

**Al contestar refiérase
al oficio No. 22366**

9 de diciembre de 2022
DCA-3171

Señor
Arcadio Mora Guadamuz
Director
CINDEA DE NICOYA

Estimado señor:

Asunto: Se deniega solicitud de autorización de CINDEA de Nicoya Central para iniciar procesos de licitación para brindar el servicio de alimentación estudiantil en el año 2023.

Nos referimos a su oficio No. DREN-SCE01-CNC-093-2022 recibido en esta Contraloría General de la República el primero de diciembre de dos mil veintidós, mediante el cual solicita la autorización descrita en el asunto.

I. Antecedentes y Justificación de la solicitud

Como razones dadas para justificar la presente solicitud, esa Administración manifiesta lo siguiente:

1. Que realiza aclaración del oficio DREN-SEC01-CNC-DIR-087-11-2022 donde solicita autorización para iniciar los procesos de licitación con el fin de contratar los servicios de plato servido para el período 2023.
2. Que requiere autorización del órgano contralor para realizar la contratación directa para brindar el servicio de plato servicio para el período 2023.

II. Criterio de la División

En primer término conviene señalar que esa Administración mediante oficio DREN-SEC01-CNC-DIR-087-11-2022 recibido en esta Contraloría General el 25 de noviembre de 2022, solicitó autorización para iniciar los procesos de licitación para brindar el servicio esencial de alimentación a la población estudiantil en el 2023.

En respuesta a la solicitud, este órgano contralor mediante oficio No. 20570 (DCA-3125) del 30 de noviembre de 2022 señaló: *“Al respecto, estima este órgano contralor que la solicitud de la Administración debe denegarse por no requerirse. Lo anterior en el tanto, el CINDEA manifiesta que requiere autorización para iniciar los procesos de licitación sin que sea posible entender que lo requerido es una solicitud para realizar un procedimiento de contratación*

directa que sí requiera el aval de esta División de Contratación. De esta forma, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, no resulta necesaria la autorización de esta Contraloría General para iniciar el procedimiento ordinario que por monto corresponde. / En razón de lo expuesto, se deniega la autorización solicitada por esa Administración.” (subrayado es del original)

En esta oportunidad, la Administración indica: “(...) se realiza aclaración al OFICIO DREN-SEC01-CNC-DIR-087-11-2022, donde se solicita autorización para iniciar los procesos de licitación con el fin de contratar los servicios de plato servido para el periodo 2023. / Por lo anterior lo que se requiere es solicitar la autorización como ente contralor, para realizar la contratación directa para brindar el servicio de plato servido para el periodo 2023, en el CINDEA de Nicoya, Guanacaste, Código 6015, Circuito 01 de la Dirección Regional de Educación de Nicoya” (folio 1 del expediente de autorización, identificado con el NI 33538-2022).

Con ocasión de la solicitud que ahora realiza, conviene remitir una vez más al oficio de este órgano contralor No. 20570 (DCA-3125) del 30 de noviembre de 2022, donde aunado a lo ya señalado, este órgano contralor manifestó:

*“Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente señalar el criterio que ha sostenido esta División con respecto al procedimiento para la contratación de alimentos por parte de las Juntas de Educación y Juntas Administrativas. Concretamente, en el oficio No. 14058 (DCA-2961) del 14 de noviembre de 2017 se indicó lo siguiente: / “De esta manera, se hace necesario retomar lo que este órgano contralor ha indicado anteriormente respecto a la contratación de alimentos de parte de las Juntas Administrativa y de Educación: “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. / **a) Sobre la adquisición de alimentos y el artículo 9 de la Ley Orgánica del 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 Producciones 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. /

b) Sobre la solicitud de autorización planteada por la Junta de Educación de [...] / 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, constituye la mejor vía para la satisfacción del interés público.” (...) / De lo que viene dicho, resulta de interés señalar que mediante los oficios N° 13728 (DCA-3183) del 11 de diciembre del 2013, así como el N° 12252 (DCA-2974) del 13 de noviembre de 2014, de cita, 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 justifican 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. (...) / 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 pública, 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, máximo 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, y el N° 12252 (DCA-2974) del 13 de noviembre de 2014. 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 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 CNP. / 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. [...] respecto, cabe indicar que en la presente solicitud de autorización, no se ha acreditado una coordinación previa con el MEP para que dicha Cartera ministerial 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.” (oficio No. 03153

