

**Al contestar refiérase
al oficio Nro. 12176**

08 de setiembre, 2023
DFOE-DEC-2218

Señora
Elbhlyn Mora Hamilton
Secretaría, Consejo de Administración
**JUNTA DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y DE DESARROLLO ECONÓMICO DE LA
VERTIENTE ATLÁNTICA (JAPDEVA)**

Estimada señora:

Asunto: Recordatorio al Consejo de Administración sobre el cumplimiento de normativa en contratación administrativa.

Sírvase hacer del conocimiento de los miembros del Consejo de Administración, en la sesión inmediata siguiente a la recepción del presente oficio, las siguientes consideraciones.

Esta Contraloría General ha tenido conocimiento de la emisión del "Reglamento de Alianzas Estratégicas promovidas por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA)", por acuerdo Nro. 115-2023 incorporado en el artículo III-c de la sesión ordinaria Nro. 007-2023, celebrada por el Consejo Directivo de JAPDEVA el 13 de abril de 2023; publicado en La Gaceta Nro. 79 del 8 de mayo de 2023, páginas 60 a 67.

I. Evolución del borrador de Reglamento

El 27 de setiembre de 2022, en sesión extraordinaria asentada en el acta Nro. 19-2022, artículo XII, el Consejo Directivo de Japdeva adoptó el acuerdo Nro. 173-2022, mediante el cual aprobó borrador de "Reglamento de APP's"¹, o Reglamento de Alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial². En este primer borrador se hace referencia a las dos figuras, la alianza estratégica y la asociación público privada, con el alcance descrito en el numeral 2, al señalar lo siguiente:

¹ Así referido en el orden del día.

² Nombre completo: "Reglamento para el establecimiento de términos y condiciones generales en la suscripción de 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"

DFOE-DEC-2218

2

08 de setiembre, 2023

“Este Reglamento se aplica a los trámites, procedimientos y actuaciones de la Junta de Administración Portuaria de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), en la conformación y utilización de las figuras de alianzas estratégicas, así como alianzas público - privadas para la formulación, aprobación, ejecución y operación de proyectos de infraestructura o desarrollo social vinculados con los objetivos de la empresa.”

De esta forma, en el capítulo VII, denominado "Asociaciones empresariales o institucionales Público - Privadas", se incorporan las siguientes regulaciones:

“[...] El tercero privado recibe el mandato de desarrollar total o parcialmente servicios, infraestructuras o ambos, según la definición hecha por JAPDEVA para el cumplimiento de sus objetivos. [...]” (artículo 26)

“[...] los ingresos percibidos por el tercero privado, encargado de proveer la infraestructura pública y/o servicio público, derivados de tarifas cobradas directamente a los usuarios, cubran todos los costos del proyecto [...]” (artículo 27, inciso 'a')

“La iniciativa para el diseño, financiamiento, construcción, ampliación, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, explotación o gestión con la participación de un tercero privado puede provenir del mismo Instituto [...]” (artículo 28)

Por su parte, la alianza estratégica fue definida en el capítulo II, denominado "Alianzas estratégicas", dentro del artículo 3, "Definición", en los términos siguientes:

“Entre JAPDEVA y otras empresas de diferentes sectores en donde acuerdan compartir los recursos para así lograr un beneficio mutuo a corto plazo, pero esto en conjunto. En ellas la autoridad y la toma de decisiones se comparten, con lo que se adoptan las resoluciones sin recurrir a métodos jerárquicos de coordinación. Entre esos intereses compartidos están: 1. Mismos objetivos, 2. Competencias y servicios asignados legalmente a JAPDEVA. Las alianzas estratégicas pueden tomar la forma de acuerdos de puesta en común de recursos financieros, humanos o tecnológicos, de cara a un fin específico y con una validez predeterminada, o bien, prolongarse sin expectativa de cancelación.”

En cuanto a los procedimientos de selección, el citado borrador de Reglamento de setiembre de 2022, en el artículo 4 regula la escogencia del aliado estratégico por acto administrativo –sin licitación–, previo estudio del mercado; en tanto que los numerales 32 y 46 refieren la licitación como el método de escogencia del contratista tratándose de APP's.

El 12 de enero de 2023, en sesión ordinaria asentada en el acta Nro. 1-2023, artículo V-j, el Consejo Directivo de Japdeva adoptó el acuerdo Nro. 20-2023, mediante el cual aprobó segundo borrador de "Reglamento AEJ"³, o Reglamento de Alianzas estratégicas⁴. El artículo 2, inciso 'c', denominado Concepto de alianza estratégica, señaló, entre otros aspectos, lo siguiente:

“La alianza estratégica es una forma de asociación empresarial mediante la cual JAPDEVA se une a una o más personas jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, para desarrollar un proyecto, negocio o servicio⁵ dentro o fuera del país, con el propósito de obtener mayores ventajas competitivas que no se alcanzarían individualmente.

