

Al contestar refiérase
al oficio N° **16434**

21 de diciembre, 2017
DCA-3583

Señora
Yessenia Jiménez Acosta
Directora
ESCUELA MANUEL ANTONIO BUSTAMANTE VARGAS

Estimada señora:

Asunto: Se deniega a la Junta de Educación de la Escuela Manuel Antonio Bustamante Vargas, autorización para llevar a cabo un procedimiento de Contratación Directa para la compra de los alimentos con un proveedor distinto al Consejo Nacional de Producción (CNP), para suplir el comedor estudiantil en el periodo 2018.

Nos referimos a su oficio sin número, de fecha 7 de diciembre de 2017, recibido en esta Contraloría General el mismo día, por medio del cual solicita a este órgano contralor la autorización descrita en el asunto.

I.-Antecedentes y justificación de la solicitud.

La Junta de cita expone como razones para plantear su solicitud, las siguientes:

1. Ubicación geográfica de difícil acceso.
2. Baja matrícula.
3. Falta de refrigeradora para guardar alimentos.
4. Falta de espacios para almacenamiento de víveres en exceso.

II.-Criterio de la División.

Considera oportuno esta División, referirse a varios temas de importancia, los cuales deben ser considerados como el marco jurídico referencial que debe contemplarse en relación con la gestión que realizan las Juntas de Educación o Administrativas del país -en adelante denominadas Juntas-, especialmente en lo concerniente al abastecimiento de alimentos necesarios para ser servidos en los comedores escolares.

Sobre el particular, en el oficio 03153 (DCA-0493) del 27 de febrero de 2015, este Despacho indicó en lo de interés, lo siguiente:

"(...)a) Sobre la adquisición de alimentos y el artículo 9 de la Ley Orgánica de Consejo Nacional de Producción, CNP (Ley No. 2035).

Ha sido criterio reiterado de este órgano contralor, la obligación para las instituciones del Estado respecto a la observancia de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción (Ley No. 2035), el cual específicamente establece:

"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".

De acuerdo a este precepto, es claro, en primer término, que los entes públicos se encuentran en la obligación de realizar las compras de los bienes que distribuye el Consejo Nacional de la Producción (CNP) mediante una compra directa, lo cual por supuesto, resulta aplicable también a las Juntas de Educación y Juntas Administrativas del MEP.

En relación con la aplicación de la norma anterior, este órgano contralor mediante el oficio No. 06571 (DAGJ-959-2002) de fecha 5 de junio 2002, se ha referido al tema, señalando lo siguiente:

"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”.

Aunado a ello, en el oficio número 12868 (DCA-2862) del 28 de noviembre de 2012, este órgano contralor indicó:

“... las Juntas de Educación y Administrativas, deben acudir al Concejo Nacional de Producción para comprar de forma directa suministros genéricos propios del tráfico de esta Institución. No obstante, si ello no resulta la forma adecuada e idónea de satisfacer la necesidad de la Administración –lo cual debe quedar acreditado-, las Juntas pueden recurrir a los procedimientos de contratación administrativa establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento para lograr satisfacer su necesidad y dar el servicio continuo de comedor”. (...)”

De lo expuesto en los pronunciamientos anteriores, resulta conveniente indicar que si una Junta de Educación o Administrativa acredita que acudir al CNP no resulta la forma idónea de satisfacer su necesidad de compra de alimentos para los comedores escolares, puede acudir a los procedimientos de contratación administrativa establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

i) Sobre la solicitud de autorización planteada por Escuela Manuel Antonio Bustamante Vargas.

