

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio N° **09939**

12 de octubre, 2010
DCA-0263

Ingeniero
Ronald Peters Seevers
Director Ejecutivo
INSTITUTO DEL CAFÉ DE COSTA RICA (ICAFE)

Estimado señor:

Asunto: Se devuelve sin refrendo el contrato de fideicomiso para el Programa Nacional de Renovación Cafetalera, suscrito por ese Instituto con el Fondo Nacional de Estabilización Cafetalera (FONECAFE).

Damos respuesta a oficio DEJ-1238-2010 de fecha 3 de agosto del año en curso, complementado con el oficio DEJ-1407-2010 de fecha 8 de setiembre último, mediante el cual remitió a esta Contraloría General para trámite de refrendo un contrato de fideicomiso para el Programa Nacional de Renovación Cafetalera, suscrito por ese Instituto del Café de Costa Rica (ICAFE) y el Fondo Nacional de Estabilización Cafetalera (FONECAFE).

I. Antecedentes:

Mediante la Ley No. 8807 de fecha 26 de abril del 2010, se modificó la Ley de Creación del Fondo Nacional de Estabilización Cafetalera No. 7301, y se adicionó un artículo 4 bis a esa ley, el cual dice lo siguiente:

“Artículo 4 bis. Créase el Fideicomiso para el Programa nacional de renovación cafetalera, como un instrumento de auxilio en el pago parcial de intereses que deben cancelar los productores ante un eventual crédito recibido, a efectos de desarrollar la producción, la renovación, el mantenimiento y la asistencia técnica del cultivo, a los productores de café que participen en dicho Programa.

Se autoriza al Instituto del Café (Icafé) para que traslade, del superávit acumulado y sus reservas, la suma que sea necesaria sin que ello cause menoscabo a su patrimonio para mantener dicho Fideicomiso.”

Con fundamento en dicha norma, el ICAFE y el FONECAFE suscribieron un contrato de fideicomiso con fecha 21 de julio del 2010, el cual fue remitido para trámite de refrendo ante este órgano contralor el pasado 3 de agosto. Sin embargo, al revisar dicho contrato este Despacho determinó que algunos aspectos debían ser aclarados o modificados, por lo que mediante el oficio DJ-3488 del 2 de setiembre se le solicitó a ese Instituto una serie de información adicional y aclaraciones. Ello originó que mediante el oficio DEJ-1407-2010 del 8 de setiembre último, ese

Instituto remitiera un nuevo contrato de fideicomiso con fecha 8 de setiembre del 2010, en sustitución del primer contrato enviado.

Así las cosas, para efectos de orden y claridad, este Despacho entiende que el refrendo que se solicita es sobre el segundo Contrato de Fideicomiso remitido, sea al contrato suscrito por el ICAFE y el FONECAFE el 8 de setiembre pasado, y sobre ese documento es que pasamos de seguido a emitir nuestro criterio.

II. Criterio de la División:

Una vez revisado el contrato remitido así como los antecedentes que constan en el expediente administrativo, resulta necesario hacer las siguientes observaciones:

1. Fiduciario: El artículo 637 del Código de Comercio establece expresamente quién puede actuar como fiduciario. En este sentido, dicha norma establece que *“Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria.”* Como puede verse, tratándose de personas jurídicas dicha norma establece una limitación, cual es que sólo pueden actuar como fiduciarios cuando su escritura constitutiva expresamente les faculta para actuar como fiduciario. Ahora bien, tratándose de entidades públicas, se debe entender que se requiere una habilitación legal para ello, por cuanto las competencias no se presumen.

Ahora bien, en el contrato de fideicomiso bajo estudio, concretamente en la cláusula primera, se establece que el ICAFE actuará como fiduciario. De conformidad con el artículo 102 de la Ley 2762, se tiene que el ICAFE es un ente de derecho público de carácter no estatal, razón por la cual el ICAFE requiere de una norma que le faculte a actuar como fiduciario.

En este sentido, en la cláusula primera del contrato se indica como fundamento para que el ICAFE pueda actuar en tal condición, el artículo segundo de la Ley No. 8608. (aclaramos que la referencia correcta es el artículo 2 de la Ley No.7301 modificado por la Ley No.8608). Dicha norma dispone lo siguiente:

“Artículo 2. La administración del Fonecafé corresponderá al Instituto del Café de Costa Rica, el cual prestará este servicio sin cargo alguno; estará bajo la dirección de la Junta Directiva del Instituto del Café de Costa Rica y responderá directamente ante la Dirección Ejecutiva. La Junta Directiva queda facultada para otorgar los poderes que estime necesarios para la correcta ejecución del Fondo; conocerá en sus sesiones ordinarias, los temas relacionados con dicha Institución y con el Fonecafé; devengará dietas conforme a las reglas del cálculo establecidas en la Ley No. 3065, sobre el pago de dietas a directivos de instituciones autónomas, de 20 de noviembre de 1962 y sus reformas. El manejo de todos los registros, el patrimonio, los recursos y los pasivos del Fondo se mantendrán en forma separada de los del propio Instituto.”

Como puede observarse, dicha norma faculta al ICAFE para que administre el FONECAFE. Sin embargo, esa norma no contiene ninguna autorización para que el ICAFE actúe como administrador de recursos en propiedad fiduciaria, sea, que pueda actuar como fiduciario. Y es que debe tenerse presente que los bienes que se trasladan a un fideicomiso constituyen un patrimonio propio e independiente del patrimonio del fideicomitente, razón por la cual las facultades de administración para uno y otro patrimonio son independientes.

