

**Al contestar refiérase
al oficio N° 07596**

20 de mayo, 2020
DCA-1838

Msc.
Andrea Centeno Rodríguez
Presidenta Ejecutiva
**JUNTA DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA
Y DESARROLLO ECONÓMICO DE LA VERTIENTE ATLÁNTICA, JAPDEVA**

Estimada señora:

Asunto: Se atiende consulta planteada por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica JAPDEVA, con sustento en la Ley No. 7407 artículo 7 inciso c), sobre actividades auxiliares y fundamentales.-

Estimada señora:

Se da respuesta al oficio número PEL-585-2019 del 14 de noviembre de 2019, mediante el cual se plantea la solicitud de criterio en referencia al inciso c) del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales N° 7407, sobre cuales servicios se consideran auxiliares y cuáles consustanciales o fundamentales para efectos de poder proceder con la publicación respectiva que ordena el artículo 23 del Reglamento a la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, Decreto No. 2694-MTSS-PLAN.

Durante el análisis de esta gestión, se realizaron los siguientes requerimientos de información: • Oficio No. 18146 (DJ-1518) del 20 de noviembre de 2019, • Oficio No. 20423 (DCA-4837) del 20 de diciembre de 2019, • Oficio No. 3031 (DCA- 0705) del 28 de febrero de 2020; los cuales fueron atendidos por medio de los siguientes oficios: PEL-608-2019 del 26 de noviembre de 2019, GG-RM-03-2020 del 10 de enero de 2020, GG- RM-07-2020 del 20 de enero de 2020 y PEL-154-2020 del 03 de abril de 2020.

Conforme a lo señalado en el oficio No. 3031-2020, en fecha 02 de marzo del año 2020, sita en el piso 8 de esta Contraloría General de la República, se celebró una reunión con la señora Andrea Centeno Rodríguez, Presidenta Ejecutiva de JAPDEVA, quien estuvo acompañada por los señores Alancay Morales Garro, Christian Soto García y Alejandro Quirós Ruíz, en su condición de Gerente – Administración de Desarrollo, Jefe de la Asesoría Legal y asesor de presidencia ejecutiva, respectivamente.

Tratándose de la consulta al órgano contralor contemplada en el referido inciso c) del artículo 7 de la Ley No. 7407, siendo que la norma es omisa respecto al plazo que se tiene para su atención, se atiende la misma bajo el plazo reconocido en el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, R-DC-0197-2011 de las ocho horas del trece de diciembre del 2011, publicado en la Gaceta No. 244 del 20 de diciembre de 2011, y la interrupción que se da al mismo ante el requerimiento y presentación de nueva información.

I. Motivo de la consulta.

En el oficio inicialmente presentado, número PEL-585-2019, refiere JAPDEVA en primera instancia a la Ley de Transformación de JAPDEVA y Protección de sus Personas Trabajadores (cuyo número correcto corresponde a No. 9764 y no No. 7964 como fue consignado en dicho oficio), señalando que en el numeral 2 de esta Ley se dispuso que dicha Junta queda facultada para determinar la estructura administrativa y operativa adecuada para su correcto funcionamiento, así como realizar los estudios técnicos y las acciones necesarias para mantener únicamente las personas trabajadoras que requiera para garantizar la continuidad de la institución y el equilibrio financiero en el corto y largo plazo.

Se indica además que el artículo 18 de la Ley N° 9764 reformó los artículos 1, 8, 17, 18 y 27 de la Ley N.° 3091, transcribiéndose de seguido, entre otros, el artículo 1 que dispone:

“Artículo 1°- Se crea 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 6° de esta ley.

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”.

Se señala que en la Sesión Ordinaria del Consejo de Administración No. 018-2019, celebrada el 03 de octubre del año 2019, mediante acuerdo No. 154-19, se aprobó el estudio de Reorganización Institucional y se determinó como servicios que deben ser tercerizados de forma parcial, los siguientes departamentos y unidades, a saber: • Asesoría Jurídica, • Oficina Salud Ocupacional, • Servicios Generales, • Operaciones Portuarias, • Intendencia, • Servicios Marinos, • Seguridad y Protección Portuaria, • Apoyo Comunal.

Indica que a partir de lo anterior y de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales N° 7407, el Estado y sus instituciones pueden otorgar concesiones o contratar la prestación de servicios menores o auxiliares, así como servicios públicos fundamentales con Sociedades Anónimas Laborales.

Conforme a lo señalado en los oficios PEL-585-2019 y PEL-608-2019 (el cual se acompaña del oficio AL-172-2019-SJ), se indica que JAPDEVA tiene competencias portuarias como autoridad portuaria (refiere al artículo 6 de la Ley Orgánica de Japdeva), como operador de terminales portuarias (artículo 16, 24, 25 y 48 del Reglamento de Operaciones Portuarias) y supervisor de concesiones (cláusula 14.2.15.1. del Contrato de Concesión de la Terminal de Contenedores de Moín), así como competencias de desarrollo en la promoción del mismo (Artículo 2 Ley No. 3091) y en la administración de la canalización del Atlántico y tierras (Artículo 1 Ley No. 3091).

