



DH-0655-2019
14 de agosto de 2019

Señor
Carlos Ricardo Benavides Jiménez
Presidente
Asamblea Legislativa

Diputada
Silvia Vanessa Hernández Sánchez
Jefa de fracción del Partido Liberación Nacional

Diputado
Eduardo Newton Cruickshank Smith
Jefe de fracción del Partido Restauración Nacional

Diputada
Nielsen Pérez Pérez
Jefa de fracción Partido Acción Ciudadana

Diputada
María Inés Solís Quirós
Jefa de fracción del Partido Unidad Social Cristiana

Diputado
Wálter Muñoz Céspedes
Jefe de fracción del Partido Integración Nacional

Diputado
Dragos Dolanescu Valenciano
Jefe de fracción del Partido Republicano Social Cristiano

Diputado
José María Villalta Flórez-Estrada
Jefe de fracción del Partido Frente Amplio

Diputado
Erick Rodríguez Steller
Diputado Independiente

Diputada
Carmen Irene Chan Mora
Coordinadora Bloque Independiente

Estimados señores y señoras diputadas:

En tiempo y forma, la Defensoría de los Habitantes fue consultada por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración sobre el proyecto de ley N° 21.426, "Ley de Modernización de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica de Costa Rica (JAPDEVA) y Protección de sus Personas Servidoras", con un plazo para presentar observaciones que vencía el próximo 20 de agosto. Sin embargo, sorpresivamente, esta Defensoría tuvo conocimiento de que en esa Comisión se aprobó un texto sustitutivo que no le fue consultado formalmente. No obstante, dada la importancia de esa iniciativa para la provincia de Limón y para las personas trabajadoras de JAPDEVA y porque algunos contenidos le han generado dudas a este Órgano Defensor, la suscrita remite oficiosamente a ese Directorio sus observaciones en relación con el texto sustitutivo del proyecto de ley N° 21.426, titulado "Ley de Transformación de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica de Costa Rica (JAPDEVA) y Protección de sus Personas Trabajadoras".

Resulta pertinente señalar, que el texto original del proyecto de ley que le fue consultado a la Defensoría tenía como principal debilidad la carencia de reglas para orientar la "modernización" de JAPDEVA pretendida por el mismo. El texto sustitutivo llena ese vacío pero, al hacerlo, recurre a propuestas que muestran problemas que van desde imprecisiones en algunos términos hasta graves riesgos de inconstitucionalidad que requieren ser valorados y subsanados. A continuación, se expone el criterio de la Defensoría en relación con diversos planteamientos de ese texto sustitutivo:

Sobre la situación financiera de JAPDEVA y el origen de su severa crisis:

Ciertamente, la situación financiera de JAPDEVA es muy grave, pero la Defensoría tiene muy claro que ello se ha venido gestando desde hace muchos años, en particular por la incapacidad de ese ente de lograr mantener las tarifas de sus servicios actualizadas en relación con sus costos, al no lograr cumplir a cabalidad los requisitos establecidos por la ARESEP (algunas de estas tarifas no se han modificado desde el año 2012).

Pero además, en una investigación realizada por la Defensoría entre los años 2016 y 2018¹, este Órgano Defensor comprobó debilidades serias en materia de contabilidad separada de costos (no simplemente una contabilidad financiera) de la función portuaria y de la gestión de desarrollo de la provincia, una importante recarga de costos asociados con la planilla de la institución, la inexistencia de planificación y evaluación de impacto en relación con la gestión de desarrollo de la provincia y problemas serios para lograr que sus estados financieros auditados recibieran dictamen positivo.

¹ Expediente 192178-2015-SI, oficio N° 03494-2018-DHR

Evidentemente, el inicio de operaciones de la concesionaria de la terminal de contenedores de conformidad con el Plan Maestro para el Desarrollo Portuario Limón-Moín, y con ello el traslado de la carga hacia ésta, vino a agravar la situación financiera de JAPDEVA, como era previsible, pero definitivamente no puede considerarse el origen de tal situación.

Más allá de los recursos financieros que JAPDEVA eventualmente podría recibir de aprobarse el texto sustitutivo aprobado en Comisión, la propuesta vendría a corregir algunas de carencias y debilidades, en particular las relativas a la reducción de la planilla, pero es insuficiente en cuanto a los problemas asociados con la falta de planificación, evaluación de impacto y, sobretodo, la inexistencia de una verdadera contabilidad de costos específica para las funciones portuarias y otra para las funciones relativas al desarrollo de la provincia.

