por falta de fundamentación, de acuerdo al artículo 178 del RLCA, pues debió demostrar cómo la forma prevista en el cartel para el cobro de multas y el porcentaje definido pueden

resultar confiscatorios, irrazonables o desproporcionados, evidenciando puntualmente los aspectos perjudiciales para el eventual contratista. Por otro lado, de manera oficiosa y orientadora para la Administración, también resulta de interés destacar que de frente al artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación, cuando el objeto esté compuesto por líneas, Ítems o puestos, **o bien cuando el servicio requerido se pueda individualizar**, el cobro de multas o sanciones pecuniarias podrá ser sobre el valor de cada línea, ítem o puesto y no sobre la totalidad del contrato -monto adjudicado- o, sobre la facturación mensual, con el objetivo de no afectar una línea o ítem donde no se haya presentado incumplimiento alguno, tal como se ha indicado: *“Siendo que la Administración ha definido aplicar sanciones (multas) calculándolas respecto al monto total de la facturación mensual (folio 97 del expediente de objeción) y no de las áreas del hospital a ser atendidas por el contratista, debe entrarse a valorar la aplicación de las sanciones de frente a la normativa que regula las multas y cláusulas penales en esta materia. En ese sentido, el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que “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.”, de donde se puede derivar que el reglamentista limitó el monto máximo para el cobro de multas en atención a las líneas precisamente porque no podría calcularse la sanción sobre otras prestaciones del mismo contrato que no han sido incumplidas y no afecte el resto de las obligaciones.”, (el subrayado no es del original, R-DCA-1095-2017 las doce horas treinta y cinco minutos del quince de diciembre del dos mil diecisiete), y también se ha indicado: *“De esta forma, de lo citado se pueden individualizar los servicios a prestar por puesto y por el área donde se ubicará el oficial de seguridad, es decir puede interpretarse en este caso que se trata de líneas o puestos diferentes en los cuales se prestaran los servicios en diversas instalaciones, razón por la cual la aplicación del porcentaje de penalización correspondería aplicarlo al puesto que inició tardíamente y no como lo estableció la Administración del monto mensual adjudicado, pues se podrían ver afectadas otras posiciones (puestos) donde el servicio se atendió en tiempo y forma. En otras palabras, si en la ejecución contractual se brindan diferentes servicios y éstos son individualizarles en cuanto a las implicaciones que cada uno de éstos puede generar, no es proporcionado ni razonable que se cobre la multa tomando como base el monto total facturado del mes sin diferenciar el monto correspondiente al servicio en el cual el contratista incurrió en la falta o el incumplimiento del contrato. Es así como, la multa debe ser aplicada respecto al puesto o al servicio en el cual el**

contratista haya incumplido con sus obligaciones y no tomando como base el monto total facturado mensualmente, siendo que ahí se incluyen servicios en los cuales no se han generado incumplimientos contractuales. Por lo cual, la penalización debe ser aplicada restrictivamente sobre el servicio que se han generado complicaciones o incumplimientos, sin incluir a los otros servicios en los cuales el contratista no ha incurrido en incumplimiento contractual.” (R-DCA-0887-2018 de las las trece horas veinte minutos del doce de setiembre del dos mil dieciocho).-----

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 Contratación Administrativa y 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.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2018LN-000004-0010800001**, promovida por el **MINISTERIO DE AMBIENTE Y ENERGÍA (MINAE)** para la contratación del “*Servicio de Seguridad y Vigilancia para las Dependencias del MINAE*”. **2)** Proceda la Administración a realizar las aclaraciones y modificaciones al cartel, de conformidad con lo resuelto en la presente resolución y ponerlas en conocimiento de todo potencial oferente. **3)** Se da por agotada la vía administrativa -----
NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Rebeca Bejarano Ramírez
Fiscalizadora Asociada

RBR/chc
NI: 33222-2018, 209-2019.
NN: 00418 (DCA-0139)
G: 2018004040-1

