

Al contestar refiérase
al oficio No. **04550**

24 de marzo, 2021
DCA-1246

Señor
Carlos Armando Martínez Arias
Alcalde
MUNICIPALIDAD DE NICOYA

Estimado señor:

Asunto: Se atiende solicitud de criterio sobre los convenios de cooperación que se efectúen en las Administraciones.

Nos referimos a su oficio Nro. AM-0353-02-2021 del 25 de febrero del año en curso, mediante el cual consulta realiza diferentes consultas relacionadas con los convenios de cooperación que celebren las Administraciones. En concreto, formula las siguientes preguntas:

1. *¿Cuáles son las características que debe tener un convenio para configurar una cooperación?*
2. *¿Cuáles son los parámetros para determinar si las contraprestaciones de un convenio de cooperación tienen la virtud de ser recíprocas?*
3. *¿Existen materias que quedan excluidas de la posibilidad de establecer convenios de cooperación? En caso de ser afirmativa su respuesta, podría indicar ¿cuáles serían?*
4. *Ante un eventual incumplimiento de un convenio de cooperación, por parte de esta Administración, ¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas para la Administración si la misma asume obligaciones dinerarias mediante un convenio de cooperación?*
5. *En caso de determinarse que el convenio de cooperación no tiene las características de tal, ¿Puede esta Administración indemnizar en los términos de una contratación irregular, si se recibió el servicio (contraprestación) por parte de la contraparte?*
6. *¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de desnaturalizar la figura del convenio de cooperación para con ello evitar someter a la Administración a un proceso de contratación administrativa?*

I.- Consideraciones preliminares

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.

II.- Criterio de la División

Conforme a lo dispuesto en punto anterior, se procederá a responder de manera general las preguntas formuladas en el oficio que se atiende, siguiendo el mismo orden en que se han planteado.

1. *¿Cuáles son las características que debe tener un convenio para configurar una cooperación?*

La Contraloría General (CGR) ha establecido que los convenios de cooperación celebrados por las Administraciones consisten en acuerdos de voluntades cuyo objetivo es el de lograr que se mejore la calidad, eficiencia y eficacia de los servicios públicos que les corresponde prestar a las Administraciones involucradas. De manera que los participantes pretenden potenciar acciones que favorezcan a los ciudadanos con mejores condiciones en los servicios que recibe. Esos convenios pueden llegar a celebrarse con otros entes públicos, o bien, con sujetos privados,

Bajo este tipo de relación no se puede delegar ningún tipo de competencia que posea la Administración en sus colaboradores. De igual forma, se debe tratar de favorecer el cumplimiento del interés público, de manera que los fines por alcanzar deben ser lícitos y por lo tanto, conforme al ordenamiento jurídico.

Cuando intervengan sujetos privados, se debe procurar que las acciones de colaboración a convenir, no sean para favorecer exclusivamente a esa parte en forma directa o indirecta, ya sea mientras se formula, se ejecuta o a futuro, debido a que esas personas contarán con información estratégica sobre la prestación de los servicios. En todo momento, el actuar de los funcionarios públicos que participen en la planificación, formalización, y ejecución del respectivo convenio, deberá hacerse conforme al deber de probidad.

Sobre los convenios de cooperación, la CGR ha señalado en el oficio Nro. 8682-2005 del 20 de julio del 2005, lo siguiente:

(...) 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.)

Si en la cooperación se involucran fondos públicos, las partes involucradas según su naturaleza (pública o privada) deberán cumplir con las normas del marco jurídico costarricense sobre la administración de ese tipo de fondos, en resguardo de la Hacienda Pública.

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 vigente, por lo que la transferencias entre entes públicos debe estar autorizado legalmente.

2. ¿Cuáles son los parámetros para determinar si las contraprestaciones de un convenio de cooperación tienen la virtud de ser recíprocas?

El objeto de los convenios de cooperación debe estar claramente el motivo por el cual se constituye ese vínculo entre las partes involucradas. Así se ha reconocido por la Doctrina al indicar:

“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.

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 mínimas 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 tal 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) De conformidad con el principio de eficiencia, es de vital importancia que para que el convenio resulte provechoso para los propósitos de las partes involucradas. Es decir, debe acreditarse que los costos propuestos sean razonables en términos comparativos del mercado.
- 5) Debe existir transparencia en la formulación, suscripción y ejecución de los convenios de cooperación. Las Administraciones involucradas, deben permitir el acceso público a cualquier aspecto vinculado con el convenio y rendir cuentas para que cualquier persona interesada, pueda analizar la información y ponderar si se ha cumplido con la finalidad convenida.
- 6) Se deberá hacer una evaluación periódica que determine que el convenio sigue siendo una forma eficaz para ayudar a realizar los propósitos de las Administraciones, para mantener su vigencia, o bien, si las Administraciones poseen otras alternativas más eficaces para cumplir sus fines y competencias para dejar sin efecto el convenio de cooperación, reorientando los fondos públicos involucrados hacia esas opciones.