Sobre la transformación de JAPDEVA en el texto sustitutivo:

El proyecto en análisis hace una modificación a los objetivos JAPDEVA con una reforma al artículo 1 de su ley de creación, en lo relativo a la actividad portuaria y otras competencias, según se observa a continuación:

Art. 1 VIGENTE	Art. 1 PROPUESTO
<p>Artículo 1º.- Créase la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, en adelante denominada JAPDEVA, como ente autónomo del Estado, con carácter de empresa de utilidad pública, que asumirá las prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria; se encargará de construir, administrar, conservar y operar el puerto actual de Limón y su extensión a Cieneguita, así como otros puertos marítimos y fluviales de la Vertiente Atlántica, con la salvedad de los que operen al amparo del inciso h) del artículo 6º de esta ley. Se encargará asimismo de administrar la canalización del Atlántico y las tierras y bienes que esta misma ley le otorga. Administrará las empresas de transporte ferroviario del Estado que presten servicios de y hacia los puertos de la Vertiente Atlántica que específicamente contemple el Poder Ejecutivo en los planes nacionales de desarrollo.</p>	<p>"Artículo 1º.- Créase la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, en adelante denominada JAPDEVA, como ente autónomo del Estado, con carácter de empresa de utilidad pública, que asumirá las prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria; se encargará de construir, administrar, operar, subcontratar, concesionar y realizar cualquier otro mecanismo financiero que la normativa nacional permita, para desarrollar los servicios portuarios, su propia gestión administrativa y las inversiones, construcciones y mejoras, en los puertos marítimos y fluviales de la Vertiente Atlántica, con la salvedad de los que operen al amparo del inciso h) del artículo 6º de esta ley.</p> <p>Administrará y coordinará con cualquier órgano de la Administración Pública, centralizada o descentralizada, para la canalización del Atlántico y las tierras y bienes que esta misma ley le otorga.</p>

En cuanto a la gestión del desarrollo de la provincia, no se hace reforma al artículo 2 de la ley vigente:

Artículo 2º.- Promoverá el desarrollo socio-económico integral, rápido y eficiente de la Vertiente Atlántica de Costa Rica. JAPDEVA podrá arrendar, vender, adjudicar o explotar las tierras que le confiere esta ley, con el propósito de promover los fines para los que ha sido creada, pero deberá consultar previamente el criterio del Instituto de Tierras y Colonización, criterio del que no se podrá apartar, si no es con el voto afirmativo de cinco de los miembros del Consejo de Administración. Dentro del área portuaria actual y su extensión a Cieneguita y en la de nuevos puertos de la Vertiente Atlántica, se determinará una zona adyacente para la instalación de industrias o servicios comerciales relacionados con la operación portuaria, que en ningún caso podrá ser enajenada, pero sí dada en arriendo por plazos determinados. Los respectivos contratos llevarán una cláusula en la que expresamente conste que unilateralmente JAPDEVA puede darlos por terminados cuando necesitare el terreno para obras e instalaciones de interés general, a su juicio y sin responsabilidad alguna.

No obstante, en el proyecto de ley se introducen cambios en la forma de gestionar ese desarrollo:

Artículo 22 bis -Para la materialización del principio participativo que establece el artículo 9 de la Constitución Política y desarrollado por los numerales 6 y 7 del Código Municipal, se crea un Comité Consultivo de Desarrollo Local integrado por los alcaldes de los cantones de la provincia de Limón, cuya función será elaborar propuestas en materia de planificación, presupuestos, coordinación, control y fiscalización de proyectos vinculados a los intereses y servicios locales”.

Asimismo, el texto sustitutivo propone nuevos mecanismos para que JAPDEVA cumpla con sus objetivos:

"Artículo 5º bis.- JAPDEVA tendrá dentro de sus competencias:

- a) Suscribir alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial dentro o fuera del país, con entes o empresas que desarrollen actividades de inversión de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades de JAPDEVA. Los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente.*

Las disposiciones del párrafo anterior no podrán generar prácticas monopolísticas absolutas o relativas de conformidad con la legislación vigente.

