

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase

Al oficio No. 08124

30 de agosto, 2011

DCA-2218

Ingeniero
Rónald Peters Seevers
Director Ejecutivo
Instituto del Café de Costa Rica

Estimado señor:

Asunto: Se devuelve sin refrendo por no requerirlo, adenda al contrato de fideicomiso de administración e inversión para el Programa Nacional de Renovación Cafetalera FONECAFÉ/BANCO NACIONAL DE COSTA RICA

Nos referimos a su oficio DEJ/1058/2011 mediante el cual solicita el refrendo a la adenda al contrato de fideicomiso de administración e inversión para el Programa Nacional de Renovación Cafetalera FONECAFÉ/BANCO NACIONAL DE COSTA RICA

Mediante oficios No. DCA-1931 del 28 de julio, y DCA-2169 del 24 de agosto, ambos del 2011, este órgano contralor requirió información adicional, la cual fue contestada por notas DEJ/1093/2011 y DEJ/1190/2011.

Una vez efectuado el estudio de rigor, nos permitimos manifestar:

El artículo 4 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, dispone en lo que interesa:

“En los casos de modificaciones al objeto de los contratos administrativos refrendados por la Contraloría General de la República, originadas en el ejercicio de la potestad de modificación unilateral prevista en los artículos 12, párrafo primero, de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su Reglamento, se requiere refrendo cuando la sumatoria de las modificaciones consistentes en aumentos al objeto contractual sea superior al 10% del monto del contrato, incluyendo en ese monto los reajustes o revisiones del precio./ (...)Requerirán refrendo cualesquiera otras modificaciones a los otros elementos esenciales de los contratos administrativos distintos al objeto, en el tanto esos contratos hayan sido a su vez refrendados por la Contraloría General de la República”

En relación con los elementos esenciales de una contratación, este órgano contralor ha dicho:

“2) Constituyen elementos esenciales de toda contratación a) las partes (en el tanto se trate de obligaciones personales), b) precio, c) objeto, d) plazo y e) distribución de riesgos del negocio jurídico. Sin

embargo, para el caso de las partes, debe aclararse que este órgano contralor ha dicho que en la sustitución de propietario en arrendamiento, no se está en presencia de un cambio sustancial del contrato de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos (Oficio 10 (DCA-003) del 8 de enero de 2007). Asimismo en casos de venta de establecimiento mercantil, sucesiones, extinción del usufructo no se estaría en presencia de una cesión, por lo que tampoco las partes constituirían un cambio a un elemento esencial (Oficio 345 (DCA-153) del 18 de enero de 2007)/ 3) La forma de pago en sí misma no es un elemento esencial de una relación contractual/ (...)Ahora bien, a pesar de lo indicado en el párrafo precedente, debe tenerse en consideración que pueden existir contrataciones cuya variación en la forma de pago dispuesta originalmente, incida de una u otra forma en los elementos esenciales del contrato tales como precio, plazo, objeto, distribución de riesgos o partes.” (Oficio No. 7074 (DCA-2201) del 3 de julio, 2007.)

Con base en lo anterior, se hace necesario analizar si las modificaciones incorporadas en la adenda en estudio, son o no esenciales.

En relación con los cambios pretendidos en las cláusulas tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, décima, décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima sexta, décimo séptima y vigésima tercera, éstas lo que hacen es incorporar las observaciones y condiciones que hiciera esta Contraloría General, cuando refrendó el contrato de fideicomiso, según los términos del oficio No. 12938 (DCA-1011) del 23 de diciembre de 2010.

Incluso en el oficio DEJ/1093/2011 esa entidad señaló:

“En relación a esta solicitud, indicamos que la adenda al contrato de Fideicomiso para el Programa Nacional de Renovación Cafetalera FONECAFÉ/BANCO NACIONAL DE COSTA RICA se constituye en una modificación, para los efectos de incluir el Sistema de Banca de Segundo Piso que más adelante desarrollaremos de acuerdo a su requerimiento; y aclaratoria, en el entendido que tiene como sustento, las observaciones realizadas por el Ente Fiscalizador de la Hacienda Pública y fueron comunicadas a este Instituto bajo consecutivo DCA-1011 de fecha 23 de diciembre de 2010 en oficio 12938”.

En ese sentido, es importante advertir que tales cambios no son a los elementos esenciales del contrato; el plazo, partes, objeto y monto siguen siendo el mismo. Dichas modificaciones incorporan las observaciones que hiciera este Despacho cuando refrendo el contrato de fideicomiso.

Por otra parte, la adenda también pretende modificar la cláusula décima primera. La misma lo que hace es incluir un mecanismo más del giro: sistemas de banca del segundo piso, el cual según lo indicado por el ICAFÉ en el Oficio No. DEJ/1093/2011 *“Esta opción se incluyó como una ampliación que modifica el texto original en el tanto ofrece una nueva opción (...)”*

Además se estableció un margen de intermediación financiera que cobrarán las entidades facilitadoras de crédito, el cual no podrá exceder de 3 puntos porcentuales sobre la tasa básica pasiva del Banco Nacional. En este punto, debe advertirse, que según nota DEJ/1190/2011 “... quienes aportarán los recursos para el pago de la intermediación serían los usuarios del crédito”

Bajo esa línea de ideas, siendo que la banca de segundo piso es un mecanismo más de giro, y en vista que el aporte de la intermediación, no afecta los recursos del fideicomiso, este Despacho considera que estas incorporaciones, son propias de la ejecución del fideicomiso, que en modo alguno modifican elementos esenciales del contrato.

Así las cosas, y en razón que no se cumplen los presupuestos del artículo 4 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, procede devolver sin refrendo, por no requerirlo, la adenda de mérito, siendo de exclusiva responsabilidad de ese órgano contralor la legalidad y razonabilidad del mismo.

Finalmente, debemos manifestar que, en relación con la solicitud que esa Administración hace en el oficio No.DEJ/1093/2011, respecto a valorar las propuestas de una nueva redacción para las cláusulas séptima, décimo segunda y décima tercera, este órgano contralor, no es competente para pronunciarse sobre potenciales variaciones. De allí, que dichas valoraciones son de exclusiva responsabilidad de la Administración quien debe valorar la procedencia jurídica de las mismas, así como las formalidades propias de la eficacia.

Atentamente,

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Licda. Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

Anexo: fólder con adenda original

LGB/ymu
Ci: Archivo Central
NI: 12537, 13239, 14827
G: 2010001859-8