

Al contestar refiérase  
al oficio N° **07052**

23 de mayo de 2018  
**DCA-1835**

Señor  
Edgar Mora Altamirano  
Ministro  
**MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA**  
Correo electrónico: despachoministro@mep.go.cr

Estimado señor:

**Asunto:** Se emite criterio relacionado con el derecho de la Administración Pública a suscribir convenios de cooperación.

Se da respuesta a su oficio No. DM-0357-03-2018 de fecha 14 de marzo del presente año, por medio del cual se formula consulta descrita en el asunto.

#### **I. Motivo de la consulta.**

Manifiesta que de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio de Educación Pública (MEP) a ese Ministerio le corresponde promover el acceso de toda la población a una educación de calidad, centrada en el desarrollo integral de las personas y en la promoción de una sociedad costarricense que disponga de oportunidades y que contribuya a la equidad social.

Menciona que el Decreto Ejecutivo No. 38170-MEP, crea la Dirección de Programas de Equidad, la cual se constituye en el órgano técnico y competente del MEP, que administra y coordina los distintos programas sociales que promueve, diseña y ejecuta el Ministerio, entre ellos el "Programa de Alimentación y Nutrición del Escolar y Adolescente" (PANEA), atendiendo en el año 2017 a 4546 centros educativos en todo el país, para una población estudiantil estimada de 767.664 estudiantes.

Indica que conforme a lo anterior y tomando en cuenta que la Universidad de Costa Rica (UCR) es una institución pública que cuenta con una Escuela de Nutrición, que dispone de profesionales de alto nivel en diversas áreas de interés relacionadas con la alimentación y nutrición dedicada a la investigación y acción social; desean establecer una alianza de cooperación para asesorar y acompañar a la Dirección de Programas de Equidad en el fortalecimiento del Programa de Alimentación y Nutrición del Escolar y del Adolescente PANEA.

Así, explica que el MEP busca con este convenio establecer una alianza con la UCR, que permita asesorar y acompañar a la Dirección de Programas de Equidad, específicamente al Departamento de Alimentación en un proceso de fortalecimiento del PANEA, en los centros educativos públicos que cuentan con comedor estudiantil.

Además, indica que solicitarían una modificación presupuestaria ante el Ministerio de Hacienda, para que una vez incluido los fondos y obtenida la coetilla presupuestaria correspondiente, se puedan transferir los fondos a la UCR por medio de su Oficina Administrativa Financiera OAF, tomando dicha modificación presupuestaria como norma habilitante para que la UCR reciba los fondos transferidos por el MEP, puesto que la Unidad Técnica y Gestora del Proyecto sí cuenta con los fondos para que se ejecute el convenio de maras, por lo que consulta lo siguiente:

*“Este Despacho desea saber si firmado el Convenio entre las partes, y una vez modificado el presupuesto vía decreto, el MEP puede asignar los fondos para dicho proyecto de forma específica a la UCR, los cuales serán utilizados para la ejecución del “Convenio de cooperación para e (sic) asesoramiento y acompañamiento del Programa de Alimentación y Nutrición del Escolar y el Adolescente”, los cuales serán transferidos por medio de su Oficina Administrativa Financiera OAF.”*

Por último, adjunta el criterio de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MEP en el que se indica que encuentra viable solicitar la modificación presupuestaria ante el Ministerio de Hacienda, para hacer oportunamente la transferencia del Ministerio de Educación Pública a la Universidad de Costa Rica.

## **II. Criterio de la División.**

### **1. Sobre los alcances de nuestro pronunciamiento.**

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se regula en el artículo 29 de su Ley Orgánica, No. 7428 del 4 de setiembre de 1994 y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, Resolución No. R-DC-197-2011.

Este órgano contralor, de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva o en su caso por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, de tal manera que lo que se emiten son criterios generales sobre los asuntos consultados, debiendo analizar lo indicado para que adopte las decisiones que correspondan.