Tal y como se indicó en el apartado anterior, todas las entidades estatales, en principio, deben adquirir sus alimentos con el CNP, sin embargo, el Ministerio de Educación Pública ha promovido con anterioridad, en coordinación con el CNP y las Juntas de Educación así como las Administrativas, autorizaciones masivas para alcanzar el objeto contractual como el aquí propuesto. Este hecho puede constatarse a partir del oficio No. 13728 (DCA-3183) del 11 de diciembre del 2013, donde esta Contraloría General otorgó autorizaciones para celebrar procedimientos de contratación directa concursada para la adquisición de alimentos para los comedores escolares, a las Juntas de Administración y Educativas respecto de las cuales el CNP no podía proveerles de dichos insumos. En relación con el tema, en este oficio No. 13728 (DCA-3183), se precisó:

“Al respecto es necesario señalar que la Constitución Política, particularmente el artículo 182 estableció un régimen para regular la actividad contractual del Estado, siendo uno de sus componentes principales el hecho que las contrataciones públicas deben basarse en procedimientos concursales ordinarios. / No obstante que dichos procedimientos son la regla (Voto 998-98 de la Sala Constitucional), hay excepciones en las que el interés público no se ve satisfecho mediante concurso, razón por la cual la Ley de Contratación Administrativa ha establecido una serie de causales por medio de las cuales se faculta a la Administración a contratar en forma directa. / Dentro de dichos supuestos se encuentra el dispuesto en el artículo 2 bis inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), que establece la posibilidad que este órgano contralor otorgue una autorización para contratar en forma directa, cuando se acrediten suficientes razones para considerar que esa modalidad es la forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general, o evitar daños o lesiones a los intereses públicos. / De allí que para la presente gestión, la Contraloría General hará un análisis de las condiciones y razonamientos que la Administración señala, a efectos de determinar la existencia de motivos que justifiquen que, obviar los procedimientos concursales ordinarios, constituya la mejor vía para la satisfacción del interés público.”

En el mismo sentido, se cita el oficio número 12252 (DCA-2974) del 13 de noviembre de 2014, emitido por esta Contraloría General en atención al oficio número DM-1324-09-2014 del 4 de setiembre de 2014, remitido por el MEP en coordinación con las Juntas y el CNP, dentro del cual se aportó un listado de centros educativos que no serían provistos de alimentos en el curso lectivo 2015 por el Consejo Nacional de Producción (CNP), en el cual, se indica que esta última entidad manifestó:

“Sobre los comedores escolares no incluidos en el listado aportado por mi representada, corresponderá ser atendidos mediante la figura operativa propuesta por la misma Contraloría General de la República con oficio DCA-3183 (13728) de fecha 11 de diciembre del 2013, es decir autorizarlas a realizar procedimientos de contratación directa concursada para adquisición de alimentos; esto por cuanto el CNP de momento no tendría capacidad de atender más allá de lo propuesto en el oficio de cita. No obstante, esa situación sería única y exclusivamente para el ciclo lectivo del 2015, para el 2016 las proyecciones y estrategia de comercialización institucional es registrar un incremento pronunciado en la atención de comedores escolares, por lo que su momento estaremos compartiendo nuestra propuesta”.
Oficio GG#1072-2014 del 13 de octubre de 2014.

Consideraciones que fueron complementadas en su momento con el oficio GG#1141-2014 del 30 de octubre de 2014, donde el CNP indicó:

“(...) revisado el listado de centros educativos inserto en el punto anterior del oficio del Ministerio de Educación Pública DM 1438-09-2014 de fecha veintinueve de setiembre de dos mil catorce, (...) con excepción de los centros educativos que seguidamente se detallan, se manifiesta que efectivamente esta Institución no estará provisionando de productos alimenticios en el año lectivo del 2015 a los centros educativos enlistados en el oficio DM-1438-09-2014; esta situación por asuntos de oportunidad y conveniencia institucional, en tanto, a lo interno definimos la estrategia operativa y administrativa supeditada a las mejoras de la capacidad logística para aumentar la cobertura de suplencia de comedores a partir del año 2016”.