Los elementos característicos generales de las alianzas estratégicas previstas en este Reglamento son los siguientes: / [...]

c) Las empresas participantes contribuyen continuamente en una o más áreas estratégicas clave, tales como tecnología, aporte de materia prima, infraestructura o financiamiento, entre otras. / [...]

Por otra parte, es incorporada la figura de la visoría en el proceso de escogencia de la contraparte, que podría ser gestionada por la Presidencia Ejecutiva de JAPDEVA para efectos de recaer en funcionarios designados por el Ministerio de Obras Públicas y el Consejo de Gobierno, a cuyo respecto en el numeral 17, "Transparencia de las negociaciones", se estipula lo siguiente:

[...] Estas visorías resultarán de especial interés en los casos de proyectos relativos a infraestructura y servicios portuarios. / [...]

Este segundo borrador de Reglamento no regula las asociaciones público - privadas, y en cuanto al procedimiento de selección del aliado, se mantiene el esquema incorporado en el primer borrador, de tal forma que la decisión administrativa se fundamenta en el régimen de excepción establecido para las alianzas estratégicas, según se refiere en el numeral 18 del borrador de Reglamento, al señalar lo siguiente:

“De conformidad con el inciso h) del artículo 3 de la Ley No. 9986, Ley General de Contratación Pública, y con el 13 del Decreto Ejecutivo No. 43808-H, Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, la selección del socio estratégico de JAPDEVA está exceptuada de la aplicación de procedimientos ordinarios de contratación. / [...]

³ Así referido en el orden del día.

⁴ Nombre completo: "Reglamento de Alianzas Estratégicas promovidas por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA)".

⁵ En el Reglamento definitivo, la frase “un proyecto, negocio o servicio” cambia a “proyectos comunes”.

Una vez aprobado y publicado el Reglamento definitivo, fueron mantenidas las disposiciones comentadas para el segundo borrador. De frente al régimen de selección del contratista considerado por el texto normativo en comentario, se pasa a referir la excepción al régimen ordinario en el contexto ordenatorio actual.

II. Régimen excepcionado en la recurrencia a alianzas estratégicas

El artículo 3 de la Ley General de Contratación Pública (Nro. 9986 de 2021, en adelante LGCP), estipula lo siguiente:

“Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades: / [...]

h) Las alianzas estratégicas autorizadas mediante ley, con el fin de lograr ventajas competitivas, todo de acuerdo con el giro de negocio de cada parte y lo regulado al respecto en la ley que las autoriza. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley. / [...]

Para el caso, mediante la ley Nro. 9764 de 2019, fue incorporado el numeral 5 bis a la ley Nro. 3091 de 1963, "Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica)", el cual establece lo siguiente:

“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. / [...]

Concurriendo autorización legal para la suscripción de alianzas estratégicas, en el caso de JAPDEVA, se tiene el desarrollo de la excepción en el numeral 13 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública (decreto ejecutivo Nro. 43808 de 2022, en adelante RLCP), que en lo conducente señala lo siguiente:

“Se exceptúan de los procedimientos ordinarios las alianzas estratégicas autorizadas por ley.

La alianza estratégica consiste en un tipo de asociación autorizada por ley para ciertas entidades, que de acuerdo a sus facultades legales operan

dentro de mercados en competencia en la que la Administración se une a una o a varias empresas públicas o privadas con las que comparte mercados afines a sus competencias legales, sin que se genere una nueva persona jurídica. La alianza se constituye para la realización de un proyecto común, con el propósito de lograr ventajas competitivas o posicionamiento comercial que no se alcanzarían individualmente a corto plazo, debiendo imperar entre los participantes una relación de confianza y una distribución de riesgos y resultados previamente establecidas, todo lo cual deberá constar en acto motivado sustentado en estudios técnicos. En todo caso, el beneficio esperado debe ser mayor que el riesgo asumido.

En la alianza se realizan aportes según el giro de negocio de todas las partes, en proporción a las obligaciones asumidas y los beneficios esperados, a la vez que se realizan actividades conjuntas durante la ejecución del contrato. / [...]

Las alianzas estratégicas no podrán utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública, todo lo cual la tornará irregular, en caso de que así se proceda.”

Conforme las disposiciones legal y reglamentaria, la alianza estratégica procede con socios de competencias afines, según lo expone también la norma específica de JAPDEVA, al advertir que no debe incurrir en prácticas monopolísticas absolutas o relativas al optar por dicha modalidad contractual. Una vez ello, el RLCP estipula que los aportes de cada aliado responderán a su giro de negocio.

La LGCP y el RLCP establecen como límite a las posibilidades de la alianza, la imposibilidad contratar terceros sin atender los procedimientos de contratación pública; es decir, la alianza no puede constituirse en un medio para suplir a la Administración de bienes, servicios, o servicios de construcción; en tanto que la alianza no se constituye en un sujeto jurídico con personalidad para contratar dichos objetos.