Respecto a las competencias como autoridad portuaria refiere en su escrito que dicha prerrogativa, de acuerdo con el análisis de la Procuraduría General de la República, es sin perjuicio de las potestades que corresponden al Ministerio de Obras Públicas y Transportes como autoridad portuaria nacional, refiriendo al Dictamen C-195-2018 de fecha 17 de agosto de 2018; a la vez que señala que dentro de las competencias portuarias de JAPDEVA y el MOPT se tienen competencias como Autoridad Portuaria de: **a)** soberanía y seguridad (Port Control, Visita Oficial, Libre Plática y Zarpe); **b)** de control de la navegación (programación de las operaciones portuarias y uso del canal de acceso) y; **c)** de planificación (construcción de obras y coordinación de actividades).

Por su parte, mediante oficio GG-RM-032020 del 10 de enero de 2020 y GG-RM-07-2020, se remite acuerdo del Consejo de Administración número 005-2020 mediante el cual se aprobó la definición de los servicios fundamentales y auxiliares o menores de acuerdo con la Ley No. 7407 de Sociedades Anónimas y su Reglamento.

Posterior a ello, mediante oficio PEL-154-2020 del 03 de abril de 2020, se indica que en adición y ampliación a los oficios PEL-585-2019 y GG-RM-003-2020, se informa que el Consejo de Administración en su sesión ordinaria celebrada el 26 de marzo del año en curso, adoptó el acuerdo No. 050-2020 el cual modifica el acuerdo No. 005-2020.

Se indica además en el oficio PEL-154-2020 que los servicios auxiliares y los fundamentales se precisan de una mejor manera tomando en consideración el criterio técnico de la Administración (Gerencia Portuaria y Gerencia de Desarrollo), indicándose en el Acuerdo 050-2020 que las Gerencias de Desarrollo y Portuaria, así como el Departamento Legal realizaron los criterios técnicos correspondientes GD-001-2020, GD-065-2020, GP-010-2020, GP-092-2020 y AL-003-2020.

Conforme al oficio SG-071-2020, que corresponde a transcripción del Acuerdo 050-2020, Artículo III-d) de la Sesión Ordinaria 006-2019 celebrada el 26 de marzo, oficio que suscribe la Secretaría General de la Junta Directiva de JAPDEVA, se lee lo siguiente:

“Por tanto

Para efectos de aclaración y de una mayor precisión técnica, se modifica el acuerdo No. 005-2020 para que se lea de la siguiente manera:

1. Que de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales N° 7407 el Estado y sus instituciones pueden otorgar concesiones o contratar la prestación de servicios menores o auxiliares, así como servicios públicos fundamentales con Sociedades Anónimas Laborales (Artículo 6 Ley N° 7407).

2. Que la Contraloría General de la República mediante oficio 20423 (DCA 4837) solicitó información adicional para continuar con el trámite sobre definición de actividades fundamentales y el marco de la Ley N° 7407 de Sociedades Anónimas Laborales y su Reglamento N° 26894.

3. La Ley N° 7407 de Sociedades Anónimas Laborales y su Reglamento No 26894 definen los servicios sujetos de ser contratados por Sociedades Anónimas Laborales en: a- Servicios Públicos Menores, Accesorios, Auxiliares o de Apoyo y; b- Servicios Públicos Fundamentales.

Servicios Públicos Fundamentales: todos aquellos que no sea posible encuadrarlos dentro del numeral 7° de la Ley y que pueden ser transferidos mientras no impliquen potestades de imperio o actos de autoridad. (Artículo 1.h) Decreto No 26894)

Servicios Públicos Menores, Accesorios, Auxiliares o de Apoyo: los comprendidos en el artículo 7° de la Ley, siempre que no constituyan el giro principal de la Institución u Órgano Público de que se trate. (Artículo 1.1) Decreto N° 26894)

4. Que las Gerencias de Desarrollo y Portuaria, así como el Departamento Legal realizaron los criterios técnicos correspondientes GD-001-2020, GD-065-2020, GP-010-2020, GP-092-2020 y AL 003-2020.

SE ACUERDA

1. De acuerdo con la Ley N° 7407 de Sociedades Anónimas Laborales y su Reglamento No 26894 se consideran Servicios Fundamentales y Auxiliares o Menores los siguientes:

A- Servicios Fundamentales

1. Servicios a la carga se tienen los servicios de estiba y desestiba; manipulación de la carga (grúas y transferencia -reach stacker, straddle Carrier, cabezales y montacargas-); almacenaje; supervisión y chequeo de mercancías.

2. Servicios a la nave se tienen: remolcaje, practicaaje, pilotaje, atraque y desatraque.

3. Mantenimiento de canales; incluye los servicios de dragado, poda, eliminación de vegetación, remoción de obstáculos acuáticos, reconformación de márgenes de cause y otros; y servicios habilitadores para el mantenimiento de canales.

4. Apoyo comunal; incluye servicios de accesibilidad, servicios de interés comunitario, servicios de intermediación para proyectos productivos; y desarrollo socioeconómico de áreas adyacentes a la zona portuaria.