De lo que viene dicho, resulta de interés señalar que mediante los oficios N° 13728 (DCA-3183) del 11 de diciembre del 2013, el oficio N° 12252 (DCA-2974) del 13 de noviembre de 2014, así como el oficio N° 17195 (DCA-3193) del 21 de diciembre del 2016, esta Contraloría General ha otorgado autorizaciones para que una serie de centros educativos, que no fueron seleccionados por el CNP en los respectivos períodos indicados, pudieran realizar procedimientos de contratación directa concursada para adquisición de alimentos para ser preparados dentro de los comedores estudiantiles beneficiarios del Programa de Alimentos y Nutrición, bajo la modalidad de entrega según demanda - de cuantía inestimable -.

De igual modo, se resalta que también en dichos oficios se han denegado autorizaciones para otros centros educativos a los que el Consejo Nacional de la Producción (CNP) confirmó en su momento, que les proveerá los suministros de alimentos en los períodos ahí descritos; según lo dispuesto por el ordinal 9 de la Ley No.2035 Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, por lo que no procedía otorgar a dichos centros la autorización de contratación directa concursada por parte de esta Contraloría General.

En ese sentido, es claro que el Ministerio de Educación Pública ha venido fungiendo como un coordinador de las diferentes Juntas de Educación y Administrativas en relación con el abordaje del suministro de alimentos para el funcionamiento de los comedores estudiantiles, todo lo cual no solo se justifica en la debida fiscalización de los fondos públicos que gira para su funcionamiento mediante programas como PANEA, sino bajo la armonización de las competencias coincidentes que tiene con las Juntas.

Sobre este tema, debe recordarse la normativa aplicable. En ese sentido, el artículo 42 de la Ley Fundamental de Educación (Ley No. 2160) establece que:

“Las Juntas de Educación actuarán como delegaciones de las Municipalidades. Serán organismos auxiliares de la Administración Pública y servirán, a la vez, como agencias para asegurar la integración de la comunidad y la escuela”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 38249-MEP denominado Reglamento General de Juntas de Educación y Juntas Administrativas, dispone:

“Como organismos auxiliares de la Administración Pública, las Juntas tienen personalidad jurídica y patrimonio propio. Les corresponde la administración de los recursos públicos transferidos para el funcionamiento del centro educativo. Los bienes propiedad de las Juntas son inembargables”.

De esa forma, es claro que las Juntas tienen entre otras finalidades la administración de los Centros Educativos a fin de mejorar la calidad de la enseñanza de la educación pública y proveer sus necesidades. En atención a esto último, se destaca que tienen capacidad para contratar, y, específicamente relevante, la compra de los alimentos a ser preparados en los comedores estudiantiles.

Sobre este mismo tema, ha señalado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que:

“V.- Las Juntas de Educación, aparte de tener personería jurídica propia y capacidad para contratar y comparecer ante los Tribunales, por disposición del artículo 36 del Código de Educación, tienen también patrimonio propio y capacidad de disposición de éste, ciertamente bajo determinados controles, cuya existencia, como se indicó, no excluye necesariamente un fenómeno de descentralización. Tampoco, por lo anteriormente expuesto, lo excluye que su política deba armonizar con la del Ministerio de Educación, porque la armonía es un desideratum en la acción de todos los entes públicos, máxime en aquellos con objetivos afines, empuje a lo cual las Juntas tienen los propios no necesariamente coincidentes y sí tal vez complementarios de los generales, en la medida que velan por las necesidades de un sector de la educación con problemas y soluciones particulares. Es importante agregar que las Juntas no responden de su política tan solo ante el Ministerio de Educación, también lo hacen ante la Municipalidad respectiva, que es quien, además, designa a sus miembros. Y definitivamente entre las Juntas y el Ministerio no hay relación jerárquica. / V.-Frente a lo arriba expuesto, no es posible negar la condición de ente descentralizado a las Juntas de Educación, como lo pretende la representación del Estado. Supuesta esa naturaleza, la audiencia preceptuada por el artículo 361. 1 de la Ley General de la Administración Pública no podía omitirse en contra de las Juntas, si el Decreto 17763-E manifiestamente afectaba su estructura y organización”. (Resolución N° 000787-F-01 de las 14:10 horas del 5 de octubre del 2001).

