

Al contestar refiérase  
al oficio N° **11230**

06 de agosto de 2015  
**DCA-1926**

Señor  
Pedro Suárez Baltodano  
VicePresidente  
**TRIBUNAL REGISTRAL ADMINISTRATIVO**

Estimado señor:

**Asunto:** Se emite criterio con relación a la viabilidad de incorporar al contrato de fideicomiso inmobiliario suscrito entre el Tribunal Registral Administrativo y el Banco de Costa Rica, la nueva modalidad de operar el manejo de los recursos a través del mecanismo de la interpretación o aclaración a que se refiere la cláusula 8.15.

Damos respuesta a su oficio PR-034-2015 de fecha 09 de junio de 2015, recibido en esta Contraloría General de la República el 11 de junio de 2015, por medio del cual solicita que se emita criterio con relación a la viabilidad de incorporar al contrato de fideicomiso inmobiliario suscrito entre el Tribunal Registral Administrativo y el Banco de Costa Rica, la nueva modalidad de operar el manejo de los recursos a través del mecanismo de la interpretación o aclaración a que se refiere la cláusula 8.15.

#### **I. Motivo de la consulta.**

Menciona que ese Tribunal suscribió un contrato de fideicomiso inmobiliario con el Banco de Costa Rica, para desarrollar la obra de construcción y equipamiento de su sede, fijándose el presupuesto de la obra en  $\text{¢}3.105.000.000.00$ , monto que sería depositado a favor del Fideicomiso.

Señala que a raíz de una consulta efectuada por esta Contraloría General al atender la gestión de refrendo de dicho contrato, se estableció en la cláusula 2.1 inciso b) que la transferencia del indicado monto se efectuaría en un solo tracto a una cuenta que el Banco de Costa Rica abriría a nombre del Fideicomiso. Sin embargo, indica que una vez obtenido el refrendo por parte de este órgano contralor, se procedió a solicitar a la Tesorería Nacional que efectuara el respectivo traslado, no obstante, señala que la Tesorería estableció que no podría hacerse el traslado de la totalidad del monto en un solo tracto a la cuenta del Banco de Costa Rica, sino que se trasladarían a una cuenta en la Caja Única del Estado.

Indica que el cambio mencionado fue comunicado al Banco de Costa Rica, el cual se manifestó conforme, al considerar que la instrucción que emanaba del Ministerio de Hacienda solamente modificaba la operatividad del manejo de los recursos, sin modificar la naturaleza y fondo del

contrato. Agrega que el Banco suscribió el convenio con el tesorero digital a fin de poder administrar los fondos del fideicomiso en calidad de fiduciario directamente y conforme a la planificación presupuestaria que se presenta mensualmente.

Estima que no se está modificando el objeto contractual, toda vez que los recursos fueron depositados en un solo tracto en la cuenta a nombre del Fideicomiso en la Caja Única del Estado y se encuentran disponibles para ser administrados y girados al Fiduciario según la planificación financiera que presente, por lo que la forma de incorporar ese nuevo procedimiento, es a través de la firma de una interpretación o aclaración según lo dispuesto en la cláusula 8.15.

## **II.- Criterio de la División.**

### **1. Sobre los alcances de nuestro pronunciamiento.**

En primer término, cabe señalar que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se regula en el artículo 29 de su Ley Orgánica, No. 7428 del 4 de setiembre de 1994 y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, Resolución No. R-DC-197-2011.

Este órgano contralor, de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva o en su caso por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, de tal manera que lo que se emiten son criterios generales.

Este proceder se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Es importante aclarar que considerando el contexto de la consulta que mediante el presente oficio se atiende, necesariamente debemos hacer referencia al caso concreto del contrato de fideicomiso respecto del cual se hace la consulta, por lo que las consideraciones que a continuación se efectúan resultan aplicables exclusivamente para para ese supuesto en particular.

### **2. Sobre las disposiciones de la Tesorería Nacional sobre el traslado de los recursos fideicometidos.**

Dentro del marco de la presente consulta, mediante oficio No. 08664 (DCA-1412) del 19 de junio de 2015, este órgano contralor consultó a la Tesorería Nacional se sirviera a indicar cuáles eran las directrices que se habían emitido en materia de manejo de los recursos fideicometidos, aclarando si en su opinión, tales disposiciones se oponían a las cláusulas contractuales sobre el manejo de inversiones incorporadas a los referidos contratos de fideicomiso.

La Tesorería Nacional respondió nuestra consulta por medio del oficio No. TN-1161-2015 del 10 de julio de 2015, señalando que ha utilizado diferentes mecanismos para la regulación del tratamiento de los fideicomisos, entre ellos el oficio TN-DF-DSFT-72-2015 dirigido al Tribunal Registral Administrativo, de fecha 26 de enero del 2015; diferentes reuniones presenciales para el análisis de esta figura en el ámbito público, realizadas en las fechas 04 y 24 de febrero, y 03 de marzo del año en curso, las cuales fueron efectuadas con diferentes instituciones, entre ellas la Contraloría General de la República; además de criterios emitidos sobre proyectos de ley que se encuentran en discusión en la corriente legislativa.

Agrega que el objetivo de esos mecanismos se enfoca de forma concreta en la imposibilidad jurídica de las instituciones y entes del sector público, cubiertos por el principio de caja única, de realizar fideicomisos de inversión, esto por cuanto esta figura es contraria a lo establecido en el artículo 185 de la Constitución Política, y los artículos 43 y 66 de la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos, No. 8131, siendo un instrumento que provoca ineficiencia en el manejo de recursos públicos. Se indica asimismo, que la Procuraduría General de la República, ha emitido los dictámenes Nos. C-297-2005 y C-032-2014, los cuales respaldan esa posición.