En este sentido, téngase presente que el artículo 633 del Código de Comercio dispone que *“Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos: el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo.”*

Así las cosas, es criterio de este Despacho que la norma contenida en el artículo 2 de la Ley No.7301 citado no otorga el sustento normativo necesario para considerar que el ICAFE pueda actuar como fiduciario.

2. Aporte del MAG al patrimonio del fideicomiso: en la cláusula segunda del contrato se indica que el patrimonio inicial del fideicomiso estará constituido por un aporte del Ministerio de Agricultura y Ganadería de conformidad con el Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre la Presidencia de la República, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Consejo Rector del Sistema de Banca para el Desarrollo, el Banco Crédito Agrícola de Cartago y el Banco Nacional de Costa Rica. También se indica que se podrá incrementar el patrimonio fideicometido mediante aportes adicionales del mismo Ministerio.

Ahora bien, revisada la fotocopia que nos aportaron del citado Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional, de fecha 12 de agosto del 2010, vemos que en él las partes firmantes se comprometen a participar y hacer aportes para la ejecución de un proyecto específico, sea *“apoyar a los productores de café con la finalidad de detener la caída de la producción de café incrementando la productividad, a través de un proceso de renovación de aquellos cafetales que ya hayan cumplido su vida útil comercial, (...) mediante la ejecución del Plan Nacional de Renovación de Cafetales, con el cual se pretende la renovación de 29.604 hectáreas de café en cuatro años a partir del año 2010, en las zonas de Los Santos, Valle Occidental, Valle Central, Coto Brus, Pérez Zeledón, Zona Norte y Turrialba.”* Así, vemos que entre otras cosas, que la Presidencia de la República velará por el cumplimiento y la cooperación que preste la Administración Central, desde el Ministerio de Agricultura y Ganadería para los aportes requeridos en el Programa dicho; por su parte el BNCR operaría el Plan Nacional de Renovación de Cafetales con recursos propios aportando un monto de \$140.517.404; el Ministerio de Agricultura y Ganadería aportaría la suma de \$13.190.178 y el Fideicomiso MAG-PIPA/FINADE colocaría ¢10.000 millones en avales. Ello implica que estamos ante un convenio de cooperación que califica como alianza estratégica.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 3, inciso 6) del “Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública”, dicho convenio requiere del trámite de refrendo contralor; sin embargo, la copia remitida no contiene dicha aprobación, por lo que de no contarse con tal requisito de eficacia, los aportes de recursos económicos al fideicomiso proveniente de ese convenio no están debidamente respaldados.

3. Aportes del ICAFE al patrimonio del fideicomiso: en la cláusula segunda del contrato de fideicomiso se indica que el ICAFE podrá trasladar la suma de hasta dos millones de dólares, para el mantenimiento del fideicomiso. Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 4 bis de la Ley 7301 que crea el fideicomiso, establece que el ICAFE puede trasladar recursos de su superávit y sus reservas al fideicomiso estableciendo como condición “*sin que ello cause menoscabo a su patrimonio para mantener dicho fideicomiso.*” Ello implica que debe existir un acuerdo emitido por el jerarca del ICAFE, y debidamente motivado, en el cual se indique expresamente cuál es el monto autorizado para trasladar del superávit acumulado al fideicomiso. Por consiguiente, el aporte del ICAFE que se contempla en la cláusula segunda y cualquier otro que se tome en el futuro para incrementar el patrimonio del fideicomiso debe estar respaldado en un acuerdo como el indicado.

4. Elaboración del presupuesto del fideicomiso: en la cláusula quinta, inciso 2) se establece que el fiduciario elaborará el presupuesto anual del fideicomiso, lo cual no resulta claro, toda vez que el patrimonio del fideicomiso debe ser destinado única y exclusivamente a sus fines como el pago parcial de intereses de los productores.

5. Plan de Renovación de Cafetales: en las cláusulas primera, tercera y quinta del fideicomiso se hace referencia del ‘Plan de Renovación de cafetales’ ‘Plan de Renovación Cafetalera’ mientras que la norma que crea el fideicomiso hace referencia al ‘Programa Nacional de Renovación Cafetalera.’ Las cláusulas contractuales deben ser lo más claras posibles, a fin de evitar confusiones y problemas en su etapa de ejecución, razón por la cual resulta importante que exista equivalencia en tales términos.

6. Figura del operador financiero: en las cláusulas quinta y décima primera del fideicomiso se hace referencia a la figura de un ‘operador financiero’ sin embargo en ninguna cláusula del contrato se define quién es, cuál es su participación dentro del fideicomiso, lo cual resulta necesario para claridad de las obligaciones de las partes.

Finalmente, se observa que en el contrato de fideicomiso se utilizaron incorrectamente varios términos, concretamente en la cláusula segunda del fideicomiso se indica que “*...el Fiduciario en este acto traspasa en propiedad Fiduciaria dicha suma al Fideicomitente*” En buen término el Fideicomitente es quien traspasaría los recursos al fiduciario para constituir el fideicomiso.

De conformidad con todo lo expuesto, nos vemos en la obligación de devolver el contrato de fideicomiso sin el refrendo correspondiente.

Atentamente,

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

MSc. Celina Mejía Chavarría
Abogada Fiscalizadora