

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio N° **12938**

23 de diciembre, 2010
DCA-1011

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

Estimado señor:

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

Damos respuesta a su oficio DEJ-1960-2010 de fecha 3 de noviembre del año en curso, complementado con el oficio DEJ-2187-2010 de fecha 7 de diciembre 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 el Fondo Nacional de Estabilización Cafetalera (FONECAFE) y el Banco Nacional de Costa Rica.

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 FONECAFE y el Banco Nacional de Costa Rica suscribieron un contrato de fideicomiso con fecha 2 de noviembre del 2010, el cual fue remitido para trámite de refrendo ante este órgano contralor el pasado 3 de noviembre. Sin embargo, al revisar dicho contrato este Despacho encontró una serie de deficiencias en el clausulado, razón por la cual mediante el oficio DJ-0722 del 30 de noviembre se le solicitó a ese Instituto una serie de información adicional y aclaraciones. Ello originó que mediante el oficio DEJ-2187-2010 del 7 de diciembre último, ese Instituto remitiera un nuevo contrato de fideicomiso, en sustitución del primer contrato enviado.

Así las cosas, y 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 FONECAFE y el Banco Nacional de Costa Rica el 7 de diciembre 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, con fundamento en el artículo 4 bis de la Ley 7301 adicionado mediante la Ley 8807 del 26 de abril del 2010, y tomando en consideración las explicaciones dadas por la Dirección Ejecutiva del ICAFE en su oficio DAJ-2187-2010, este Despacho procede a otorgar el refrendo a dicho fideicomiso.

Sin embargo, dicha aprobación se otorga sujeta a las siguientes observaciones:

1. Selección del fiduciario: Con respecto a la selección del Banco Nacional de Costa Rica como fiduciario, se advierte que ello es de absoluta responsabilidad del fideicomitente, ya que de conformidad con el artículo 130 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y por tratarse el banco de una entidad pública, su contratación puede realizarse en forma directa siempre y cuando la entidad contratante acredite el equilibrio y razonabilidad de las prestaciones.
2. Sobre el Programa Nacional de Renovación Cafetalera: en la cláusula tercera del contrato se indica la finalidad del fideicomiso, sea como un instrumento de auxilio en el pago parcial de los intereses que deben cancelar los productores que participen en el “Programa Nacional de Renovación Cafetalera”. Por ello, resulta fundamental tener claramente establecido en qué consiste dicho programa y cuáles son las normas concretas en las que se constituyó y se encuentra regulado actualmente dicho programa. Sin embargo, revisados los acuerdos de la Junta Directiva del ICAFE que en su momento mencionó esa Dirección Ejecutiva para sustentar dicho programa, únicamente hacen referencia al anteproyecto del programa (acuerdo 6, sesión ordinaria 1700 del 12/9/2007), al borrador del programa (acuerdo 11 de la sesión ordinaria 1708 del 7/11/2007), a la coordinación de una estrategia de renovación de cafetales (acuerdo 5, sesión ordinaria 1773 del 4/2/2009), a la propuesta de una agenda política (artículo 8, sesión ordinaria 1779 del 18/3/2009 y artículo 2, sesión ordinaria 1784 del 29/4/2009), y al estudio de un esquema que permita subsidiar al productor de café (acuerdo 17, sesión ordinaria 1787 del 20/5/2009). Como puede observarse, ninguno de los acuerdos citados define ni delimita en qué consiste el “Programa Nacional de Renovación de Cafetales”, de modo tal que este aspecto deberá ser aclarado por la Administración.

Además, se advierte que para cumplir satisfactoriamente con los fines del fideicomiso y lograr un mecanismo ágil y eficiente en el manejo de los recursos, será responsabilidad exclusiva del FONECAFE en calidad de Fideicomitente, definir al fiduciario su programación de desembolsos e instruir oportunamente al fiduciario las directrices de inversión de los recursos ociosos.