El ámbito de las alianzas está claramente diferenciado del que pudiese corresponder a las concesiones y las asociaciones público privadas. Mediante la ya citada ley Nro. 9764 de 2019 fue reformado el numeral primero de la Ley orgánica de Japdeva, con referencia a sus funciones en los términos siguientes:

“[...] 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 [...]”

A dicho respecto, la Presidencia Ejecutiva de Japdeva, en oficio dirigido a la Asamblea Legislativa durante el trámite de la reforma en comentario, manifestó lo siguiente:

DFOE-DEC-2218

6

08 de setiembre, 2023

“[...] / Agregar otros verbos como subcontratar, concesionar; es para indicar de manera expresa y dar una mejor claridad de lo indicado por otras normas que son de aplicación obligatoria. La Ley General de Concesión dispone que es posible el dar en concesión nuevos servicios. La subcontratación es posible también con la implementación del contrato de gestión interesada o alianzas público-privadas”. (Oficio Nro. PEL-413-2019 de 20 de agosto de 2019, visible en el expediente legislativo del proyecto Nro. 21426 de 2019, correspondiente a la ley Nro. 9764 de 2019, folios 2424 a 2600, y 2484 a 2488)

Si bien las manifestaciones son propias de la Administración, de frente al trámite de aprobación legislativa, permite comprender que tanto la concesión como las APP fueron entendidas como figuras distintas de la alianza estratégica, regulada en otro numeral del mismo proyecto de ley.

En la discusión legislativa relativa a la incorporación de texto sustitutivo con propuesta de reforma del numeral primero de la ley, al diputado Erwen Masís Castro, en sesión extraordinaria Nro. 6 de 21 de agosto de 2019, expuso lo siguiente:

“[...] la parte que nosotros agregamos fue la parte en la cual Japdeva se reestructura visionariamente y puede concesionar, arrendar, hacer otros modelos de negocios, dentro de los que podemos citar la terminal, la carga intermodal, parque industrial, el tema de los cruceros, cargas mixtas y otros.” (Expediente legislativo del proyecto Nro. 21426 de 2019, correspondiente a la ley Nro. 9764 de 2019, folios 2478 y 2479)

Como se ha referido, en esta exposición de motivos existe pronunciamiento sobre el numeral 1 de la Ley orgánica, únicamente.

III. Concesiones y asociaciones público privadas

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (Nro. 7762 de 1998), con las limitaciones establecidas en el numeral 2, regula los contratos de concesión de obra pública, obra pública con servicios públicos y optimización de activos de infraestructura (artículo 2), relativos a inmuebles públicos.

Por su parte, al amparo del régimen de tipos abiertos, fue dictado el Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada (decreto ejecutivo Nro. 39965-H-MP de 2016), con la cobertura estipulada en el numeral 1, y contempla infraestructura nueva o existente (artículo 2), siendo posible la inclusión de bienes de naturaleza privada y pública, sin que estos últimos salgan de la titularidad de la respectiva Administración (artículo 3).

DFOE-DEC-2218

7

08 de setiembre, 2023

La ley Nro. 7762 de 1998 establece la licitación como medio de selección del contratista en su numeral 23; y el decreto ejecutivo Nro. 39965-H-MP de 2016 remite a los procedimientos ordinarios de contratación en el artículo 17. Estamos ante una diferencia relevante, puesto que el objeto preestablecido para la concesión y las asociaciones público privadas, imponen el procedimiento concursado; en tanto que la alianza estratégica –aun observando los principios constitucionales de contratación procedentes– responde al régimen excepcionado para la escogencia del contratista.

IV. Recordatorio de cumplimiento del ordenamiento jurídico

Conforme lo antes expuesto, la presente Área de Investigación para la Denuncia Ciudadana ha estimado recordarle al Consejo de Administración de JAPDEVA, lo siguiente:

1. Su obligación de regular reglamentariamente, y recurrir, a la figura de alianzas estratégicas conforme los límites establecidos por el ordenamiento, de tal forma que no podrá ser utilizada para suplir infraestructura, conforme las mismas normas que autorizan la excepción de alianzas estratégicas, y el marco normativo preexistente en cuanto a concesiones y alianzas público privadas.
2. Su obligación de valorar la procedencia de recurrir a cualquier figura habilitada para efectos de suplir bienes, servicios y servicios de construcción; conforme el principio constitucional de licitación.
3. Su obligación de velar porque las alianzas estratégicas y las alianzas público privadas sean siempre utilizadas dentro de los alcances de nuestro marco normativo.

Atentamente,

Lic. Rafael Picado López
Gerente de Área
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

mfm

Ce: Expediente
G: 2023002002-1
C: 486-2023
NI: 11789 (2023)