

R-DCA-0365-2019

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas con diez minutos del veinticuatro de abril de dos mil diecinueve.-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **SEGURIDAD ALFA S. A.**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000001-2308** promovida por el **HOSPITAL MAX TERAN VALLS** para contratar servicios profesionales en vigilancia y seguridad.-----

RESULTANDO

I. Que el tres de abril de dos mil diecinueve del año en curso, la empresa Seguridad Alfa S. A., presentó ante la Contraloría General recurso de objeción en contra el cartel de la referida licitación pública No. 2019LN-000001-2308.-----

II. Que mediante auto de las nueve horas veintisiete minutos del ocho de abril de dos mil diecinueve, se otorgó audiencia especial a la Administración para que se refiriera al recurso presentado, la cual fue atendida mediante los oficios No.DAF-HDRMTV-N°345-2019 y No.DAF-HDRMTV-N°358-2019, del doce y veintidós de abril del dos mil diecinueve, respectivamente.----

III. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. SOBRE EL FONDO. 1. Sobre las multas. El objetante indica que se requiere del debido proceso de previo a la imposición de las multas y añade que el numeral 202 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece algunas condiciones mínimas, entre las que se estipula la oportunidad de ser informados de incumplimientos y de un plazo para su corrección y siempre de previo a la imposición de multas, lo que se echa de menos en la regulación de las condiciones cartelarias por lo que el cartel es omiso. Señala que existe incongruencia entre lo que se regula en el punto 14. Multas, y lo que dice la cláusula 12. Clausulas penales y multas del anexo "ASPECTOS ADMINISTRATIVOS Y DE CONTRATACION", ya que en la cláusula 14 dice que los cobros de multas se harán a la factura del mes en que se cometió el incumplimiento y la otra dice que sobre las facturas pendientes y hace ver que en ese sentido el cartel es confuso, debiendo indicarse cuál de las dos condiciones prevalecerá. Expone que no queda claro cuáles condiciones prevalecen entre los incisos b) y c) del punto 12 o las del punto 14. Además, indica que las multas se estarían calculando sobre el monto mensual del puesto, entendiendo puesto con la ubicación geográfica. Expone que no hay una definición del término

claro y precisa, pero presume que la columna del punto 7, Distribución y horarios de personal, hacen una vaga referencia a que “puesto” es una ubicación física. Considera que no es proporcional aplicar multas sobre el costo total de los 4 agentes de seguridad que cubren los puestos las 24 horas del día, pues no ha demostrado esa institución de qué forma un incumplimiento que se da a las 8 am, pueda afectar las obligaciones del agente del turno de las 17: 00 horas a las 23:00 horas. Señala que el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa regula la posibilidad de incumplimientos parciales dentro de una misma línea, y que es justo que el cálculo de la multa sea sobre la proporción del contrato que estaría siendo incumplido y no sobre obligaciones ya cumplidas o pendientes, como es el caso de los contratos a tractos. Indica que los servicios requeridos se desarrollan en un determinado horario de trabajo, para cuya realización se van escalonando en el tiempo una serie de acciones continuas, pero que tienen independencia entre ellas, ya que al finalizar uno de los turnos de trabajo, el agente es sustituido por otro, por lo que un abandono en el horario de 05:00 a 11:00, no afecta las obligaciones contractuales que se desarrollan en los restantes tres turnos, aspecto que no ha demostrado la Administración, ni se tiene conocimiento con vista en el expediente de que dicha situación se encuentre debidamente asentada y demostrada, lo que deja sin fundamentación técnica la intención de la Administración de contemplar para el cobro de multas los costos del servicio por las 24 horas en que se presta, ya que es claro que pueden darse incumplimientos parciales dentro de una misma línea. Indica que claro que acciones u omisiones como las incluidas en el elenco de faltas de los puntos 14.1, 14.2, 14.3, 14.4.1, 14.4.2, son claramente individualizables y no pueden causar un impacto en la totalidad del contrato, por lo que disponer porcentajes calculados sobre la totalidad del costo mensual del puesto, desconoce en principio de posibilidad de incumplimientos parciales de las obligaciones y la posibilidad de que no haya ninguna afectación en los demás puestos. Indica que tampoco consta 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 éste debe ser determinado, individualizable y económicamente liquidable. Solicita que se modifiquen y eliminen las cláusulas señaladas por ser contrarias a lo dispuesto en los artículos 47 y 48 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. La Administración indica que adjunta el oficio No. DSI-AISI-347-2019, en el cual se da respuesta e indica que se modificará el punto 12