3. Constitución del fideicomiso: en la cláusula cuarta del contrato se establece que el fideicomiso no se tendrá por constituido “*hasta tanto el fideicomitente no le haga entrega efectiva del aporte inicial correspondiente al patrimonio fideicometido*” al fiduciario; sin embargo ello no puede quedar como condición suspensiva en forma indefinida. Por lo tanto, lo dispuesto en dicha cláusula se deberá entender en concordancia con lo establecido en la cláusula segunda y en la aclaración dada mediante el oficio DEJ/2187/2010, donde dice que dicho aporte deberá hacerse en un plazo de diez días posterior al refrendo.
4. De las obligaciones del fiduciario: en la cláusula quinta del contrato, inciso 5) se establece que el fiduciario podrá abrir con cargo al fideicomiso las cuentas corrientes necesarias para la adecuada administración del fideicomiso, a su criterio. Mediante el oficio DCA-722 este Despacho le indicó a ese Instituto que tal disposición resultaba improcedente ya que el fiduciario únicamente puede actuar con la autorización previa del fideicomitente, y de conformidad con los parámetros que él le defina. Sin embargo, ese Instituto mantuvo la cláusula en los mismos términos, aún cuando en el oficio DEJ/2187/2010 la Dirección Ejecutiva del ICAFE reconoce que dicha disposición “*queda sujeto en cualquier caso a las instrucciones que deberá esperar el fiduciario por cuenta del fideicomitente*”. Así las cosas, la disposición contenida en el inciso 5) se deberá entender en los términos de la aclaración dada y bajo estos términos es que se otorga el refrendo, lo cual queda de este modo expresamente advertido.

En el inciso 6) de la cláusula quinta no se especificó a quién se le deben girar los recursos, ante lo cual mediante el oficio DEJ/2187/2010 la Dirección Ejecutiva del ICAFE aclaró que “*los montos se girarán a las entidades facilitadoras del crédito con acceso directo al productor, de igual manera aclaramos que el contrato de fideicomiso se amplía a los casos en que el productor de manera directa solicite su crédito en la ventilla (sic) del Banco.*” Así las cosas, la disposición contenida en el inciso 6) deberá entenderse en los términos de la aclaración dada. /En el inciso 6) de la cláusula quinta se hace mención a la Dirección Ejecutiva del FONECAFE, y al numeral segundo de la Ley 8608. Sin embargo, mediante el oficio DCA-722 este Despacho le indicó a ese Instituto que tales referencias son incorrectas ya que la Ley 8608 solo tiene un artículo, y de conformidad con el artículo 2 de la Ley 7301 la administración del FONECAFE corresponde al ICAFE, y por lo tanto el ICAFE es quien tiene la figura de la Dirección Ejecutiva, no el FONECAFE. Por lo tanto, la lectura de dicha cláusula debe entenderse en los términos expuestos.

En el inciso 4) de la cláusula quinta se establece como obligación del fiduciario enviar al fideicomitente “*reportes mensuales en lo que respecta al balance general, estado de resultados, registro auxiliar de inversiones y los asientos del mes*”, sin embargo, dicha norma deberá entenderse complementaria y no excluyente de la obligación establecida en el artículo 644, inciso c) del Código de Comercio, el cual dispone que es obligación del fiduciario rendir cuenta de su gestión al fideicomitente, o a quien éste haya designado.