- b) *Vender, en el mercado nacional e internacional, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento, consultoría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias. Los precios de estos productos y servicios serán determinados libremente por JAPDEVA, según sea el caso, de conformidad con el plan estratégico de la Institución. Podrá vender estos servicios y productos, siempre que dicha venta no impida el cumplimiento oportuno de los objetivos institucionales.*

En ese mismo artículo se establece que:

Estas competencias estarán exceptuadas de los procedimientos ordinarios de concurso previstas en el marco normativo general de la contratación administrativa.

Al respecto, aunque la Defensoría comprende y comparte el espíritu de la propuesta, no puede dejar de advertir a las y los señores diputados sobre los riesgos que conlleva lo planteado en el texto sustitutivo, en cuanto a excluir a JAPDEVA de los procesos de contratación administrativa, no sólo porque podría resultar inconstitucional, sino porque abre portillos sumamente graves para problemas de corrupción y tráfico de influencias. Esto es particularmente significativo en relación con el inciso a) de ese artículo 5 bis, pues abarca prácticamente todas las actividades de JAPDEVA.

Algo de ese riesgo parece haber sido visualizado al incorporar la frase final de ese inciso:

Las disposiciones del párrafo anterior no podrán generar prácticas monopolísticas absolutas o relativas de conformidad con la legislación vigente.

Sin embargo, tal previsión no atenúa los riesgos asociados a un régimen de contratación prácticamente desregulado. El artículo 5ter pareciera que busca, de alguna manera, cerrar el portillo creado con el inciso a) del artículo 5 bis:

Artículo 5º ter. - JAPDEVA podrá aplicar las siguientes causales de exclusión de los procesos de contratación administrativa:

- a) *Por razones de seguridad, urgencia, emergencia u oportunidad, sea necesaria para garantizar la continuidad de los servicios o para introducir mejoras o nuevas tecnologías a sus productos o servicios.*
- b) *Para realizar contratos de ayuda desinteresada con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas o públicas, nacionales o extranjeras.*

La aplicación de las causales anteriores será de responsabilidad exclusiva de la administración, sin que se requiera autorización de órganos o entes externos. La administración deberá dejar constancia, en el expediente de cada caso concreto, de las razones que sustentan la aplicación de la causal de exclusión de los procedimientos ordinarios de concurso, lo cual queda sujeto a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República.

Para evaluar la pertinencia de las disposiciones de los artículos 5bis y 5ter, esta Defensoría recurrió a hacer un análisis comparativo de esa propuesta con experiencias en el país que generaron una gran discusión sobre las reformas a los procesos de contratación administrativa aplicables a empresas públicas que se encuentran en un mercado de competencia. Al respecto, la apertura de mercados en telecomunicaciones y seguros son ejemplo y prueba de los cambios normativos que se debieron realizar para fortalecer el accionar del ICE y del INS en materia de contratación administrativa.

La experiencia obtenida en ese momento, es la que incorpora en alguna medida el texto sustitutivo del proyecto de ley que se analiza en el presente documento, cuando en el artículo 19 pretende adicionar los artículos 5 bis y 5 ter a la Ley Orgánica de la Junta Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, Ley N° 3091, los cuales excluyen una serie de competencias de JAPDEVA a los procedimientos ordinarios de concurso previstas en el marco normativo general de la contratación administrativa y; además; establece las causales para la exclusión de los procesos de contratación administrativa.

Ahora bien, previo a realizar la valoración respectiva del articulado, conviene revisar la jurisprudencia existente en la materia y, particularmente, la que se generó como parte de los procesos legislativos de modernización y fortalecimiento del ICE y del INS.

En ese sentido, la Sala Constitucional² ha indicado que si bien es cierto el principio general que rige la contratación administrativa es el que obliga a que la misma se verifique mediante el procedimiento de la licitación pública; según lo dispuesto por el artículo 182 de la Constitución Política; también dicha norma encuentra excepciones a los procesos licitatorios y cuyas situaciones deben estar expresamente regladas y estar acordes con el marco constitucional.

Al respecto, la Sala Constitucional claramente señala que dicha excepción al marco ordinario contractual se fundamenta en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, ya que procede únicamente en **determinadas circunstancias muy calificadas**, en las que resulta imposible para el ente contratante convocar a licitación pública, bajo sería amenaza de ver comprometido el interés público.