Lo anterior se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

## 2. Sobre el fondo de lo consultado

Sobre el tema objeto de la consulta es importante tomar en consideración que la Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 2, inciso c), excluye de los procedimientos de concurso la actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público. Igualmente el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) en su numeral 138 posibilita contrataciones entre sujetos de Derecho Público, siempre y cuando la actividad desplegada por cada uno de ellos se encuentre habilitada en su marco competencial. Así, el indicado artículo 138 del RLCA señala:

*“Artículo 138.-Actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público. Las entidades de Derecho Público podrán celebrar contrataciones entre sí, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, siempre y cuando esa actividad atienda al menos los siguientes requisitos: / 1) Cumplir en lo pertinente con los requisitos previos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento, en particular, respecto de la correcta definición del objeto contractual y las fases de planificación y presupuestación. Asimismo, en fase de ejecución contractual serán aplicables las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento. / 2) Estar acreditado en expediente la idoneidad del sujeto público para la dotación del objeto contractual. El jerarca deberá acreditar en la decisión inicial los motivos técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del fin público, disponiendo de un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados./ 3) Observar el marco jurídico que regule las competencias legales de ambas partes. / 4) Observar ambas entidades el equilibrio y la razonabilidad de sus prestaciones en sus relaciones contractuales. / 5) Asegurar que la participación de la entidad contratada sea de al menos un 50% de la prestación objeto del contrato. Las contrataciones con terceros por parte de la contratada deberán estar referidas a cuestiones especializadas y según su régimen de contratación. / 6) Acreditar financieramente la razonabilidad del precio, conforme a las disposiciones de este Reglamento. / Bajo ninguna circunstancia, la presente excepción podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos ordinarios previstos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento. / Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa.” (Así reformado por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 40680 del 30 de agosto de 2017)*

Ahora bien, tratándose de convenios de mutua cooperación, tenemos en primer término que esta Contraloría General ha considerado que:

*(...) son aquellos acuerdos de voluntades suscritos entre dos o más entes públicos, o, entre entes públicos y privados, con miras a lograr una interrelación que se traducirá en última instancia en un mejoramiento en la calidad y eficiencia de la prestación del servicio público, concretizados a través de relaciones de colaboración y cooperación, en la que ambas partes intervienen en una situación de igualdad, dentro del ejercicio de las facultades o potestades que le son asignadas por el bloque de legalidad a la Administración Pública, debiendo ésta actuar siempre en el marco de sus respectivas competencias y sujetándose en todo momento al ordenamiento jurídico administrativo vigente. Asimismo ha sostenido, que el objeto de la relación comercial constituye el aspecto relevante que determina si estamos en presencia de un convenio de cooperación, en tanto efectivamente converjan las funciones públicas hacia el interés general mediante una estrecha “cooperación” entre las partes suscribientes, es decir, debe sin lugar a dudas desprenderse del documento que las partes posean un objetivo común, en donde las prestaciones sean equilibradas y se pretenda conseguir conjuntamente ese interés común.”*  
(Oficio No. 08682 del 20 de julio, 2005 DI-AA-1501, de la División de Desarrollo Institucional, Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones.)

Entonces, tenemos que los convenios de mutua cooperación buscan el mejoramiento en la calidad y eficiencia de la prestación del servicio público, sin embargo se demanda que cada Administración actúe siempre en el marco de sus respectivas competencias y sujetándose en todo momento al ordenamiento jurídico administrativo vigente, por lo que la transferencias entre entes públicos debe estar autorizado legalmente. Además, efectivamente esas funciones públicas deben velar por que se cumpla el interés general mediante una limitada cooperación.

Ahora bien, en un documento suscrito entre dos sujetos de la Administración Pública es necesario que se estipule claramente el motivo por el cual se crea el convenio de cooperación, sobre el particular la doctrina señala que:

*“Los convenios interadministrativos constituyen una de las técnicas de carácter bilateral que se emplean para conseguir la coordinación interadministrativa a través de las relaciones de colaboración y cooperación entre distintos sujetos públicos.”* Federico CASTILLO BLANCO, Estudio sobre la contratación en las Administraciones Públicas, Granada, Editorial COMARES, 1996, p. 74.

Así, la clave para definir si nos encontramos ante un convenio de este tipo es necesario identificar si efectivamente ambas entidades se están brindando entre sí cooperación, de forma tal que haya un equilibrio entre lo que se da y lo que se recibe a cambio, o sea que haya un objetivo común. En caso contrario, se debe ponderar si existen los parámetros de adquisición de bienes o servicios y acatar lo dispuesto en el artículo 138 del RLCA antes transcrito.