B. Servicios Menores o Auxiliares

- a. *Servicios de aseo o limpieza.*
- b. *Servicios de vigilancia.*
- c. *Servicios de mantenimiento o de reparación de edificaciones, jardines, instalaciones.*
- d. *Servicios de mantenimiento y/o reparación de equipo mecánico, rodante y de oficina.*
- e. *Servicios de cómputo.*
- f. *Servicios profesionales de cobros judiciales, notariado, contabilidad, arquitectura, servicios técnicos, agrícolas, ingeniería y peritajes.*
- g. *Inspección, diseño y construcción de obras civiles.*
- h. *Servicios de formación y capacitación.*
- i. *Servicios y talleres dentales.*
- j. *Operación de maquinaria y equipo especializado, tanto para la operación portuaria como de la Administración de Desarrollo.*

2. Que son Actos de Autoridad Pública y por lo tanto no serán transferibles los siguientes: Autoridad Portuaria, Supervisor de Concesiones; Promotor del Desarrollo, Administración de Tierras y Canalización

a. Las prerrogativas de Autoridad Portuaria de: a. Soberanía y seguridad (Monitoreo -OPIP-, Port Control, Visita Oficial, Libre Plática y Zarpe); b. de control de la navegación (programación de las operaciones portuarias y uso del canal de acceso) y; c. de planificación (construcción de obras, coordinación de actividades de transporte)

b. Supervisor de Concesiones.

c. Promotor del Desarrollo.

d. Administración de Tierras y Canales”.

Conocida la información y acuerdos remitidos por parte de JAPDEVA, se procede atender la consulta puntual planteada en relación con el inciso c) del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales N° 7407, acerca de cuáles servicios se consideran auxiliares y cuáles consustanciales o fundamentales para efectos de poder proceder con la publicación respectiva que ordena el artículo 23 del Reglamento a la Ley de Sociedades Anónimas Laborales N° 2694-MTSS-PLAN.

II. Criterio de la División.

1. Sobre las sociedades anónimas laborales, los servicios públicos fundamentales y los servicios públicos menores, accesorios, auxiliares o de apoyo.

Por medio de figuras contractuales y nuevas formas de organización, se ha favorecido la participación privada en las actividades públicas, entre las cuales se reconoce a las organizaciones de trabajadores de carácter empresarial. La Ley de Sociedades Anónimas Laborales, No.7407, primero y posteriormente la Ley "Marco para la Transformación Institucional", No.7668, se inscriben en esa tendencia.

Respecto a la Ley No. 7407, la Procuraduría General de la República en su opinión jurídica número 074-J del 16 de mayo de 2020, señaló:

“...Por medio de esta ley se plantea la formación de sociedades comerciales con un régimen especial y dirigidas a lograr el traslado al sector privado de determinados servicios no esenciales, para lo cual se propicia que los servidores que resulten despedidos se organicen en la nueva sociedad y presten los servicios al Estado, en régimen contractual administrativo y no de relación de servicio. Estas sociedades están formadas por trabajadores, respecto de los cuales no se establecen condiciones especiales de acceso a la condición de socio. Por ello, los socios trabajadores pueden ser ex-empleados de la empresa privada, trabajadores comunes y corrientes o bien, ex-funcionarios públicos. La particularidad del régimen reside en la posibilidad de que estas organizaciones puedan establecer una relación de índole contractual administrativa con la Administración Pública. En efecto, a través de la contratación de las sociedades laborales, se posibilita que esos ex-servidores y, en general, personas despedidas, tengan opción de ejercer su trabajo. Se permite bajo esa modalidad que los trabajadores ejerciten su libertad de trabajo pero a través de una nueva organización: la sociedad anónima laboral”.

La Ley No. 7407, en su artículo uno define este tipo de sociedad señalando:

“Son sociedades anónimas laborales, para los efectos de esta Ley, las que cuenten con un capital social perteneciente, por lo menos en un cincuenta y uno por ciento (51%), a sus propios trabajadores, cuyos servicios se retribuyan, en forma directa y personal, con una relación laboral por tiempo indefinido, con las excepciones que indique el pacto social”.

Por su parte, el artículo 7 de la Ley No. 7407 establece las reglas bajo las cuales se regirán las sociedades anónimas laborales, establecidas con el propósito de prestar **servicios menores o auxiliares**, indicándose en el inciso a) una lista no taxativa, a la vez que se advierte que las mismas se consideran actividades auxiliares de apoyo o no consustanciales del servicio público o de la administración o institución, siempre que no constituyan el giro principal de ella.

En ese sentido, se está ante actividades de índole auxiliar de las actividades esenciales o substanciales a la Administración, sin existir en dicha Ley una definición de rango legal sobre "actividades o servicios esenciales o substanciales" de la Administración Pública; sin embargo en la Ley No. 7668, Ley "Marco para la Transformación Institucional", específicamente en su artículo uno se indica:

“Facúltase (sic) a los órganos del Estado, las instituciones públicas descentralizadas, autónomas y semiautónomas, las empresas públicas del Estado y las municipalidades para transferir, mediante actos de concesión o contratación administrativa de conformidad con la ley, la prestación de servicios y actividades auxiliares en favor de las siguientes organizaciones sociales: asociaciones de desarrollo comunal, cooperativas, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas laborales. / Esta transferencia no perjudicará el obligado control y la regulación de la actividad transferida, para proteger el interés público y el ejercicio de potestades de imperio y las atribuciones de la Administración, que son indelegables, imprescriptibles e irrenunciables. / Los superiores jerárquicos deberán definir cuáles actividades y servicios son auxiliares y cuáles, fundamentales para el quehacer institucional, de conformidad con el reglamento que se dictará para tal efecto. / En ningún caso, podrán transferirse los bienes de dominio público, en particular los referidos en el inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política. Tampoco podrá contratarse la prestación de servicios y actividades en los que el Estado y las instituciones ejerzan potestades de imperio o de naturaleza regulatoria, las cuales no podrán ser delegadas”.