En palabras de la Sala Constitucional:

² Sentencia 1998-5947

Se trata de situaciones especiales en las cuales el uso de los procedimientos concursales ordinarios, y más específicamente el de la licitación pública, más bien implicarían un serio entorpecimiento en el cumplimiento del fin público encomendado a la Administración Pública, donde el cumplimiento "per se" de exigencias legales más bien podría traducirse en serias alteraciones al orden institucional establecido en la propia Constitución Política. Situaciones como la adquisición de bienes para la atención de una emergencia o urgencia apremiante, cuando exista un único proveedor en el mercado, cuando se trate de servicios conceptualizados como "actividad ordinaria" de la institución contratante, o de negociaciones en las que se requieran especiales medidas de seguridad y que se encuentran establecidas precisamente en el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa...

Asimismo, la Sala Constitucional ha tenido claridad de que los procesos de contratación administrativa no son fines en sí mismos, sino que se constituyen en herramientas que deben estar a la disposición de la Administración Pública para el cumplimiento de objetivos institucionales; claramente la Sala ha indicado³ que la interpretación de las normas y principios constitucionales deben hacerse conforme a la realidad social e institucional del Estado moderno, de manera que, en aras de la satisfacción del interés público, es que resulta imposible remitir en forma indiscriminada a los procedimientos licitatorios ordinarios -entiéndase licitación pública- toda la contratación de la Administración Pública; debiendo entenderse justificada la contratación directa, **única y exclusivamente como procedimiento de excepción para la elección del co-contratante con la Administración, en primer lugar, y cuando las condiciones especiales de la negociación de que se trate lo ameriten, de conformidad con los supuestos expresa y claramente dispuestos previamente en una norma de carácter legal, en tanto se trata de una excepción a un principio constitucional.**

Ahora bien, tal y como fue indicado supra, la situación legal, social y comercial de JAPDEVA mantiene ciertas similitudes con los cambios legales que en su momento experimentaron el INS y el ICE, esto dado la ruptura de los mercados que dominaban en su momento histórico y que para el caso específico de JAPDEVA, pareciera existir una situación similar en el tanto dicha institución, con la entrada en operación de la concesión portuaria de AMP Terminals, dejó de ser el único operador dominante en el mercado portuario y, ante esa realidad, se requiere remozar y actualizar el marco normativo en materia de contratación administrativa.

Por lo anterior, resulta interesante conocer el punto de vista de la Sala Constitucional en relación con la apertura de mercados y los cambios que se generaron en el régimen jurídico de la contratación administrativa aplicable al INS; en ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló en aquella ocasión lo siguiente:

(...) la entrada del Instituto Nacional de Seguros a un nuevo mercado donde regirán condiciones distintas a las vigentes hasta ahora, amerita la definición de nuevos mecanismos, apoyados en criterios de simplicidad y agilidad para mejorar la calidad del servicio y asegurar la continuidad del mismo. Desde esta perspectiva, la decisión del legislador de excepcionar contrataciones de los procedimientos ordinarios de contratación "por tratarse de actividades indispensables para la eficiente realización

³ Sentencias 1998-6754 y 2005-13910

de su actividad ordinaria y para permitir la efectiva competencia del INS en el mercado abierto”, no resulta irrazonable, ni desproporcionado, sino más bien correlativo y consecuente con el deber de fortalecer al Instituto Nacional de Seguros y brindarle los mecanismos legales necesarios para llevar a cabo los fines encomendados en conjunto con otras empresas del régimen privado. Lo contrario, sería más bien irrazonable, pues no podría satisfacerse el interés público, si se remitiera en forma indiscriminada todas las contrataciones de esta institución a los procedimientos licitatorios ordinarios. Ahora bien, la contratación directa que es en principio el procedimiento que se estaría autorizando aquí, tampoco queda abierta a la arbitrariedad de la administración sino que, igual estos contratos quedan librados a la responsabilidad de la autoridad administrativa y siempre dentro de los límites de la mínima justicia, oportunidad y lógica, en relación con el fin público perseguido de la contratación a realizar (...)⁴ El destacado no es del original.