Cláusulas Penales y Multas, inciso c) de las Condiciones Administrativas del Cartel, señalando la forma en que debe leerse. **Criterio de la División:** a) El objetante manifiesta que con sustento en el artículo 202 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), echa de menos en el cartel algunas condiciones mínimas como la oportunidad de ser informados de incumplimientos y de un plazo para su corrección de previo a la imposición de multas. Al respecto, debe tomarse en consideración que el numeral 48 del RLCA, dispone que *“Para el cobro de las multas, no será necesario demostrar la existencia del daño o perjuicio”*, además, el objetante no realiza un mayor ejercicio para acreditar que de frente al extremo que objeta resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 202 del RLCA. Aunado a lo anterior, ha de tenerse presente que en la resolución No. R-DCA-0771-2017 de las quince horas veinte minutos del veintidós de setiembre del dos mil diecisiete, este órgano contralor expuso: *“Al respecto, la Administración ha citado el voto de la Sala Constitucional No. 8919-2017 de las 14:00 horas del 16 de junio de 2017, el cual efectivamente ha retomado lo ya dispuesto por la misma Sala en el voto 17517-2005 de las diecinueve horas dos minutos del veinte de diciembre de dos mil cinco (considerando V), estipulándose en la sentencia dictada este mismo año lo siguiente: “[...] Así las cosas, la cláusula penal debe de operar necesariamente, por regla de principio, en forma automática y por el monto total fijado, una vez ocurrido el atraso en el cumplimiento de la prestación, de lo contrario, se le desnaturaliza. [...]” (Considerando III). Esta posición que resulta coincidente con la mantenida oportunamente por este órgano contralor ante la Sala Constitucional, se convierte en la tesis vigente y desde luego más acorde con la celeridad que requiere la contratación administrativa en consideración a la relevancia de que los oferentes consienten la aplicación de una sanción pecuniaria desde el momento mismo que cotizan si ni siquiera haber objetado la cláusula. No se puede dejar de advertir, que en el mismo considerando, la Sala Constitucional ha hecho referencia a la inserción de la cláusula penal en el cartel mediante la ponderación de su quantum, de conformidad con la proporcionalidad que impone el tipo de contratación, no siendo posible perder de vista que el fin de la cláusula es compulsiva e indemnizatoria; de tal forma que la imposición de la multa de forma automática participa claramente de las reglas carterlarias, estando claro que el pliego cartelario define conductas del eventual contratista que podrían dar lugar al pago compulsivo de la respectiva multa. Debe agregarse –como lo reconoce la misma Administración–, que la multa puede ser impugnada ante la misma Administración, lo cual constituye una arista del debido proceso.*

*Ahora bien, este cambio de criterio de la Contraloría General es acorde con la evolución que al respecto imponga la Sala Constitucional, puesto que la definición del contenido y forma de concretarse el debido proceso es competencia de este último tribunal.” En vista de lo que viene dicho se declara sin lugar este extremo del recurso. **b)** En cuanto a la incongruencia que el objetante señala que existe entre las cláusulas 14 y 12 “*Claúsulas penales y multa*”, debe tomarse en consideración que al atender la audiencia especial, la Administración expone que se modificará el punto 12 Cláusulas Penales y Multas, inciso c) de las Condiciones Administrativas del Cartel, el cual deberá leerse: “*Se deducirá las sumas correspondientes a lo establecido en estas condiciones por concepto de Clausulas Penales y Multas respectivamente, de la factura del mes en que se cometió el incumplimiento...*” (folio 53 del expediente del recurso de objeción). En vista de lo antes expuesto, se declara parcialmente con lugar el recurso en este extremo. Con sustento en las disposiciones del numeral 51 del RLCA, a efectos de que se cuente con un instrumento cartelario claro, deberá la Administración verificar que entre las diferentes cláusulas del cartel no se presenten contradicciones de frente a la modificación que propone. **c)** Sobre el alegato del recurrente respecto a que lo justo es que el cálculo de la multa sea sobre la proporción del contrato que estaría siendo incumplido, debe estarse a lo resuelto por este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-0279-2019 de las diez horas cincuenta minutos del veintiuno de marzo del dos mil diecinueve, en el cual se expuso: “*(...) las multas se deben calcular sobre la base de cada posición de forma independiente y no en forma conjunta. Al respecto, puede verse la resolución No. R-DCA-0795-2017 de las siete horas cincuenta minutos del veintiocho de setiembre de dos mil diecisiete, donde este órgano contralor apuntó: “En virtud de lo expuesto es criterio (sic) señalar, que estando en un escenario donde el cartel está compuesto por diferentes posiciones, -un total de 24, según el artículo 9 del cartel- la redacción sobre el tema de multas y clausulas penal se debe revisar en este caso, ello porque de esa cláusula puede inferirse que una falta en un puesto, puede implicar la aplicación de la multa sobre la totalidad de la contratación, en otras palabras, podría estarse sancionando a la empresa por el incumplimiento de un puesto, pero económicamente hasta por puestos que no han tenido inconveniente alguno. (...) Es así que para el caso que se analiza, deberá la Administración adecuar la redacción propuesta para que el monto o porcentaje correspondiente a multas y clausula penal se compute de forma independiente para cada una de las posiciones.” Atendiendo a lo antes transcrito, deberá la Administración adecuar el cartel conforme la**