*(DCA-0493) de 27 de febrero del 2015)./ De lo transcrito es necesario destacar que en primera instancia está la obligación para las Juntas de Educación y Administrativas de acudir a la contratación directa de alimentos con el Consejo Nacional de Producción (CNP) en el tanto se pueda satisfacer el interés público que se persigue, pues si se acredita que esta contratación no resulta la forma idónea de satisfacer esta necesidad, puede acudir a los procedimientos de contratación administrativa según la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento./En segundo término, pueden las Junta (sic) de Educación y Administrativas promover un procedimiento excepcionado (contratación directa concursada) autorizado por esta Contraloría General como fruto del análisis que se haga de las razones brindadas por la Administración y en el tanto concurren los siguientes elementos: **a)** Que sea acreditado expresamente por el Consejo Nacional de Producción (CNP) que no podrá abastecer el centro educativo en cuestión, **b)** Que la propuesta sea presentada de forma coordinada con el Ministerio de Educación Pública, fungiendo como intermediario entre las Juntas y esta Contraloría General (como fue explicado anteriormente en el texto citado), pues en ausencia de estas circunstancias toda gestión proveniente de las Juntas de Educación o Administrativas será devuelta hasta tanto no se cumpla con los anteriores supuestos. Lo antes comentado, resulta de aplicación al caso que aquí se atiende, de modo que se deniega la autorización solicitada, no sin antes hacer ver que, este órgano contralor podrá analizar cualquier otra gestión que se presente para la adquisición de alimentos donde, además de la coordinación con el Ministerio de Educación Pública, exista una comunicación oficial del CNP mediante la cual se establezca que no pueden asumir el servicio de abastecimiento de alimentos para ese centro educativo.” (el destacado es del original). / En esta misma línea, en el oficio No. 03454 (DCA-0921) del 08 de marzo del 2019 esta División indicó lo siguiente: / “De frente a lo transcrito, es importante indicar que existe una obligación legal para las Juntas de Educación y Administrativas de acudir a la contratación directa de alimentos con el Consejo Nacional de Producción (CNP) en el tanto se pueda satisfacer el interés público que se persigue. Sin embargo, si se acredita que esta contratación no resulta la forma idónea de satisfacer esta necesidad, las Juntas de Educación y Administrativas pueden acudir a los procedimientos de contratación administrativa según la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y su Reglamento (RLCA)./ Aunado a lo anterior, se tiene además, que las Junta de Educación y Administrativas pueden promover un procedimiento excepcionado (contratación directa concursada) autorizado por esta Contraloría General como producto del análisis que se haga de las razones brindadas por la Administración y en el tanto concurren los siguientes elementos: / * Que sea acreditado expresamente por el Consejo Nacional de Producción (CNP) que no podrá abastecer el centro educativo en cuestión; y/ * Que la propuesta sea presentada ante esta Contraloría General de forma coordinada con el Ministerio de Educación Pública (MEP), en su condición de rector del sistema educativo y de titular de los fondos públicos girados, garantizando el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 9 de la Ley 9035. Así entonces, el Ministerio funge como intermediario entre las Juntas y esta Contraloría General para la aplicación del régimen de excepción a los procedimientos ordinarios; por lo que en ausencia de estas circunstancias toda solicitud que presenten las Juntas de Educación o*

Administrativas ante este órgano contralor será devuelta hasta tanto no se cumpla con los anteriores supuestos” (destacado es del original).

De esta forma, ha sido posición de esta División de Contratación Administrativa que en relación con la gestión que realizan las Juntas de Educación o Administrativas, en lo concerniente al abastecimiento de alimentos servidos en comedores escolares existe, en principio, una obligación de adquisición de alimentos del Consejo Nacional de Producción (CNP). Lo anterior, de conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, Ley 2035.

En aquellos casos en que se acredite expresamente por el CNP que no podrá abastecer el centro educativo en cuestión, el Ministerio de Educación Pública en su condición de rector del sistema educativo y titular de los fondos públicos girados debe realizar las coordinaciones respectivas para realizar el procedimiento de contratación que corresponda.

Ahora bien y sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que la Ley General de Contratación Pública No. 9986 del 27 de mayo del 2021, y publicada en el Alcance No. 109 del 31 de mayo del 2021, entró a regir el 01 de diciembre del 2022. Dicha Ley No. 9986 establece en su artículo 135 lo siguiente:

*“ARTÍCULO 135- Derogatorias / Se derogan las disposiciones que se indican: / a)
Se deroga la Ley 7494, Ley de Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995.”*

De esta manera, la Ley de Contratación Administrativa No. 7494 quedó derogada a partir del 01 de diciembre del 2022, por lo tanto este órgano contralor carece de competencia para otorgar autorizaciones de contratación directa con fundamento en dicha normativa.

Así las cosas, se deniega la autorización requerida por carecer de competencia para conocer la gestión interpuesta.

Atentamente,

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico



Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora

SZF/abb
NI: 33538
G: 2022004456-2
Expediente digital: CGR-SCD-2022007856