En una línea argumentativa similar a la antes señalada, la Sala Constitucional para el caso específico del ICE, desarrolló algunos aspectos importantes en relación a los cambios que se generaron en materia de contratación administrativa aplicable a dicha institución, los cuales fueron introducidos por la Ley N° 8660; al respecto, el artículo 20 establece que la adquisición de bienes y servicios que realicen las empresas del ICE constituidas como una sociedad anónima, quedarán excluidas de la Ley de Contratación Administrativa y que tanto el ICE como sus empresas, contarán con una Junta de Adquisiciones Corporativa cuyo objetivo es ejecutar los procedimientos de contratación administrativa, incluyendo la adjudicación y las impugnaciones y que dicha Junta se regirá por el reglamento autónomo correspondiente.

La Sala Constitucional avaló la posibilidad de establecer procesos de contratación distintos a los establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, aceptando la capacidad legal que tiene el ICE de crear normativa propia en dicha materia.

(...) Ya en otras ocasiones se ha señalado que, la apertura del servicio de telecomunicaciones, que pasó de ser un servicio público prestado en condiciones de monopolio, a uno en mercado de competencia, obligó al legislador a brindarle al ICE, la potestad de darse su propia regulación jurídica en determinadas áreas, con el objeto de permitirle competir de manera efectiva en el mercado de las telecomunicaciones. En ese sentido, este Tribunal ha afirmado que el legislador puede promulgar normas de carácter sectorial, con el objeto de permitir la promulgación de un régimen especial para la adquisición de bienes y/o servicios de una determinada institución, que por su naturaleza jurídica o por su ámbito de acción, así lo requiera. El artículo 20 permite al ICE, promulgar esa normativa, la cual deberá respetar los parámetros y límites fijados por la propia ley que reglamenta y que le sirve de sustento, y garantizar el respeto a los elementos integrantes de la contratación administrativa y del debido proceso (...)⁵

En relación con la propuesta, el texto sustitutivo del proyecto de ley expediente 21426, introduce en el artículo 19 dos nuevos artículos; a saber, el artículo 5 bis y el artículo 5 ter a la Ley Orgánica de la Junta Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, Ley N° 3091.

⁴ Sentencia 2008-10450

⁵ 2018-09809

Conviene indicar que la normativa vigente de JAPDEVA, establece en el artículo 5 que dicha institución tiene la capacidad para celebrar toda clase de contratos, así como para realizar todos aquellos actos comerciales necesarios para cumplir con las atribuciones que están a su cargo, de acuerdo con la ley que la rige; no obstante, el resto de la normativa vigente es omisa en relación a las normas de contratación administrativa que regirán a la institución, sean estas de carácter general o de carácter específico en materia de contratación.

La única referencia en punto a la materia de contratación que contiene la Ley N° 3091, se encuentra en el artículo 17 incisos b) y g; en los cuales, establecen como facultades del Consejo de Administración de JAPDEVA las de: "b) *Aprobar contratos y convenios relacionados con los fines de JAPDEVA y g) Aprobar compras hasta por la suma de cincuenta mil colones y contratos por bienes y servicios, hasta por la suma de ciento cincuenta mil colones, por el trámite de licitación privada*".

Cabe indicar que dichos incisos no son modificados por el texto sustitutivo en análisis, aspecto que llama la atención dado que las y los señores legisladores no entran a revisar o modificar los límites que tiene en la actualidad el Consejo de Administración de JAPDEVA en punto a los rangos de montos de la contratación por el trámite de la licitación privada, hoy conocida como licitación abreviada, aspecto que bien podría ser valorado con el fin de otorgar mayores herramientas para flexibilizar los procesos de contratación.

Pese a que la normativa actual es omisa en cuanto al marco de acción y legalidad que tiene JAPDEVA en materia de contratación administrativa, el texto sustitutivo del proyecto en el artículo 5 bis, agrega una serie de competencias en favor de la institución, las cuales las califica como especiales y fuera del ámbito de las normas de la contratación administrativa, ello al indicar:

Estas competencias estarán exceptuadas de los procedimientos ordinarios de concurso previstas en el marco normativo general de la contratación administrativa.

Al respecto, interesa conocer cuáles son las competencias que quedan fuera del marco normativo de la contratación administrativa según el numeral 5bis:

- a) Suscribir alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial dentro o fuera del país, con entes o empresas que desarrollen actividades de inversión de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades de JAPDEVA. Los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente.

Las disposiciones del párrafo anterior no podrán generar prácticas monopolísticas absolutas o relativas de conformidad con la legislación vigente.

- b) Vender, en el mercado nacional e internacional, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento, consultoría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias. Los precios de estos productos y servicios serán determinados libremente por JAPDEVA, según sea el caso, de conformidad con el plan estratégico de la Institución. Podrá vender estos servicios y productos, siempre que dicha venta no impida el cumplimiento oportuno de los objetivos institucionales. El subrayado no es del original.

Llama la atención de la Defensoría que las competencias asignadas a JAPDEVA que están exceptuadas de los procedimientos ordinarios de concurso previstas en el marco normativo general de la contratación administrativa, podrían ser muy amplias e indefinidas dado que el inciso a) permitiría a la institución realizar cualquier forma de asociación empresarial dentro o fuera del país sin apego a los procedimientos de la contratación y el inciso b) también permitiría a la entidad vender cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias; contratación que también se haría fuera del marco de las normas y principios de la contratación administrativa; dicha amplitud, unido a la falta de regulación de la ley vigente hacen a esta Defensoría dudar sobre el alcance constitucional de la norma, dada la falta de concreción de criterios jurídicos claros que permitan determinar y ubicar la aplicación de la excepción antes referida, tómesese en consideración que la aplicación de los regímenes de excepción en materia de contratación administrativa, deben estar justificados únicamente ante circunstancias muy calificadas.

Por otra parte, el artículo 5º ter indica las causales de exclusión de los procesos de contratación administrativa indicando lo siguiente:

- a) Por razones de seguridad, urgencia, emergencia u oportunidad, sea necesaria para garantizar la continuidad de los servicios o para introducir mejoras o nuevas tecnologías a sus productos o servicios.
- b) Para realizar contratos de ayuda desinteresada con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas o públicas, nacionales o extranjeras.

El numeral indica que la aplicación de dichas causales será responsabilidad exclusiva de la administración sin que para ello se requiera de alguna autorización de órganos o entes externos; además, que la administración deberá dejar constancia, en el expediente de cada caso concreto, las razones que sustentan la aplicación de la causal de exclusión de los procedimientos ordinarios de concurso, y cuyo accionar quedará sujeto a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, la modificación que introduce el texto sustitutivo, resulta ser una copia del artículo 23 incisos c) y d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660, lo cual en principio podría dar validez y legitimidad a la modificación pretendida.

No obstante, a diferencia de la Ley de Junta Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, Ley N° 3091, la Ley 8660 sí es clara al establecer el marco normativo de la contratación con la cual el ICE estaría realizando sus procesos de contratación, lo anterior en el tanto dicha normativa indica con claridad en el artículo 22, que el ICE utilizará los procedimientos ordinarios de licitación pública y de licitación abreviada, de conformidad con las disposiciones del capítulo respectivo y que además podrá aplicar el régimen especial de contratación directa.

Además, la normativa del ICE indica que en el Reglamento a dicha Ley, se podrán fijar las reglas especiales relativas a la estructura y los requisitos de los procedimientos ordinarios de concurso, en el tanto se respeten los principios constitucionales de la contratación administrativa.

Por otra parte, el artículo 20 se encuentra incluido en un capítulo especial para desarrollar el Régimen Especial de la Contratación del ICE y señala que la adquisición de bienes y servicios que realice el ICE estará sometida a las disposiciones especiales contenidas en la Ley 8660 y que la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento se aplicarán de manera supletoria.

Adicionalmente, esa misma norma indica que la adquisición de bienes y servicios que realicen las empresas del ICE constituidas como una sociedad anónima, quedarán excluidas de la Ley de Contratación Administrativa.

Por otra parte, y siempre dentro del análisis comparativo de entidades que han tenido que modernizar el marco normativo que las rige, dados los cambios del mercado y la entrada de nuevos actores que generan mayor competencia en la venta de bienes y servicios, se tiene que la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, Ley 8653, incorpora en el Capítulo III lo referido a las Normas Especiales respecto a la Contratación Administrativa del INS; es decir, este cuerpo normativo, incluye un capítulo específico en la materia de la contratación, al igual que lo hace la Ley 8660.