Finalmente, indica que actualmente se encuentran en la elaboración de una directriz que delimite, profundice y norme el proceder en el sector público con respecto a los fideicomisos.

Es preciso tener presente que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 58 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, No. 8131, del 18 de setiembre de 2001, el Subsistema de Tesorería comprende tanto el conjunto de órganos participantes como las normas y los procedimientos utilizados en la percepción, el seguimiento y control de los recursos financieros del tesoro público y en los pagos de las obligaciones contraídas de conformidad con la Ley de presupuesto, así como la administración y custodia de los dineros y valores que se generen.

Por su parte, señala el artículo 59 de la citada Ley No. 8131 que los objetivos de dicho Subsistema son los siguientes: *"a) Mantener al menor costo posible la liquidez necesaria, para cumplir oportunamente los compromisos financieros de la ejecución del Presupuesto de la República. b) Propiciar la recaudación adecuada de los ingresos correspondientes al tesoro público. c) Realizar, de manera eficiente y eficaz, los pagos que correspondan. d) Administrar la liquidez del Gobierno de la República en procura del mayor beneficio de las finanzas públicas. e) Mantener al día el servicio de la deuda pública."*

Así, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 60 la Tesorería Nacional es el órgano rector del Subsistema de Tesorería por consiguiente, es el encargado de coordinar el funcionamiento de todas las unidades y dependencias que lo conforman.

De tal suerte que el contrato de fideicomiso suscrito por ese Tribunal con el Banco de Costa Rica y refrendado por esta Contraloría General deberá ejecutarse en armonía con cualquier disposición que emita dicha Tesorería en el ámbito de su competencia.

Bajo esa línea precisamente, en el oficio No. 14778 (DCA-3412) del 19 de diciembre de 2014 por medio del cual se refrendó el referido contrato de fideicomiso, se señaló en el inciso 3 del punto V. Condiciones bajo las cuales se concede el refrendo, que con relación a la cláusula 2.1, inciso b) relativa al traslado al Fideicomiso de los recursos que cubrirán la construcción de las obras, resultaba de la responsabilidad exclusiva del Tribunal garantizar el cumplimiento de los permisos y cualquier otro requisito previsto en el ordenamiento jurídico en cuanto a la transferencia de los recursos del TRA en tiempo y monto según lo requiere el Fiduciario. Ello de conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Con lo cual, considerando que de acuerdo con lo indicado en su oficio de consulta, posterior al refrendo la Tesorería indicó que los recursos no podrían ser trasladados en su totalidad a la cuenta del Banco de Costa Rica, sino que se trasladarían a una cuenta en la Caja Única del Estado a nombre del Fideicomiso, se deberá armonizar la referida cláusula 2.1 inciso b) a lo dispuesto por la Tesorería, por ser el órgano rector en la materia.

Ahora bien, estima esta Contraloría General, que lleva razón ese Tribunal respecto a que las disposiciones giradas por la Tesorería Nacional en cuanto a este contrato en particular refieren a aspectos operativos sobre la forma en que se manejarán los recursos depositados en la Caja Única del Estado en una cuenta a nombre del Fiduciario.

En efecto, no se estaría presentando una modificación a los elementos esenciales<sup>1</sup> del contrato, pues el patrimonio del fideicomiso continúa siendo el mismo, al no variarse el monto definido en un principio; la finalidad perseguida con el contrato sigue siendo la originalmente concebida, a saber, la construcción del edificio sede del Tribunal, e incluso el traslado de los fondos se estaría efectuando en un solo tracto a favor de una cuenta a nombre del Fideicomiso, variando únicamente el procedimiento de traslado, en atención a las disposiciones de la Tesorería Nacional.

Es importante tener a su vez presente, que las nuevas disposiciones emitidas por la Tesorería Nacional en torno al manejo de los recursos fideicometidos en el caso de este contrato de fideicomiso en particular, es un aspecto que estimamos se engloba como uno de los permisos y

---

<sup>1</sup> En relación con los elementos esenciales del contrato, este órgano contralor ha sostenido:

*“(…)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)” (Oficio No. 7074 (DCA-2201) del 3 de julio, 2007).*

autorizaciones relacionados con la transferencia de recursos a que se refiere el numeral 3, del punto V. Condiciones bajo las cuales se concede el refrendo, citado anteriormente.

Así las cosas, al no encontrarnos frente a una modificación al objeto, sino que el cambio consiste básicamente en realizar los ajustes operativos necesarios para adaptarse a las disposiciones emitidas por la Tesorería Nacional, no estaríamos en presencia de ninguno de los supuestos de modificaciones contractuales que requieran contar con el requisito del refrendo, según los parámetros establecidos en el artículo 4 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

En ese orden de ideas, estima este órgano contralor que en la medida en que el cambio se encuadre específicamente dentro del contexto descrito en su oficio de consulta, nos encontraríamos frente a un supuesto en que resultaría aplicable la cláusula 8.15 del contrato de fideicomiso, al tratarse de un aspecto dirigido a mejorar el cumplimiento de las obligaciones pactadas durante la fase de ejecución, consistiendo por tanto en una aclaración o interpretación a los términos contractuales y no a una modificación per se.

Sí estima esta Contraloría General que en aras de contar con la adecuada seguridad jurídica es preciso que se regule en forma clara las reglas aplicables a los fideicomisos del sector público cubiertos por el principio de caja única.

De la anterior forma dejamos evacuada su consulta.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas  
**Gerente de División**

Adriana Pacheco Vargas  
**Fiscalizador**

*APV/ymu*

**Ni:** 14958, 17884

**Ci:** Sistema de Administración Financiera de la República, DFOE.

*Tesorería Nacional*

*Archivo central*

**G:** 2015001689-1