Sobre el particular, el Decreto Ejecutivo No. 26893, Reglamento a la Ley Marco para la Transformación Institucional y Reformas a la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, dispone en su numeral uno:

“Todo proceso de transformación y modernización institucional deberá respetar los principios y normas mínimos establecidos en el artículo 3° de la Ley No 7668 de 9 de abril de 1997. Cuando producto de estos procesos se transfiera la prestación de servicios y actividades auxiliares, se deberán respetar además, los principios y normas señalados en el artículo 1° del referido cuerpo normativo”.

Se tiene así que se remite a las autoridades administrativas para que definan cuáles son esas “actividades o servicios esenciales o substanciales”, debiéndose no solo observar la limitación legal ya referida, sino también acudir a las normas reglamentarias de ambas leyes.

El Reglamento a la Ley No. 7407, Decreto No. 26894, define en su artículo 1, tanto el concepto de “*Servicios Públicos Fundamentales*” como de “*Servicios Públicos Menores, Accesorios, Auxiliares o de Apoyo*”, estableciéndose ambos conceptos de la siguiente manera:

*“ h) **Servicios Públicos Fundamentales:** todos aquellos que no sea posible encuadrarlos dentro del numeral 7° de la Ley y que pueden ser transferidos mientras no impliquen potestades de imperio o actos de autoridad.*

*i) **Servicios Públicos Menores, Accesorios, Auxiliares o de Apoyo:** los comprendidos en el artículo 7° de la Ley, siempre que no constituyan el giro principal de la Institución u Órgano Público de que se trate”.*

En relación con las normas señaladas, la Procuraduría General de la República, en su opinión jurídica número OJ-074-2002 del 16 de mayo de 2002, señaló:

“La constitución de estas sociedades laborales estaba dirigida a la prestación de servicios a la Administración. Los servicios que podían ser contratados por este mecanismo son los llamados por

el legislador como "menores" o "auxiliares", enumerados en el artículo 7 de la Ley N. 7407. Empero, con la Ley Marco de Transformación Institucional, 7668 de 9 de abril de 1997, si bien se mantiene el criterio de actividades auxiliares, se otorga discrecionalidad a la Administración para decidir cuáles actividades son auxiliares y cuáles fundamentales, a tal punto que podría afirmarse que el límite viene siendo el ejercicio de potestades de imperio, las cuales deben ser ejercidas directamente por la Administración y la opinión de la Contraloría General de la República. (...)"

Como observación final, respecto a lo indicado en el artículo 1 de la Ley No. 7668, norma que reconoce la facultad que se da "...a los órganos del Estado, las instituciones públicas descentralizadas, autónomas y semiautónomas, las empresas públicas del Estado y las municipalidades para transferir, mediante actos de concesión o contratación administrativa de conformidad con la ley, la prestación de servicios y actividades auxiliares en favor de las siguientes organizaciones sociales: (...) sociedades anónimas laborales"; ha de indicarse que de conformidad con el artículo 1 de la Ley No.3091, Ley Orgánica de JAPDEVA, se tiene que dicha Junta se crea como ente autónomo del Estado, con carácter de empresa de utilidad pública.

2. Sobre la consulta que se plantea a la Contraloría General de la República

En relación con las sociedades anónimas laborales y la consulta puntual que se plantea, al amparo del artículo 7 inciso c) de la Ley No. 7407, dicha norma debe ser observada en armonía con su reglamento, así como con la Ley No. 7868 y su reglamentación.

El artículo 7 de la Ley No. 7407 establece como una de las reglas a las cuales debe someterse este tipo de sociedades, la siguiente:

"c) Las Juntas Directivas de las instituciones descentralizadas, autónomas, semiautónomas y de las empresas públicas; los concejos municipales y los Ministros de Estado, deberán definir, previa consulta con la Contraloría General de la República, cuáles actividades o servicios son auxiliares y cuáles sustanciales o fundamentales del quehacer institucional".

En este sentido, es importante considerar que el artículo 22 del Reglamento a dicha Ley, Decreto Ejecutivo No. 26894, establece lo siguiente:

"Las Juntas Directivas de las instituciones descentralizadas, autónomas, semiautónomas y de las empresas públicas, los concejos municipales y los Ministros de Estado deberán definir, previa consulta con la Contraloría General de la República, cuáles actividades o servicios son auxiliares y cuáles consustanciales o fundamentales del quehacer institucional. /

*La Contraloría General de la República tomará en cuenta la anterior definición **para los efectos de determinar la conveniencia, oportunidad y legalidad** de contratar o transferir dichos servicios a las sociedades anónimas laborales". (Negrita y subrayado no corresponde al original).*

Sobre esta posibilidad de definición de actividades, la Ley No. 7668, en su artículo uno en lo que resulta de interés, establece:

“...Los superiores jerárquicos deberán definir cuáles actividades y servicios son auxiliares y cuáles, fundamentales para el quehacer institucional, de conformidad con el reglamento que se dictará para tal efecto”:

Se tiene así que, **le corresponde a la Administración interesada** en transferir la prestación de servicios y actividades fundamentales y auxiliares, a favor de sociedades anónimas laborales, el **definir dichos servicios y actividades, considerando para ello los límites que al efecto establecen las leyes 7407 y 7668, y sus reglamentos**, cuya lectura – tal y como se indicó - debe darse de manera armoniosa.

A partir de lo anterior, y ante la petitoria misma reconocida en el oficio PEL-585-2019, esta Contraloría General requirió a JAPDEVA el criterio legal y técnico que sustenta la definición que esa misma Administración hace respecto a las actividades señaladas; criterios que fueron aportados junto con el Acuerdo No. 050-2020, tomado por la Junta Directiva de JAPDEVA.

3. Sobre las actividades fundamentales y auxiliares definidas por JAPDEVA

Mediante oficio PEL-154-2020 del 03 de abril de 2020, suscrito por la señora Presidente Ejecutiva de JAPDEVA, se informó que el Consejo de Administración en su sesión ordinaria celebrada el pasado 26 de marzo del año en curso, adoptó el acuerdo No. 050-2020 con el fin de realizar una mayor precisión técnica en cuanto a la definición de servicios auxiliares y fundamentales, a la luz de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales.

Asimismo esa Administración ratifica en el oficio PEL-154-2020 que no se está - bajo ningún supuesto - , ante renuncia y/o transferencia de potestades públicas de imperio, de forma tal que las prerrogativas de: **i) Autoridad Portuaria, ii) Supervisor, iii) Promoción del Desarrollo y iv) Administración de Tierras y Canales, son y serán potestades que se mantienen bajo el control pleno y directo de parte de la Administración.**

Se informa además que los servicios auxiliares y los fundamentales se precisan tomando en consideración el criterio técnico de la Administración, proveniente de la Gerencia Portuaria y Gerencia de Desarrollo, específicamente se tienen referidos en el Acuerdo No. 050-2020 los oficios GD-001-2020, GD-065-2020, GP-010-2020, GP-092-2020 y AL-003-2020.

Así, para efectos de la consulta que JAPDEVA plantea ante este órgano contralor, define dicha Junta, de acuerdo con la Ley No. 7407 y su Reglamento No. 26894, lo siguiente:

I. Servicios fundamentales portuarios

I) SERVICIOS A LA CARGA: Servicios de estiba y desestiba; manipulación de la carga (grúas y transferencia -reach stacker, straddle Carrier, cabezales y montacargas-); almacenaje; supervisión y chequeo de mercancías.

Dichos servicios se describen como la operación y mantenimiento del equipo portuario terrestre empleado en el servicio de transferencia de carga del costado del buque al lugar de almacenaje y viceversa, así como el servicio de chequeo en forma parcial. En el servicio de transferencia de carga participan varios actores y requiere de una adecuada programación, coordinación y supervisión, por lo que la operación propia del equipo responde a una programación realizada con anterioridad y a las instrucciones giradas por parte del supervisor de JAPDEVA, quien actúa en el momento de la operación del buque como el representante de la Autoridad Portuaria.

La operación del equipo terrestre portuario involucrado en el servicio de transferencia de carga, inicia desde que la carga es descargada del barco y ubicada sobre la unidad de transporte para su movilización dentro de la zona portuaria y posterior salida del recinto portuario, para el ciclo de importación. En el ciclo de exportación, la operación iniciaría a la inversa.

Se indica que la operación del equipo terrestre, así como el servicio de cheque de las unidades de transporte que ingresan y salen del recinto portuario responden a una programación previa realizada por la Autoridad Portuaria en la atención de una nave específica, manteniéndose así la coordinación y control de la operación y servicio que se brinda, siendo esta una potestad pública no cedida. Dentro del servicio de manipulación de la carga pueden intervenir varios equipos a saber: Grúas, Reach Stacker, Straddle Carrier, Cabezales y Montacargas y los operadores de estos se estarían subcontratando conforme a demanda. No obstante, la instrucción de la carga a manipular y su ubicación, será en todo momento instruido por la Autoridad Portuaria, fungiendo el operador de equipo subcontratado de apoyo dentro del ciclo completo de transferencia de carga.

Se exponen en el oficio PEL-154-2020 que dichos servicios no ponen en riesgo la prestación del servicio público, por las siguientes razones:

- Los servicios de carga – descarga, estiba - desestiba, y manejo de mercancías, consisten en la movilización de la mercadería desde la plataforma del muelle hasta las bodegas del buque y viceversa, la cual se realiza básicamente por medio de la mano de obra directa y ocasionalmente con la ayuda de utensilios y equipos. En el caso de los servicios públicos de carga, descarga, estiba, desestiba y manejo de mercancías, se señala que estos operan bajo la figura de concesión desde el año 1985; siendo que JAPDEVA ha mantenido desde su inicio la supervisión y fiscalización del servicio para asegurar que este sea prestado de manera óptima y eficiente.

