

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio N° **10733**

07 de octubre, 2013
DCA-2470

Señora
Mayra Díaz Méndez
Gerente General
Instituto Mixto de Ayuda Social

Estimada señora:

Asunto: Se devuelve sin refrendo por no requerirlo, la adenda quinta al contrato de fideicomiso 32-04 BANCREDITO-IMAS-BANACIO/73-2002 suscrita el 04 de setiembre de 2013 entre el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), el Banco Nacional y el Banco Crédito Agrícola de Cartago.

Nos referimos a su oficio No. GG-1732-09-2013 del presente año, mediante el cual solicita el refrendo a la adenda quinta al contrato de fideicomiso 32-04 BANCREDITO-IMAS-BANACIO/73-2002, indicada en el asunto.

Según se indica en la adenda en cuestión, se pretenden incorporar a nuevos fideicomisarios garantizados. Además se establece que el fiduciario podrá formalizar garantías a otros fideicomisarios garantizados hasta en un 20% de los recursos provenientes del saldo disponible mensual.

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. [...] 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, afectan elementos esenciales del contrato.

Tal y como se mencionó, la adenda pretende incorporar la posibilidad de nuevos fideicomisarios garantizados, pero limitarlo a un porcentaje del 20% del monto del fideicomiso.

Ante esto, debe recurrirse a la cláusula décima cuarta del contrato original, que establece:

“Queda especialmente entendido que la FIDUCIARIA no podrá aceptar la reducción del capital en Fideicomiso, la cancelación del contrato, la modificación del plazo ni la inclusión de nuevos fideicomisarios, ni garantizar con los activos fideicometidos créditos distintos a los CRÉDITOS GARANTIZADOS, salvo que la FIDEICOMITENTE y el FIDEICOMISARIO GARANTIZADO procedan a modificar formalmente y por escrito al FIDEICOMISO” (destacado no es del original)

Se ve entonces que la inclusión de nuevos fideicomisarios garantizados, estaba previsto desde el contrato original, por lo que tal posibilidad ya había sido aprobada por este órgano contralor mediante oficio No. 4685 (DI-AA-1293) del 26 de abril de 2002, quedando a criterio de las partes su ejecución. En esta ocasión se indica que tal inclusión se pretende de forma limitada a un 20% del monto del fideicomiso, aspecto que se considera propio de la ejecución.

De lo que viene dicho se debe indicar que no se evidencia una modificación sustancial a los elementos esenciales del contrato que impongan el refrendo de las modificaciones propuestas, ya que el precio – entendido como los diferentes aspectos contables del fideicomiso-, el objeto y el plazo se mantienen; y lo referente a las partes y la consecuente distribución de riesgos fue establecido como una posibilidad de ejecución del negocio, contemplada dentro del contrato original.

Siendo ello así, se devuelve sin refrendo, por no requerirlo la adenda de cita, quedando bajo la exclusiva responsabilidad de las Administraciones suscribientes adoptar las medidas de control interno relativas a la gestión contractual.

Atentamente,

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora