

**Al contestar refiérase
al oficio No. 09806**

28 de agosto de 2017
DCA-1849

Señores
Miembros del Comité
CEN CINAI DE SAN MARTÍN DE PEJIBAYE DE PÉREZ ZELEDÓN

Estimados señores:

Asunto: Se devuelve sin trámite alguno, gestión donde se solicita la intervención de esta Contraloría General para poder elegir a los proveedores para el suministro de alimentos, por parte del Comité CEN-CINAI de San Martín de Pejibaye de Pérez Zeledón, por problemas presentados con el Consejo Nacional de Producción (CNP).

Nos referimos a nota sin número, fechada 18 de mayo de 2017, recibido en esta Contraloría General el 16 de junio del presente año, mediante la cual se solicita lo indicado en el asunto.

I. Antecedentes y justificación

1. Que los miembros de ese Comité ponen en conocimiento de este órgano contralor su inconformidad con la situación que están teniendo actualmente con el Consejo Nacional de Producción, ya que se les han presentado diversas situaciones, entre las que se encuentran: entrega de pedidos incompletos, sin reposición de faltantes; entrega de productos que no corresponden con los solicitados, argumentando que no se encuentran disponibles; alimentos de la mala calidad y en mal estado; entrega de productos, por parte de los proveedores cualquier día, afectando el cumplimiento de lo dispuesto en el menú; entrega de los productos en horas que afectan el servicio al cliente; y productos con precios más altos que los del mercado.
2. Que lo anterior ocasiona que no se pueda cumplir con el menú establecido previamente y no se pueda dar la adecuada atención a la población de bajos recursos y vulnerable que acude a los Centros de Educación y Nutrición y Centros Infantiles de Atención Integral, entre las que se encuentran madres gestantes y lactantes, niños y niñas menores de siete años y en algunos casos escolares, quienes al final son los que resultan afectados con esta situación.
3. Que por las razones anteriormente brindadas solicitan la intervención de la Contraloría General para poder elegir a los proveedores que den mejores resultados y realizar la respectiva licitación, para mejorar el estado nutricional de la población atendida.

II. Criterio de la División

Tomando en consideración el objeto de la gestión, en la que se pretende que esta División autorice al Comité, apartarse de la obligación de contratar los alimentos con el Consejo Nacional de Producción (CNP) para la realización de un procedimiento ordinario, se torna de especial relevancia señalar lo dispuesto por este Despacho en el oficio No. 09595 (DCA-1804) del veintitrés de agosto de dos mil diecisiete, en el que se indica lo siguiente:

“a) Sobre la obligatoriedad de contratar directamente con el Consejo Nacional de la Producción. / Sobre el tema, se tiene que en el oficio No. 17195 (DCA-3193) del 21 de diciembre del 2016, este órgano contralor se ha referido a la obligatoriedad de contratar directamente con el CNP, de conformidad con lo establecido en la Ley No. 2035, denominada “Ley orgánica del Consejo Nacional de Producción” (LOCNP), en cuyo artículo 9, se dispone que: / **“Los entes públicos están obligados a proveerse del Consejo Nacional de Producción (CNP) todo tipo de suministros genéricos propios del tráfico de esta Institución, a los precios establecidos.** Para tal efecto, dichos entes quedan facultados para que contraten esos suministros directamente con el CNP, el cual no podrá delegar ni ceder, en forma alguna, esta función./ **En cumplimiento de esta labor, el CNP deberá fungir, con carácter de prioridad, como facilitador en el acceso a este mercado, por parte de los micro, pequeños y medianos productores agropecuarios, agroindustriales, pesqueros y acuícolas de Costa Rica.**/ El CNP podrá contratar con otro tipo de proveedor o proveedores, cuando se carezca de oferta por parte del micro, pequeño y/o mediano productor nacional, o se presente desabastecimiento en el ámbito nacional, a fin de resguardar el mercado, garantizando el servicio al cliente, mientras el CNP, con sus propios recursos, promueve, impulsa, desarrolla o gestiona y habilita los programas dirigidos a los proveedores prioritarios, señalados en el párrafo anterior de este artículo, como obligación expresa del CNP de apoyar, en el ámbito nacional, a este tipo de productores para incorporarlos a los procesos que desarrolla./ Se autoriza al CNP para que en los suministros que ofrezca a la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias (CNE), incorpore otros productos industriales no alimenticios, pero que son necesarios para completar el abastecimiento mínimo que requiere y demanda la CNE./ Se entienden como suministros genéricos propios del tráfico ordinario del CNP, los devenidos de la producción e industrialización de productos agropecuarios, pesqueros y acuícolas. (Así reformado por el artículo 1° aparte a) de la Ley N° 8700 del 17 de diciembre de 2008)” (El destacado no corresponde al original). / Sobre dicha disposición normativa, este órgano contralor en el oficio No. 06571 (DAGJ-959-2002) de fecha 05 de junio del 2002, también indicó: / **“Ahora bien, en el caso particular se tiene que la contratación directa, no facultativa sino obligada, que ordena el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Producción es válida** –desde la perspectiva constitucional y de la legal- en tanto cumpla esa función de una mejor satisfacción del interés general, al garantizar la eficiencia y continuidad del servicio público, o en palabras de la propia Sala Constitucional, en razón de que “el Consejo Nacional de Producción no es un ente cuya actividad persiga fines de lucro, y por el contrario esta institución persigue únicamente fines públicos, tendientes a lograr el interés general.”/ **A contrario sensu, cuando en la aplicación de la citada norma, lejos de satisfacerse el interés general, se amenaza seriamente la continuidad y eficiencia del servicio que brindan las otras entidades cocontratantes del CNP es factible recurrir a otros medios legales de contratación que hagan retornar las cosas a su estado de normalidad, es decir pueden recurrir a un procedimiento concursal ordinario con el fin de que el servicio público no se paralice y de esa forma se satisfaga el interés general.** /Esta División entiende que la contratación directa obligatoria establecida en el citado artículo 9 de la Ley Orgánica del CNP, tiene sustento en

la justa distribución de la riqueza contemplada en el numeral del artículo 50 de la Constitución Política, pero también tiene claro que su aplicación práctica no puede ir en detrimento de los demás servicios públicos que se ven involucrados. **En otros términos la norma es clara, vinculante y tiene un fin constitucional y por lo tanto debe aplicarse, pero si por un inadecuada ejecución por parte del CNP se altera la armonía social, los demás entes públicos deben buscar soluciones alternativas, a través de los principios que el informan sus actuaciones y por los mecanismos legales que igualmente buscan la satisfacción del interés público.**” (El destacado no corresponde al original). / A partir de los criterios externados y citados anteriormente, se evidencia que la disposición normativa contenida en el artículo 9 de la Ley Orgánica del CNP, resulta ser de aplicación obligatoria para todas las instituciones públicas, lo cual incluye para el caso concreto también a los Comités CEN CINAI. / No obstante lo anterior, la regla puede verse excepcionada en los supuestos en que el CNP no pueda dar cumplimiento al mandato legal antes mencionado y de esta manera la Administración pueda recurrir a los procedimientos ordinarios de compras que dispone el ordenamiento en materia de contratación administrativa, para satisfacer estas necesidades. / Aquí es importante destacar que, independientemente de la circunstancia que origine la imposibilidad del CNP para cumplir con la contratación, necesariamente la Administración contratante deberá acreditar y documentar las circunstancias en cada caso particular, a efectos de justificar la no observancia de la obligación contenida en el artículo 9 de cita. / Ahora bien, también se puede dar el caso en que los procedimientos ordinarios que establece la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, no resultan convenientes para satisfacer el interés público perseguido y es aquí donde precisamente el legislador previó el desarrollo de una serie de causales a partir de las cuales se habilita a la Administración utilizar un procedimiento de excepción, en procura de satisfacer el interés público de la mejor manera posible. / Dichos causales se encuentran reguladas el numeral 2 bis inciso c) de Ley de Contratación Administrativa, 146 y 147 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y de acuerdo a lo establecido resulta posible que esta Contraloría General autorice una contratación directa cuando existan razones suficientes para considerar que éste constituye el mejor medio para la debida y oportuna satisfacción del interés público. En estos casos, la Contraloría General debe hacer un análisis de las condiciones y razonamientos que la Administración señala, a efectos de determinar la existencia de motivos suficientes que justifiquen obviar los procedimientos contractuales ordinarios y determinar que la promoción de un procedimiento de excepción es la mejor vía para la satisfacción del interés público. / **b) Sobre la tramitación ante este órgano contralor, de la solicitud de contratación directa para satisfacer la compra de alimentos.** / Recientemente esta Contraloría General, mediante oficio No. 04101 (DCA-0766) del 5 de abril del presente año 2017 (del cual se adjunta copia), conoció y resolvió gestión presentada por el Ministerio de Salud en coordinación con la Dirección Nacional de CEN-CINAI, tendiente a obtener la autorización de este órgano contralor para que varios Comités de CEN-CINAI detallados en el oficio, pudieran promover un procedimiento de contratación directa concursada para la adquisición de alimentos en aquellos casos en que el CNP manifestó expresamente que no podía abastecer la demanda, autorización que se otorgó en los términos expuestos en dicho oficio. / En dicho oficio se indicó en lo que interesa para este trámite: / “En esta oportunidad, la Dirección Nacional de CEN-CINAI ejerciendo como coordinador¹ y actuando como intermediario de los Comités de CEN-CINAI, en nombre de estos plantea ante este órgano contralor la autorización para que se realicen procedimientos de contratación directa