- Dependiendo del tipo de carga a manipular, varía el requerimiento del equipo portuario, ya sea Grúas Pórticas, Reach Stacker, Straddle Carriers, Cabezales y Montacargas. Señala que debido a que JAPDEVA históricamente no ha contado con la totalidad del equipo portuario para brindar el servicio de transferencia y manipulación de la carga en su totalidad, los clientes y usuarios del puerto participan en la operación de forma directa aportando equipo y personal

privado, supliendo así la demanda no cubierta por JAPDEVA. Advierte que JAPDEVA siempre mantiene la coordinación y supervisión de la operación y el servicio brindado, ya sea que este se brinde con equipo propio o privado. Así, se indica que la participación de un proveedor bajo la figura de SALES no pondría en riesgo el servicio público dado que ha sido una práctica a la que se ha tenido que acudir para cubrir la demanda insatisfecha, manteniendo JAPDEVA la coordinación y control.

- En relación con el servicio de almacenaje, se indica que las instalaciones portuarias tienen una capacidad limitada de almacenamiento, razón por la cual se han instalado en los alrededores del casco central de la ciudad de Limón, terminales satélites que sirven para cubrir la demanda insatisfecha para el almacenaje de carga; deviniendo una práctica instaurada que responde a una necesidad de los usuarios del puerto, la cual ha venido a contribuir en la mejora del servicio, sin que se prevea una afectación en el servicio público.

- Respecto al servicio de chequeo, se indica que consiste en la labor realizada por el personal destacado en los portones de entrada y salida para verificar que el ingreso y salida de las unidades de transporte a las terminales portuarias sean las autorizadas para la posterior aplicación del respectivo cobro. Se indica que para esta labor la Administración mantiene funcionarios propios, los cuales estarían siendo apoyados por personal subcontratado de acuerdo a la demanda operacional del servicio. Asimismo se señala que debido a la disminución de carga a partir de la entrada en operación de la TCM en febrero del 2019, no se justifica tener todo el personal en planta por lo que en casos de mayor demanda la contratación de personal adicional no pondría en riesgo el servicio público sino que apoyaría en los picos de mayor demanda.

II) SERVICIOS A LA NAVE. Servicios a la nave, la operación y mantenimiento del equipo portuario marino empleado en el servicio de atención a la nave.

Se indica que la operación propia del equipo marino –remolcador y lancha piloto- responde directamente a una programación realizada por la Autoridad Portuaria y las instrucciones que en todo momento son giradas por su representante. Se indica que en el servicio a la nave intervienen dos equipos específicamente: • Una lancha que se encarga de movilizar el práctico o piloto al barco, y dado que JAPDEVA cuenta con el equipo se estaría subcontratando al operador de la lancha o lanchero para realizar esta actividad; y • El remolcador marino, el cual interviene realizando la acción de empuje del barco al costado del muelle, por lo que de igual manera se estaría subcontratando los operarios del remolcador.

Se señala que los operarios de ambos equipos, reciben instrucciones directas de la Autoridad Portuaria al momento de atracar o desatracar un barco, por lo que el control y coordinación permanece siempre como potestad no cedida bajo la Autoridad Portuaria.

Una vez que el barco esté atracado al costado del muelle, se activa otro servicio que es el de amarre y desamarre de los cabos del barco a las bitas del puerto para asegurar que este no se desplace; siendo que nuevamente, la acción de amarrar y desamarrar es una actividad que

requiere de la participación de una cuadrilla de personas por un periodo de tiempo bastante corto y que son direccionados por un representante de la Autoridad Portuaria. Así, todo el ciclo de servicio a la nave pueda tardar en promedio una hora donde se realizan las actividades anteriormente descritas, las cuales responden a una programación previamente establecida por la Autoridad Portuaria y a las instrucciones giradas por ésta. Es por esta razón que técnicamente se concluye, que el personal requerido para la operación de los equipos marinos, así como las cuadrillas encargadas de amarrar y desamarrar, pueden apoyar el servicio de forma subcontratada

Se exponen en el oficio PEL-154-2020 que dichos servicios no ponen en riesgo la prestación del servicio público, al tratarse de un servicio muy específico para la atención a las naves, con un tiempo de servicio promedio de una hora para el atraque y una hora para maniobras de desatraque de las naves, por lo que en la mayoría del tiempo el personal se encuentra “stand by” y no se justifica la necesidad de tener el personal permanente, por la disminución en la demanda experimentada.

Se advierte que la Administración mantendría funcionarios destacados para efectos del control de la calidad del servicio y la atención oportuna; funcionarios que realizarían labores técnicas de supervisión y brindarían soporte a la programación y ejecución del servicio solicitado, contratándose el personal operativo requerido para la operación de los equipos marinos (remolcador, lanchas) y de apoyo a las maniobras de atraque y desatraque, así como los servicios profesionales de piloto de requerirlo.

II. Servicios fundamentales de desarrollo.

Se indica que el apoyo que brinda Japdeva es como parte de la generación de valor público en la Vertiente Atlántica a partir de los impactos que como Autoridad Portuaria y Operador de Terminales Portuarias la Ley le ordena a Japdeva ejecutar. Así, el impacto de dichas actividad le implica a Japdeva, por medio de su Gerencia de Desarrollo, propiciar que la comunidad genere condiciones justas y necesarias para desarrollarse y/o participar como un actor más de la “comunidad portuaria”.