3. ¿Existen materias que quedan excluidas de la posibilidad de establecer convenios de cooperación? En caso de ser afirmativa su respuesta, podría indicar ¿cuáles serían?

Como se señaló anteriormente, la clave para definir si nos encontramos ante un convenio de cooperación está en corroborar si efectivamente las partes que se prestan colaboración realmente se están brindando entre sí, cooperación. Debe haber un equilibrio entre lo que se da y lo que se recibe a cambio, o sea que haya un objetivo común en el que todos los involucrados participen de alguna forma con sus recursos, habilidades, conocimientos y experiencias.

Por ese motivo, las Administraciones pueden realizar estos modelos de cooperación si tiene autorización legal para ello y que las finalidades sean de carácter lícito en el ámbito de sus competencias.

Ahora bien, no se debe utilizar esas figuras de vinculación o colaboración, para eludir modelos regulados para obtener bienes y servicios, al ser materias que se deben regir por las normas de contratación Administrativa, en especial por lo señalado en el 138 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa (RLCA): “(...) *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.*”

Esta norma no puede usarse como una opción de las entidades de “disfrazar” una compra pública, como un convenio de cooperación para no aplicar la Ley de Contratación Administrativa. Existen diferencias entre un convenio de cooperación y cualquier otra actividad contractual amparada en el artículo 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa (LCA). 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. (...)”

4. *Ante un eventual incumplimiento de un convenio de cooperación, por parte de esta Administración, ¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas para la Administración si la misma asume obligaciones dinerarias mediante un convenio de cooperación?*

Respecto a las consecuencias que se pueden presentar ante un incumplimiento de alguna parte que participa en un convenio de cooperación, en especial de las Administraciones, ellas deberán hacer los análisis respectivos para determinar si los mismos generan responsabilidades administrativas, civiles o penales y proceder a realizar, conforme al ordenamiento, las acciones, denuncias o procedimientos para que se corrobore la existencias de esas responsabilidades y se proceda a reparar cualquier daño a la Hacienda Pública o algún tercero que ese incumplimiento hubiera causado.

5. *En caso de determinarse que el convenio de cooperación no tiene las características de tal, ¿Puede esta Administración indemnizar en los términos de una contratación irregular, si se recibió el servicio (contraprestación) por parte de la contraparte?*

En apartados anteriores de este oficio, se ha aclarado que no es posible usar los convenios de cooperación para disfrazar en el fondo, una contratación administrativa que se

estableciera al margen de la LCA, el Reglamento a esa Ley o de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico costarricense aplicable a la gestión de adquisición de bienes y servicios que las Administraciones deban realizar.

Ahora bien, la figura de la contratación irregular se regula en el RLCA exclusivamente para condiciones propias de la Contratación Administrativa. Por ese motivo el artículo 218 de esa norma indica lo siguiente:

“Artículo 218.-Deber de verificación. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido.

La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente.”

Como se puede apreciar del numeral transcrito, ese instituto de la contratación irregular es con motivo de inacciones o acciones que afectan una compra administrativa por un actuar incorrecto que involucra a los funcionarios de la Administración y a las empresas contratadas para suministrar los bienes o servicios pactados.

Lo anterior no significa que, como ya se indicó anteriormente, la Administración deba efectuar un análisis para identificar si las acciones u omisiones de alguna de las partes del convenio de cooperación provocan alguna responsabilidad, incluida la civil si se identifica la producción de un daño que requiera ser resarcido. Todo ello, debe respetar siempre el debido proceso.

6. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de desnaturalizar la figura del convenio de cooperación para con ello evitar someter a la Administración a un proceso de contratación administrativa?

La Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Nro. 8131, en su artículo 110 considera que una de las causales que provoca responsabilidad de los funcionarios de la Administración es la evasión de los procedimientos de contratación administrativa:

“ARTÍCULO 110.- Hechos generadores de responsabilidad administrativa. Además de los previstos en otras leyes y reglamentaciones propias de la relación de servicio, serán

hechos generadores de responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que puedan dar lugar, los mencionados a continuación:

a) La adquisición de bienes, obras y servicios con prescindencia de alguno de los procedimientos de contratación establecidos por el ordenamiento jurídico...”

Cualquier convenio de cooperación que se use para evadir los procedimientos de contratación administrativa, podrá provocar que se responsabilice a las personas involucradas, conforme a ese artículo mencionado.

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 no se podría utilizar la figura del convenio de cooperación. La evasión de los procedimientos de contratación administrativa cuando corresponda, puede provocar que se incurra en la causal de responsabilidad del inciso a) del artículo 110 de la Ley 8131.

De esta forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División



AUR/apus
NI: 06072
G: 2021001412-1
Expediente CGR-CO-2021002139