En concreto, la Ley 8653 incluye en el artículo 7 la normativa aplicable en materia de contratación administrativa del INS; al respecto, indica que dicha actividad tendrá como marco general la Ley de Contratación Administrativa, salvo en cuanto a las regulaciones especiales contenidas en la propia ley y que en todos los casos se deberán aplicar los principios constitucionales de contratación administrativa.

Además, la Ley 8653 en el artículo 9 establece un listado claro y puntual respecto a las contrataciones que puede efectuar el INS y que estarán exceptuadas de los procedimientos ordinarios de contratación; indica la norma de comentario que dicho listado de excepciones se establece dado que se hace indispensable para la eficiente realización de la actividad ordinaria y para permitir la efectiva competencia del INS en el mercado abierto.

En resumen, dentro del marco de la Constitución Política, la jurisprudencia dictada por la Sala Constitucional y el marco legal vigente, el legislador respetando el principio de reserva de ley, puede establecer marcos regulatorios de excepción a los procesos de contratación administrativa; empero, dichas regulaciones deben tener la claridad y precisión jurídica necesarias que permitan diferenciar la aplicación de los procesos ordinarios de la contratación y los procesos y criterios de excepción aplicables por parte de la Administración Pública, todo lo anterior con el fin de otorgarle herramientas válidas a las entidades públicas a fin de que cumplan a plena satisfacción con las competencias que le fueron concedidas como parte de la satisfacción de un fin público, pero sin dejar de vista que las excepciones en materia de contratación proceden únicamente en circunstancias muy calificadas.

El texto en análisis, deja en evidencia que existen vacíos legales que deben ser mejorados y completados dado que la regulación que se propone resulta riesgosa para la correcta administración de los fondos públicos, lo anterior en razón de que el marco de excepcionalidad que pretende introducir en proyecto en la contratación de JAPDEVA podría dar lugar a que los procedimientos de excepcionalidad se puedan convertir en una regla general.

Tal y como se ha reseñado, tanto la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660 y la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, Ley 8653, incorporan en sus textos supuestos de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación; no obstante, ambas normas también contienen capítulos específicos en los que se desarrollan los procesos de contratación ordinarios y los criterios técnicos a los que se debe someter la Administración Pública en su aplicación.

Empero, el texto sustitutivo del proyecto 21426 no presenta las mismas características jurídicas antes indicadas, por lo que existen vacíos importantes de aplicación en relación con las excepciones propuestas y el marco ordinario de la contratación para el caso específico de JAPDEVA, por lo que la Defensoría considera conveniente que dicha propuesta sea revisada y ampliada por parte de las y los Diputados, ello en el tanto la redacción vigente carece de delimitaciones claras en relación a los procesos ordinarios y los procesos de excepción para la contratación administrativa, omisión que en caso de mantenerse haría de sumo riesgosa la aplicación del texto y podría lesionar principios y normas constitucionales de la contratación administrativa.

Sobre los derechos laborales de los Trabajadores de JAPDEVA:

El artículo 4 del texto sustitutivo del proyecto de ley N° 21.426, titulado "Ley de Transformación de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica de Costa Rica (JAPDEVA) y Protección de sus Personas Trabajadoras", crea el pago de un incentivo por transformación institucional adicional al pago de las prestaciones para los trabajadores que opten por el cese de sus funciones. Al respecto, esta Defensoría considera que este proyecto de Ley, también debería incluir el deber y la responsabilidad del Estado de capacitar a los ex trabajadores y ex trabajadoras de JAPDEVA que se acojan al pago de éste incentivo, en ideas productivas o de emprendimiento que le ayuden a estas personas a crear sus empresas y reactivar la economía en la provincia de Limón.

Por otro lado, el texto sustitutivo del Proyecto N° 21.426, deja intacto el derecho de prejubilación para los trabajadores y trabajadoras de JAPDEVA en edades próximas a la jubilación, previsto en el texto original del proyecto de ley en análisis, posición que esta Defensoría de los Habitantes ve con buenos ojos. Sin embargo, debemos señalar que la prejubilación no es un Régimen, como lo señala el artículo 8, por ende, no se comprende por qué se indica: "Créase un régimen de Prejubilación", si el mismo artículo en su párrafo final se indica que no se constituirá un régimen especial.