La generación de servicios de accesibilidad y provisión de servicios de interés, permite que la Vertiente Atlántica se integre plenamente a la red logística de servicios necesaria de la comunidad. Con ello, las personas mejoran su calidad de vida por facilidades de traslado (carreteras); pueden aprovechar para posicionar sus productos (productores de la zona de Talamanca por ejemplo); ofrecer servicios a otros trabajadores (alimentación, hospedaje).

Se señalan como servicios fundamentales relacionados con la administración de desarrollo, los siguientes:

i) Mantenimiento de canales.

- a. Dragado: actividad realizada con maquinaria especializada para eliminar la sedimentación que se da por causas naturales y antrópicas. Esto dado a que la sedimentación puede dificultar o impedir la navegación en canales y confluencias.
- b. Poda: actividad de cortar o eliminar ramas de la vegetación presente en los márgenes de los canales. Esto con el fin de evitar que las ramas obstaculicen el libre tránsito de las embarcaciones.
- c. Eliminación de vegetación: actividad de eliminar vegetación que puede crecer en los canales dificultando la libre navegación de las embarcaciones.
- d. Remoción de obstáculos acuáticos: actividad realizada para remover obstáculos como troncos, ramas y otros que pueden estar presente en los canales naturales o antrópicas.
- e. Reconformación de márgenes de cause y otros: actividad realizada para reconformar cauces debido a razones de sedimentación o condiciones geomorfológicas del cauce.
- f. Servicios habilitadores para el mantenimiento de canales: esto incluye la habilitación de andenes y obras similares para permitir la operación de equipo especializado.

ii) Apoyo comunal.

- a. Servicios de accesibilidad: entendidos como aquellos que permitan mayor integración en la región, mejora de comunicación, así como acceso a diferentes recursos y servicios públicos.
- b. Servicios de interés comunitario: servicios de asistencia técnica y otros que se prestan a las comunidades de la Vertiente Atlántica con el fin de promover su desarrollo.
- c. Servicios de intermediación para proyectos productivos: tomando en consideración el rol de articulador del desarrollo, estos servicios serán de articulación e intermediación para personas físicas como jurídicas de la Vertiente Atlántica con el fin de potenciar actividades y encadenamientos productivos.
- d. Desarrollo socio-económico de áreas adyacentes a la zona portuaria.

III. SERVICIOS MENORES

Se definen como tales los siguientes:

- a. Servicios de aseo o limpieza.

- b. Servicios de vigilancia.
- c. Servicios de mantenimiento o de reparación de edificaciones, jardines, instalaciones.
- d. Servicios de mantenimiento y/o reparación de equipo mecánico, rodante y de oficina.
- e. Servicios de cómputo.
- f. Servicios profesionales de cobros judiciales, notariado, contabilidad, arquitectura, servicios técnicos, agrícolas, ingeniería y peritajes.
- g. Inspección, diseño y construcción de obras civiles.
- h. Servicios de formación y capacitación.
- i. Operación de maquinaria y equipo especializado, tanto para la operación portuaria como de la Administración de Desarrollo.
- j. Servicios y talleres dentales

Respecto a este último inciso, se indica que los servicios y talleres dentales se encuentran contemplados en el artículo 130 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, específicamente en los incisos b) y c) del mismo, los cuales señalan lo siguiente:

“(...) “b) Ampliará esta cobertura con la prestación de Servicios Odontológicos, en el entendido que los trabajadores-as que utilicen estos servicios deberán de cubrir el costo de los materiales utilizados en el tratamiento respectivo, no suministrado por la Caja Costarricense de Seguro Social. Los que tendrán prioridad sobre los familiares directos. / c) JAPDEVA suscribirá un Convenio con la Caja Costarricense de Seguro Social, Ministerio de Salud y otras instituciones para la prestación de Servicio Odontológico, sujeto a las leyes y reglamentos de esas Instituciones”.

Se indica que dicho artículo en su párrafo final señala que: “JAPDEVA dotará de espacio físico en la zona portuaria y equipo necesario para el servicio de Odontología”, por lo que siendo un acuerdo vigente, se indica que este servicio se incluyó como parte de los servicios menores habiendo la institución realizado una inversión considerable en infraestructura y equipos para brindar este servicio, por lo que se considera la posibilidad de continuar brindándolo bajo la figura de tercerización, a la vez que se advierte que si eventualmente esto cambiase en negociaciones posteriores, se procedería según se modifique las condiciones.

Se tiene así que, la Administración ha establecido distintos parámetros y dimensión de participación acerca de los servicios que ella misma ha definido como fundamentales o auxiliares, que pudiesen ser contratados a sociedades anónimas laborales.

Tratándose de la participación asignada a esta Contraloría General por la vía del artículo 7 inciso c) de la Ley No. 7407, en concordancia con lo establecido en el numeral 22 del reglamento a dicha Ley, se tiene que corresponde a este órgano contralor – tomando en cuenta la definición hecha por parte de la Administración – de determinar la conveniencia, oportunidad y legalidad de contratar o transferir dichos servicios a las sociedades anónimas laborales; siendo relevante en este punto señalar que esta Contraloría General asume el rol asignado en el entendido que es la Administración – en este caso JAPDEVA- la que pondera la conveniencia de acudir a una figura como esta: contratación de sociedades anónimas, en tanto pretendido de otra manera, sea que la Contraloría General determine la conveniencia, se estaría incurriendo en una coadministración que va más allá de las competencias legales concedidas.