5. De los límites de responsabilidad del fiduciario: en la cláusula sexta del contrato, inciso 3) se hace referencia a la Dirección Ejecutiva del Fideicomitente, sea el FONECAFE, lo cual como ya indicamos. Además, en el inciso 8) de la misma cláusula se hace referencia al límite en la responsabilidad del fiduciario por las inversiones que realice, sin embargo dicha disposición debe entenderse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 648 del Código de Comercio que dispone que en toda operación que implique inversiones de dinero o fondos líquidos debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso.
6. Obligaciones del fideicomitente: en la cláusula séptima del contrato inciso 4) se establece como una obligación del fideicomitente *“contar con los recursos suficientes para cubrir los honorarios y cualquier otro cargo que el fiduciario le aplique, siempre y cuando se encuentre dentro de los términos pactados en el contrato.”* Al respecto debe tenerse presente que los recursos del fideicomiso únicamente se pueden utilizar para los fines establecidos en la norma que lo crea. Ahora bien, mediante el oficio DEJ/2187/2010 la Dirección Ejecutiva del ICAFE aclaró que *“los cargos a los que se refiere la cláusula séptima en su inciso 4) serán cubiertos con recursos propios del fideicomitente”*, razón por la cual en ese sentido deberá entenderse la cláusula citada. Ello implica además, que el fiduciario no podrá utilizar recursos del fideicomiso para los fines indicados en este inciso.
7. Inversiones del fideicomiso: en la cláusula décima del contrato se establece que *“el fiduciario invertirá los fondos fideicometidos en la moneda original en que sean realizadas las aportaciones por parte del Fideicomitente”*. Mediante el oficio DEJ/2187/2010 la Dirección Ejecutiva del ICAFE aclara que *“la inyección o aporte económico al fondo se realizará en colonas, y los giros al sector beneficiado a saber destino final los productores, serán en esa misma moneda, todas aquellas inversiones apegadas a lo que establece el contrato de fideicomiso se realizará en moneda nacional, por lo que se descarta realizar inversiones en otro tipo de moneda.”* Así las cosas, la disposición contenida en la cláusula décima citada deberá entenderse en los términos de la aclaración dada por la Administración y la inversión de los fondos limitada en ese sentido. Además, el artículo 648 del Código de Comercio dispone que *“En toda operación que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos, debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso”* razón por la cual lo dispuesto en la cláusula décima con respecto a las inversiones debe entenderse en concordancia con lo dispuesto en el citado artículo 648.
8. Desembolsos: en la cláusula décima primera del contrato se hace referencia a la Dirección Ejecutiva del Fideicomitente, por lo que aplica lo expuesto líneas atrás. Además, se advierte que de previo a girar recursos a la cuenta de los productores o a las entidades facilitadoras del crédito, el fideicomitente y el fiduciario deberán verificar que tales beneficiarios cuentan con los requisitos necesarios para ser considerados como tales. Además, se advierte que es responsabilidad exclusiva de esa Administración el diseñar e implementar los sistemas de control interno para asegurar que los recursos se estén aplicando de conformidad con los objetivos del Programa Nacional de Renovación Cafetalera en el auxilio del pago parcial de intereses del productor de café, y que el mismo califica como beneficiario de dicho programa.

Dichos mecanismos de control deberán ser extensivos a los procedimientos de fiscalización que se implementen a través de las entidades facilitadoras de crédito. Aunado a lo anterior, cabe recalcar que los documentos y resolución motivada que respalden los desembolsos deberán quedar debidamente acreditados y documentados en el expediente administrativo, y sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

9. Honorarios del fiduciario: en la cláusula décima segunda del contrato se establecen los honorarios que devengará el fiduciario por la administración del fideicomiso. Al respecto hemos de indicar que de conformidad con el artículo 9 del “Reglamento sobre el refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública” es responsabilidad exclusiva de la Administración, quien debe constatar la razonabilidad del precio pactado, y por lo tanto dicho aspecto no es abordado en este análisis.

Además, en dicha cláusula se indica que *“el fiduciario queda facultado para debitar del capital fideicometido todos los gastos extraordinarios en que incurra en la administración y manejo del fideicomiso, pudiendo retenerlos de los rendimientos con la consulta previa y la autorización del Fideicomitente.”* Tal disposición resulta improcedente, ya que el patrimonio del fideicomiso únicamente se puede utilizar para los fines establecidos en su ley de creación. Por lo tanto, este refrendo se otorga en el entendido que los gastos extraordinarios serán cubiertos en su totalidad por parte del fideicomitente y no con cargo al capital fideicometido ni a sus rendimientos generados.