Así las cosas, debe destacarse, que si bien es cierto las Juntas de Educación o

Administrativas tienen sus propios objetivos y competencias en la materia, también debe considerarse que requieren una gestión coordinada con el Ministerio de Educación Pública, en aspectos coincidentes como resulta ser el suministro de alimentos de los comedores estudiantiles. En ese sentido, no puede dejarse de lado que al Ministerio de Educación Pública le corresponde la rectoría en el tema de la educación pública¹, tal y como lo ha reconocido la Procuraduría General de la República:

“Recientemente, en el pronunciamiento C-206-2003 de 4 de julio del 2003, reafirmamos que las Juntas de Educación y las Juntas Administrativas son "entidades" públicas –pues gozan de personalidad jurídica propia- que, a pesar de ser nombradas por lo Concejos Municipales (art. 12, inciso g) del Código Municipal), funcionan como organismos auxiliares del Ministerio de Educación Pública, en materia de política educativa y planeamiento de la enseñanza”. (Dictamen N° C-386- 2003 del 9 de diciembre de 2003).

De estas valoraciones, es de importancia señalar que la alimentación en los comedores estudiantiles no se trata de una actividad aislada, sino que por el contrario, es un componente de gran relevancia para materializar el derecho a la educación que tienen los niños, niñas y jóvenes. Siendo esto así, la participación del Ministerio de Educación, como rector en materia de educación pública, resulta ineludible para el funcionamiento integral de la educación en nuestro país, máxime si se toma en consideración que es la entidad estatal que transfiere los recursos públicos para la adquisición de los alimentos y emite lineamientos específicos sobre este tema.

Es por ello que, el propio Ministerio coordinó con las Juntas la presentación de las solicitudes de autorización ya descritas en los oficios N° 13728 (DCA-3183) del 11 de diciembre del 2013, el N° 12252 (DCA-2974) del 13 de noviembre de 2014 y el N° 17195 (DCA-3193) del 21 de diciembre del 2016. Lo que resulta comprensible si se toma en cuenta que el acompañamiento del MEP con las Juntas deriva de los recursos girados por PANEA, en la medida que debe fiscalizar el cumplimiento de los fines para los cuales se han destinado.

De esa labor de coordinación y armonía de las políticas para el mejor cumplimiento de los cometidos en materia de comedores escolares, es que precisamente se ha estimado necesario que exista una labor concertada con el Ministerio de Educación Pública, para que las Juntas pongan en conocimiento del Ministerio las circunstancias o situaciones irregulares que se les presente en la relación contractual con el Consejo Nacional de Producción, las cuales afecten

¹De conformidad con el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio de Educación Pública (Ley No. 3481), el cual dispone: *“El Ministerio de Educación Pública es el órgano del Poder Ejecutivo en el ramo de la Educación y de la Cultura, a cuyo cargo está la función de administrar todos los elementos que integran aquel ramo, para la ejecución de las disposiciones pertinentes del título séptimo de la Constitución Política, de la Ley Fundamental de Educación, de las leyes conexas y de los respectivos reglamentos”.*

el suministro de los alimentos y por ende ponga en peligro la finalidad última que es la alimentación de los niños, niñas y jóvenes, lo cual a su vez está estrechamente relacionado con el derecho a la educación, y el principio de eficiencia de la Administración Pública y de programas como PANEA.