La prejubilación es un acuerdo entre los patronos y el trabajador, que consisten en dar por terminada una relación laboral en condiciones que permitan al trabajador llegar a la edad legal de jubilación con unas garantías económicas iguales o parecidas a las que tenía cuando se encontraba laborando.

Si bien, el artículo 8, establece que los trabajadores que se acojan a la prejubilación no pueden cobrar el incentivo del artículo 4, insistimos, que esta disposición es contradictoria y discriminatoria para con los trabajadores mayores de 55 años que quieran, con el pago del incentivo, desarrollar una idea productiva, y de esa forma no depender del Estado, ni de una prejubilación, pues el mismo artículo 14 del Proyecto, permite la suspensión de la prejubilación si la persona se reinserta a laborar.

Aunado a lo anterior, esta Defensoría considera que es conveniente aclarar que no existe impedimento para que un ex trabajador que suspenda la prejubilación, pueda solicitar la prejubilación de nuevo, si demuestra que fue ex trabajador de JAPDEVA y no está laborando.

Incertidumbre en cuanto a la disponibilidad de recursos para el pago de incentivos, beneficios, prestaciones y pagos por prejubilación

Sin perjuicio de lo expuesto en materia de protección a las personas trabajadoras actuales de JAPDEVA, preocupa a la Defensoría que tanto el proyecto de ley original, como el texto sustitutivo en análisis, no hayan sido acompañados al menos de estimaciones sobre cuánto podría ser el costo asociado con las indemnizaciones, estímulos o incentivos ni la fuente de los recursos requeridos para ello. Situación análoga ocurre con los gastos asociados a la prejubilación planteada en la propuesta. A esa carencia de proyecciones, se une el hecho de que la propuesta de ley no otorga ninguna certeza en cuanto a la disponibilidad de los recursos requeridos, pues la única disposición que el texto en análisis contempla en materia de recursos para JAPDEVA, es la autorización del traslado de recursos superavitarios desde instituciones públicas a JAPDEVA, en calidad de préstamo con condiciones de pago sumamente blandas, pero ello no es garantía efectiva de que JAPDEVA recibirá los recursos que se requieran.

En cuanto a la prejubilación, es preciso traer a colación lo dispuesto en la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, en el Capítulo IV del Título IV, Responsabilidad Fiscal de la República:

ARTÍCULO 25- Gestión administrativa de los destinos específicos. En el caso de los destinos específicos que no estén expresamente dispuestos en la Constitución Política, o su financiamiento no provenga de una renta especial creada para financiar el servicio social de forma exclusiva, el Ministerio de Hacienda determinará el monto a presupuestar, según el estado de las finanzas públicas para el periodo presupuestario respectivo y los criterios contemplados en el artículo 23 de esta ley.

Al respecto, la Defensoría se pregunta si esa limitación alcanzaría a los pagos de la prestación económica por concepto de prejubilación que, según el texto en estudio, se cargarán al Presupuesto Nacional, poniendo en riesgo el traslado de los recursos a las personas beneficiarias.

Finalmente, llama la atención de la Defensoría que el proyecto de ley no hace ninguna referencia a la administración del canon que la empresa concesionaria de la terminal de contenedores de Moín debe pagar a JAPDEVA. Al respecto, este Órgano Defensor considera que podría aprovecharse esta iniciativa legislativa para establecer reglas para la administración de esos recursos, tanto en materia del destino de los recursos, como en cuanto a su control y manejo, sin perjuicio de lo que ya está establecido en el contrato de concesión. Por ejemplo, garantizar la trazabilidad de la inversión que se realice con esos recursos, mediante la correspondiente contabilidad independiente y la obligatoriedad de que JAPDEVA presente al país y a las autoridades correspondientes un informe preciso sobre la inversión realizada con esos ingresos.

A la luz de lo anterior, la Defensoría de los Habitantes desea hacer un llamado de atención de las señoras y señores diputados sobre los posibles riesgos de aprobar el texto sustitutivo del proyecto de ley N° 21426, tal y como está planteado, y en particular, de generar expectativas en las y los habitantes de la provincia de Limón que no puedan ser cumplidas por carencias o deficiencias de la normativa que se apruebe.

De ustedes con toda consideración,

Catalina Crespo Sancho, PhD
Defensora de los Habitantes de la República