10. Gastos e impuestos: en la cláusula décima tercera del contrato se contemplan una serie de gastos ajenos a la finalidad del fideicomiso, que no se encuentran contemplados en el contrato pero que pueden afectar ahora o en el futuro al fideicomiso. Mediante el oficio DCA-722 este Despacho advirtió que tales gastos no pueden ser cargados o asumidos con el patrimonio del fideicomiso, salvo los impuestos y tasas correspondientes que así lo establece el artículo 651 del Código de Comercio. Si bien en esta versión las partes modificaron la redacción de la cláusula, es lo cierto que su redacción no quedó del todo clara en cuanto a quién asumirá estos pagos. Por lo tanto, el refrendo se otorga en el entendido de que tales gastos no pueden ser cargados o asumidos con el patrimonio del fideicomiso, sino que los asumirá el fideicomitente con sus propios recursos. En ese sentido deberá entenderse la citada cláusula.
11. Rendición de cuentas: en la cláusula décimo cuarta del contrato se establece que el fiduciario rendirá al fideicomitente un informe mensual en formato Excel, ante lo cual mediante el oficio DEJ/2187/2010 la Dirección Ejecutiva del ICAFE aclaró que *“el informe en formato digital al que refiere la cláusula décima cuarta es complementario, por cuanto el fiduciario deberá mantener a disposición del fideicomitente en todo momento los informes en formato físico original de todas las operaciones que registre el fideicomiso.”* Así las cosas, la disposición contenida en esta cláusula deberá entenderse en los términos de la aclaración dada.
12. Plazo del fideicomiso: en la cláusula décimo sexta del contrato se establece un plazo de vigencia del fideicomiso de diez años, con la posibilidad de prórroga en forma automática por

períodos iguales hasta completar treinta años. Al respecto hemos de indicar que como el fideicomiso es creado con una finalidad específica, sea “*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*” pero ello dentro del Programa Nacional de Renovación Cafetalera, es claro que el plazo del fideicomiso está directamente ligado a la existencia de dicho programa. Por lo tanto, la prórroga establecida no puede ser automática sino que debe ser expresa, de forma tal que de previo a acordar la prórroga del contrato de fideicomiso, el fideicomitente debe -mediante acto debidamente motivado- verificar y dejar constancia de la vigencia del citado programa así como la conveniencia de continuar con el fideicomiso. En caso de que el Programa Nacional de Renovación Cafetalera deje de operar, en ese mismo sentido pierde su razón de ser el fideicomiso, y por consiguiente, éste no podrá seguir funcionando. Además, se advierte que el plazo máximo de treinta años de vigencia establecido en el contrato se deberá entender que incluye la sumatoria del plazo inicial.

13. Cláusula arbitral: en la cláusula décima séptima del contrato se establece que “*Las partes acuerdan solucionar cualquier conflicto que se presente durante la vigencia y con ocasión del presente contrato por medio del arbitraje y a someterse a lo que el tribunal arbitral resuelva.*” Tal redacción implica que las partes aceptan la vía del arbitraje para solucionar cualquier conflicto que se presente durante la vigencia del contrato, lo cual no puede considerarse de manera obligatorio ya que tratándose de entidades de derecho público el arbitraje es facultativo, y únicamente puede resolverse por esta vía asuntos de índole patrimonial (ver artículo 18 de la Ley No.7727). Así las cosas, lo dispuesto en dicha cláusula contractual deberá entenderse en los términos aquí expuestos.

Finalmente, se advierte que todos los condicionamientos aquí expuestos, deberán ser comunicados formalmente al fideicomitente y al fiduciario lo antes posible, a fin de que las partes tengan conocimiento de ello y tomen las medidas necesarias para ajustar sus actuaciones al cumplimiento de las indicaciones dadas por este órgano contralor.

Atentamente,

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Licda. Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

MSc. Celina Mejía Chavarría
Fiscalizadora

Máster Feliz Hidalgo Badilla
Fiscalizador

Adjunto: expediente administrativo
CMCH/ymu
Ci: Archivo Central
NI: 21330, 23853
G: 2010001859-4 y