Al respecto, es necesario aclarar que existe una diferencia significativa entre un convenio de cooperación y cualquier otra actividad contractual amparada en el artículo 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa. Por lo que, podemos afirmar que nos encontraríamos ante un convenio de cooperación si su finalidad va más allá del lucro en la operación y, por ende ante una mera contratación administrativa si se da un servicio a cambio de una remuneración pecuniaria.

Para mayor abundamiento sobre el tema, en nuestro oficio No. 04654 (DCA-1222) del 23 de mayo del 2012, este Despacho se refirió sobre las diferencias entre contrato y convenio administrativo, de la siguiente manera:

*“(...) Los contratos y los convenios expresan convención o coincidencia de dos o más voluntades, que causan una obligación. No obstante, resulta necesario señalar como diferencia sustancial que, los contratos administrativos, cuyo objeto supone el aprovisionamiento de bienes y servicios, deben realizarse mediante la actividad contractual administrativa regulada por la Ley de Contratación Administrativa, mientras que los convenios, al no suponer el aprovisionamiento de bienes y servicios y responder al ejercicio de las competencias de la Administración para la consecución de fines, no le es aplicable la Ley de Contratación Administrativa. / Resulta relevante señalar que en los convenios debe existir una clara vinculación entre el objeto del convenio y los objetivos propios de las partes contratantes. (...)”*

En ese orden de ideas, es criterio de este órgano contralor que para que efectivamente sea viable un convenio de cooperación, necesariamente deben de reunirse algunas condiciones como las siguientes:

1) Que exista una clara vinculación entre el objeto del convenio y los objetivos propios de las instituciones contratantes (principio de legalidad) y, esos objetivos deben satisfacer el interés público.

2) Esa cooperación debe permitir el correcto desarrollo de las competencias (actividad ordinaria) que originalmente le fueron asignadas a cada ente, de forma tal que no debe interferir con el normal desarrollo de las actividades propias de la institución.

3) Por otra parte, no podrán dictarse actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. Por el motivo, para la suscripción de algún convenio interinstitucional es necesario contar con autorización legal para ello y con la capacidad técnica (idoneidad) que tenga y demuestre una institución para ejecutar determinados proyectos.

4) Por último, de conformidad con el principio de eficiencia es de vital importancia que para que el convenio resulte provechoso para ambas instituciones, o sea debe acreditarse que los costos propuestos sean razonables en términos comparativos del mercado.

En razón de lo anterior, le corresponderá a las entidades interesadas determinar si el convenio correspondiente se ajusta a las disposiciones apuntadas, o bien, acreditar que si se desea realizar una contratación al amparo del artículo 138 del RLCA, acatando lo dispuesto en ese numeral. En ambos casos, los jerarcas serán responsables de adoptar las medidas de control interno que se requieran para garantizar el buen uso y disposición de los fondos públicos.

Adicionalmente, es importante llamar la atención en que en las cláusulas se establezcan los distintos aportes y obligaciones que le corresponden a cada una de las partes suscribientes del convenio, conforme a la legislación que les autorice para ello.

### **III. Conclusión.**

Con fundamento en lo anterior, la Administración pública podrá definir los convenios de colaboración que estime favorables para la obtención de conocimientos o bien, para el mejor desempeño de sus competencias, al amparo de la legislación que los autorice para ello. No obstante, se debe establecer la oportunidad y conveniencia del cumplimiento del objeto convenido y su correcta tramitación y ejecución, de tal manera que satisfaga el interés público y contribuya efectiva y eficientemente a lograr el cumplimiento de sus fines institucionales, mediante el debido acatamiento de la normativa jurídica y técnica que resulte aplicable en su caso y con fundamento en las medidas de control interno que se hayan establecido, y bajo el principio de protección y preservación del patrimonio público.

En caso que se desee realizar una contratación entre sujetos de derecho público, se debe cumplir con el artículo 138 del RLCA.

Dejamos de esta forma evacuadas sus inquietudes.

Atentamente,

**Allan Ugalde Rojas**  
**Gerente de División**

**Natalia López Quirós**  
**Fiscalizadora Asociada**