De la misma manera, tratándose de la oportunidad de acudir a dicha figura, se reconoce que el empleo de la misma es viable conforme a lo regulado por las leyes pre citadas y sus reglamentaciones, siendo que es la Administración la llamada a valorar si acude o no a ella y así se consigna en el artículo 1 párrafo primero de la Ley No. 7668, al disponer que se faculta

“...a los órganos del Estado, las instituciones públicas descentralizadas, autónomas y semiautónomas, las empresas públicas del Estado y las municipalidades para transferir, mediante actos de concesión o contratación administrativa de conformidad con la ley, la prestación de servicios y actividades auxiliares en favor de las siguientes organizaciones sociales: asociaciones de desarrollo comunal, cooperativas, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas laborales”.

Esta Contraloría General – ante la consulta planteada – y de frente a lo señalado en las explicaciones y criterios rendidos vía oficios GD-001-2020, GD-065-2020, GP-010-2020, GP-092-2020 y AL-003-2020, así como el Acuerdo No. 050-2020 del Consejo de Administración de JAPDEVA, respecto a los servicios o actividades fundamentales portuarios (servicios a la carga y a la nave), fundamentales de desarrollo (mantenimiento de canales y apoyo comunal), así como servicios auxiliares, definidos por la Administración y no por esta Contraloría General, devienen actividades o servicios posibles a contratar en tanto el actuar de la Administración se encuentre en todo momento enmarcado por:

i) Un ajuste al ordenamiento jurídico que regula la materia, teniéndose como límite en las actividades a contratar la no renuncia o traslado del ejercicio de potestades de imperio o de naturaleza regulatoria, las cuales deben ser ejercidas directamente por la Administración, sin que se permita tampoco transferirse los bienes de dominio público.

ii) La transferencia de prestación de servicios y actividades auxiliares no perjudicará el obligado control y la regulación de la actividad transferida, para proteger el interés público y el ejercicio de potestades de imperio y las atribuciones de la Administración, que son indelegables, imprescriptibles e irrenunciables.

iii) La transferencia de prestación de servicios y actividades auxiliares se permite siempre que conduzca a mejorar la calidad del servicio y se respeten los principios y normas establecidos al efecto.

iv) La razonabilidad y continuidad del servicio, así como su viabilidad y estrategia en el largo plazo, de forma tal que dicha terciarización no ponga en riesgo esto.

iv) La participación de JAPDEVA en este tipo de sociedad sea conforme a los límites que la Ley No. 7407, artículo 6 dicta al respecto y cuya inversión sea estratégica al recibir una funcionalidad previamente determinada.

v) El límite en la contratación de una sociedad anónima laboral en actividades auxiliares o sustanciales, en que la prestación de servicios representen más del veinte por ciento (20%) del total del presupuesto anual de egresos de la institución.

vi) Tratándose de contrataciones o convenios vigentes relacionados con las actividades definidas, como resulta por el ejemplo (pero no limitado a este) la mención al artículo 130 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, incisos b) y c) respecto a posibles convenios que existan con la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Salud y otras instituciones para la prestación de Servicio Odontológico, deberá el proceder de JAPDEVA – de cara a la contratación que de dichas actividades o servicios sea viable celebrar con una sociedad anónima - ser conforme a derecho.

Se atiende la presente consulta, resaltándose que – conforme al artículo 8 del Decreto No. 26893-MTSS-PLAN, el jerarca de JAPDEVA será el responsables de prever y establecer los mecanismos de inspección y vigilancia necesarios para el obligado control, regulación y evaluación de la prestación de los servicios y las actividades auxiliares que se transfieran; siendo que los contratos que se suscriban para tales propósitos, deberán cumplir en lo que sea aplicable, con los requisitos de contratación establecidos en el Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales y deberán contener la obligación de las organizaciones sociales contratantes, de brindar toda la información que se les requiera para comprobar la debida ejecución de los servicios y de las actividades transferidas.

Finalmente no se omite señalar que en cuanto a la referencia hecha en su oficio acerca de la Ley No.9764, conforme a lo establecido en sus artículos 1 y 2, a saber: Que JAPDEVA deberá implementar su reorganización administrativa, financiera y operativa para asegurar su equilibrio financiero, su sostenibilidad y el cumplimiento de sus objetivos; y que en virtud de esa Ley, JAPDEVA queda facultada para determinar la estructura administrativa y operativa adecuada para su correcto funcionamiento, así como realizar los estudios técnicos y las acciones necesarias para mantener únicamente las personas trabajadoras que requiera para garantizar la continuidad de la institución y el equilibrio financiero, en el corto y largo plazos, devienen aspectos

17

del exclusivo resorte de esa Junta, sin que el conocimiento y atención de esta consulta, pudiese considerarse de alcances distintos a los señalados.

De esa forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Carolina Cubero Fernández
Fiscalizadora

CCF/AUR/apus
Ci Archivo Central
NI: 32341, 33541 (2019), 1305, 1306, 2294, 2295, 9652 (2020)
G: 2019004434-2
Expediente: CGR-CO-2019007900