¹ De conformidad con lo dispuestos en el artículo 13 de la Ley No. 8809 se establece que los Comités de CEN-CINAI fungirán como órganos de apoyo para la ejecución de las actividades de la Dirección Nacional de CEN-Cinai, que a su vez es un órgano de desconcentración mínima adscrita al Ministerio de Salud. De lo cual, se desprende que sobre esta Dirección Nacional pesa una obligación de rectoría y coordinación con respecto a la labor de los Comités.

concurada con el fin de abastecerse de los alimentos necesarios para prestar sus servicios. Para ello, manifiestan que si bien en principio, existe una obligación de contratar dichos suministros por medio del CNP, en este caso existe una manifestación expresa de la institución en la que reconoce no poder abastecer la demanda en algunos de los Comités. / De ahí, que en la actualidad no es posible obtener los alimentos a través del CNP, siendo necesario proceder a acudir a un mecanismo distinto para garantizar que los alimentos puedan ser obtenidos de forma oportuna para que sean suministrados a los usuarios en cada uno de los establecimientos para los que el CNP a determinado que no le resulta posible abastecer la demanda. (...). / Adicionalmente, debe considerarse que más allá del tiempo que lleva promover un procedimiento ordinario, en muchos de los casos se trata de zonas lejanas o de difícil acceso, en las que además se cuenta con una cantidad limitada de proveedores dispuestos a cumplir con el objeto contractual, por lo que los procedimientos ordinarios en este caso, lejos de representar una garantía para la satisfacción del interés público, podrían ir en detrimento de una satisfacción oportuna de las necesidades administrativas, poniendo el riesgo el cumplimiento del objetivo final que persigue la contratación. / Es por lo anterior, que la Dirección Nacional, de manera coordinada con cada Comité de CEN-CINAI y de acuerdo a la manifestación del CNP, adjunta la lista de establecimientos para los cuales se requiere la autorización para la promoción de contrataciones directas concursadas para la compra de alimentos, en el tanto la demanda no puede ser atendida por parte del CNP. Este listado se encuentra en los puntos 7 y 8 del apartado "I. Antecedentes y justificación" del presente oficio. (...)" / En el caso de cita, la solicitud fue gestionada a través de la Dirección Nacional de CEN CINAI, en su papel de instancia coordinadora en el Ministerio, de los órganos desconcentrados que son precisamente los Comités de CEN CINAI. En ese ejercicio, la Dirección articula los requerimientos y verifica las circunstancias de cada comité precisamente para verificar el cumplimiento de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción en primera instancia, así como los supuestos en que exista imposibilidad de atender la demanda de estos centros puntualmente. / Por las razones expuestas, es que la presente solicitud se devuelve sin trámite alguno, hasta tanto no se acredite en el caso concreto que se ha dado esa necesaria coordinación con la Dirección Nacional de CEN CINAI y exista una manifestación expresa por parte del CNP, relativa a que no pueda dar abastecimiento a cada Comité particular."

De conformidad con el criterio anteriormente expuesto, se devuelve la presente solicitud sin trámite alguno, hasta tanto no se acredite que se ha dado la necesaria coordinación con la Dirección Nacional de CEN CINAI y que existe una manifestación expresa por parte del CNP, relativa a que no pueda dar abastecimiento a cada Comité en particular.

Atentamente,

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Andrés Sancho Simoneau
Fiscalizador

Rosaura Garro Vargas
Fiscalizadora Asociada