posición expuesta. Así, debe existir claridad si por ejemplo, la falta se comete en el “puesto” del “Ingreso peatonal” en el horario de 11 a 17 horas, tal hecho afectaría los servicios prestados a satisfacción en los otros horarios del mismo “puesto”. Todo lo anterior debe constar en los estudios de respaldo que deben mediar para sustentar las multas”. Así las cosas, la Administración debe proceder en los términos expuestos y deberá incorporar en el expediente administrativo los respectivos estudios de respaldo a efectos de que pueden ser conocidos por los potenciales oferentes. En vista de lo que viene dicho, se declara parcialmente con lugar este extremo del recuso. **d)** En cuanto al alegato del recurrente respecto a que no constan en el expediente de la licitación los estudios técnicos que respalden los porcentajes, resulta de aplicación lo indicado por este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-0336-2018, donde se indicó:“(…) *no debe perderse de vista que el numeral 47 del RLCA, en lo que resulta de interés, dispone: “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”. De frente a lo cual, considerando que todo acto administrativo debe ser motivado, en el expediente administrativo debe existir el estudio técnico que respalde el establecimiento de las multas y cláusulas penales de la respectiva contratación. Sobre esto, debe tomarse en consideración que este órgano contralor en la resolución No.R-DCA-0144-2018 de las ocho horas del catorce de febrero del dos mil dieciocho, expuso: “En cuanto a los alegatos en torno a que la Fundación ponga a disposición de los oferentes los estudios técnicos en que se basó para definir las sanciones del pliego, resulta importante lo expuesto por esta Contraloría General en resolución No. R-DCA-262-2016 de las 10:05 horas del 29 de marzo de 2016, que en lo que interesa dispuso: “En este punto, resulta relevante considerar lo indicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al indicar que: “(…) El Reglamento General de Contratación Administrativa no. 25038-H es claro en cuanto establece la posibilidad de que el cartel de licitación contemple las referidas cláusulas, siempre y cuando a la hora de estipularlas se tomen en consideración: el monto del contrato, el plazo convenido para la ejecución o entrega total y las repercusiones de su eventual incumplimiento. De echarse de menos un análisis de esos estos elementos, se*

reitera, no puede (sic) actuarse la cláusula. En lo que interesa, la cláusula penal se incorpora con la finalidad de resarcir eventuales daños y perjuicios que se pueden ocasionar por retrasos en la entrega de lo pactado. Por lo tanto, dentro de un marco de razonabilidad y lógica, la Administración a la hora de incluirla y fijar su contenido (importe de la sanción), debe contar con estudios previos que permitan determinar y cuantificar los posibles daños y perjuicios que podría sufrir en caso de que se cumpla de forma tardía con lo pactado. Se trata entonces de una determinación anticipada de los menoscabos económicos que pudiera causarle los retrasos por parte de la contratista.” (Resolución No. 8 00416-F-S1-2013 de las catorce horas veinticinco minutos del nueve de abril de dos mil trece). En ese sentido este Despacho ya ha indicado lo siguiente: “(...) No debe perder de vista la Administración, que un punto sensible en la relación con los contratistas es precisamente, la determinación a priori de los supuestos y los montos que hacen aplicable una cláusula penal, de ahí la importancia que este aspecto quede claramente identificado desde las bases mismas del cartel con la finalidad de dotar a esa relación contractual, de la suficiente seguridad jurídica a efecto de evitar interpretaciones que puedan llegar a hacer nugatorio para la Administración o lesivo para la contratista, el ejercicio de esta potestad por la primera” (ver resolución R-DCA-250-2014 del 28 de abril de 2014). Así las cosas, resulta esencial que esa Administración incorpore en el expediente esos estudios, a efecto que los potenciales oferentes conozcan de antemano, las valoraciones efectuadas por la Administración que tomando en consideración entre otras, el objeto contractual, plazo, impacto en el servicio y costo estimado del contrato, han determinado el porcentaje que por multa y cláusula penal esta ha definido en dicho cartel y para esta necesidad particular, no siendo procedente en criterio de este órgano, el hacer referencia a lineamientos generales que no han sido elaborados a partir de las necesidades propias del presente objeto contractual”. (Resultado (sic) no corresponde al original).” Asentado lo anterior y considerando que la Administración al atender la audiencia especial aporta el oficio No. DSI-AISI-347-2019, en el cual indica que las multas se establecen según las “plantillas” que refiere, la Administración deberá poner a disposición de los potenciales oferentes las citadas plantillas. En vista de lo expuesto, se declara parcialmente con lugar este extremo del recurso.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 47 y siguientes, 51, 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. 2019LN-000001-2308** promovida por el **HOSPITAL MAX TERAN VALLS** para contratar servicios profesionales en vigilancia y seguridad. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución, observando lo dispuesto en el artículo 180 del Reglamento recién citado. **3) Se da por agotada la vía administrativa.**-----
NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

ORIGINAL FIRMADO

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Olga Salazar Rodríguez
Fiscalizadora



Estudio y redacción: Olga Salazar Rodríguez

OSR/tsv
NI: 9670-110472-0618
NN: 05576 (DCA-1438-2019)
G: 2019001728-1