Es por esa misma razón que esa labor de verificación y acompañamiento a las Juntas que ha venido haciendo el Ministerio, se convierte en un insumo invaluable del trámite del procedimiento de la autorización requerida por las Juntas, en la medida que el Ministerio verifica con la Junta la situación de incumplimiento y levanta el respectivo listado para coordinar alternativas con el CNP y agotar esos canales. Esta labor permite a las Juntas contar con un soporte administrativo y jurídico para valorar las necesidades pero también el cumplimiento de la voluntad del legislador de que las instituciones del Estado adquieran los alimentos con el CNP².

Es por lo anterior, que este órgano contralor considera que en principio, toda gestión proveniente de las Juntas de Educación o Administrativas, relativas a la adquisición de alimentos para los comedores escolares, requiere de esa coordinación previa entre las Juntas y el Ministerio de Educación Pública, lo cual deberá acreditarse mediante la respectiva documentación emitida por el Ministerio de Educación Pública al momento de presentar la solicitud de contratación directa concursada ante esta Contraloría General.

Al respecto, cabe indicar que en la presente solicitud de autorización, no se ha acreditado

² En ese sentido, mediante el Oficio N° 01150 (DCA-0282) del 3 de febrero de 2014, ha indicado este órgano contralor: "(...) *Ciertamente el CNP cumple un cometido fundamental respecto del sector productivo nacional, de ahí que el legislador ha dispuesto la obligación del Sector Público de adquirir al CNP, aun y cuando ello pueda representar un costo mayor que el contenido en el mercado para los mismos productos*¹. Desde luego, la voluntad del constituyente debe complementarse con otros derechos igual de relevantes que contempla la Carta Fundamental, como es el caso del derecho a la educación. La realización del mismo le compete al Ministerio de Educación Pública (MEP) mediante una serie de programas y proyectos, como es el caso del Programa de Alimentación y Nutrición del Escolar y del Adolescente (PANEA), que se orienta a permitir la realización de ese derecho también constitucional: "El principal objetivo de la Dirección de Programas de Equidad es establecer las políticas de distribución y administración de los recursos económicos de los programas sociales que se ejecutan, de manera que permitan disminuir la brecha socio-económica entre los estudiantes. / **De igual manera, se constituyen como objetivos: promover un estilo de vida saludable y una educación para el desarrollo sostenible; garantizar el derecho a la educación mediante instrumentos de equidad que permitan avanzar hacia la cobertura universal; desarrollar una gestión eficiente y humanizada de los servicios de manera que sus usuarios reciban un trato ágil, eficiente y amable y dotar a los comedores estudiantiles del mantenimiento de la infraestructura y el equipamiento adecuado, suficiente y oportuno para su buen funcionamiento.** / (...) El programa consiste en ofrecer una alimentación complementaria, además de promover hábitos alimentarios saludables en la población estudiantil, aprovechando este espacio para ofrecer alimentos nutritivos, reforzar adecuados hábitos de higiene y comportamiento en torno a la alimentación diaria. Es así como, el comedor estudiantil es una valiosa oportunidad para promover los procesos de educación alimentaria nutricional en los educandos." (el destacado no es del original)", (ver oficio 1442 (DCA-321) del 11 de febrero de 2013, en la nota 1 referenciada en este texto).

que la Junta de Educación haya establecido una coordinación previa con el Ministerio de Educación Pública para que este haya colaborado con la Junta en los términos expuestos, de forma que se permita determinar que la contratación con el Consejo Nacional de Producción no resulta procedente para abastecerse de los alimentos necesarios.

Por lo tanto, con apego a lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, se llega a concluir que esta Contraloría General no puede otorgar autorización alguna, hasta tanto no se acredite de parte del CNP que no va a asumir el suministro de alimentos para esa Junta, y que toda eventual autorización de contratación directa se realice mediante un proceso canalizado por medio del Ministerio de Educación Pública.

Por las razones antes expuestas, esta División de Contratación Administrativa deniega la solicitud planteada, obligándose entonces esa Junta a establecer la coordinación con el Ministerio de Educación en los términos desarrollados en el presente oficio.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

LGB/MZG
NI: 32030
G: 2017003852-1

