

**Al contestar refiérase
al oficio No. 05571**

17 de mayo, 2017
DCA -1000

Señora
Elibeth Venegas Villalobos
Alcaldesa Municipal
Municipalidad de Pococí

Estimada señora:

Asunto: Se deniega refrendo al contrato suscrito entre la Municipalidad de Pococí y el Banco Nacional de Costa Rica, para la constitución del Fideicomiso de Financiamiento de Obra Pública de la Municipalidad de Pococí, por un costo total de ¢4.943.611.890,00 (cuatro mil novecientos cuarenta y tres millones seiscientos once mil ochocientos noventa colones).

Nos referimos a su oficio No. DA-314-2017, recibido en esta Contraloría General el día 18 de abril del presente año, mediante el cual solicita el refrendo contralor al contrato suscrito entre la Municipalidad de Pococí y el Banco Nacional de Costa Rica, para la constitución del Fideicomiso de Financiamiento de Obra Pública de la Municipalidad de Pococí, por un costo total de ¢4.943.611.890,00 (cuatro mil novecientos cuarenta y tres millones seiscientos once mil ochocientos noventa colones).

Sobre el particular y de conformidad con el estudio del contrato sometido a refrendo, procede indicar lo siguiente:

I. Antecedentes.

Indica la Administración que en razón de contar con un edificio propio que albergue las oficinas municipales para una adecuada prestación de sus servicios al Cantón de Pococí, se ha llegado a la conclusión que la figura del Fideicomiso de Desarrollo de Obra Pública, es la opción que muestra mayores ventajas para el desarrollo de dichas instalaciones, y que para dicho esquema se ha propuesto al Banco Nacional de Costa Rica, utilizar el esquema denominado "Fideicomiso de Obra Pública" para generar los recursos financieros para la gestión del mismo que incluye el diseño, construcción y equipamiento del Edificio Municipal.

Manifiesta la Municipalidad que su solicitud conlleva el refrendo para la constitución del Contrato de Fideicomiso de Desarrollo de Obra Pública, considerando que el mismo lleva consigo el aporte como patrimonio del mismo derecho de usufructo sobre un terreno de propiedad municipal para el desarrollo del edificio, mismo que podrá ser arrendado en condiciones de un arrendamiento operativo, para que el Fideicomiso pueda contar con los recursos suficiente para satisfacer sus obligaciones financieras.

II. Criterio de la División.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública de cita, el refrendo es un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo, y por medio de este, este órgano contralor examina y verifica que el clausulado del contrato se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el numeral 8 del mismo reglamento en mención.

El artículo 8 de cita, señala a su vez en lo que interesa destacar, que el análisis que realiza esta Contraloría General para determinar la procedencia o no del refrendo, es de legalidad y no de oportunidad o conveniencia, y no implica una revisión integral del expediente de la contratación, sino que se circunscribe a la verificación de ciertos aspectos, entre ellos, que los derechos, obligaciones y demás condiciones incluidas en el contrato, se ajusten al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, de la revisión realizada por esta Contraloría General de la República del contrato aportado para refrendo, se observan una serie de inconsistencias tanto de carácter general del esquema del negocio planteado, como del clausulado del contrato propiamente dicho, las cuales generan un alto grado de incerteza respecto a elementos básicos del contrato -lo cual se verá más adelante- que imposibilitan a este Despacho a otorgar la aprobación solicitada por esa Municipalidad.

De acuerdo con lo anterior, procederemos a indicar las inconsistencias encontradas en la gestión, que mueven a este Despacho a denegar el refrendo del contrato sometido a nuestro conocimiento.

i. Aspectos generales y del procedimiento.

Para iniciar con el análisis de estos puntos, se tiene que la Administración solicitante deberá explicar con mayor detalle, las razones por las cuales considera que recurrir al instrumento del Fideicomiso resulta ser la alternativa más adecuada en este caso, ello por cuanto en el considerando tercero del contrato se hace referencia a que se valoraron otras alternativas, sin que se conozca en qué consistieron estar y por qué razón fueron descartadas.

Deberá señalarse además, si la Administración curso invitación a otros Bancos Públicos para obtener los servicios como fiduciario en el proyecto requerido, ello por cuanto no se observa dentro de la información aportada, ofertas o valoraciones realizadas por la Administración de ofertas presentadas por otros bancos. En caso de no haberse valorado otras opciones, le corresponderá a la Municipalidad justificar dicha decisión.

Asimismo, debe la Administración justificar por qué si bien sería la Municipalidad la principal beneficiada con el proyecto en cuestión, es decir con la construcción del edificio municipal, no se ha propuesto que esa entidad sea considerada como fideicomisario dentro del

presente contrato de fideicomiso. En caso de considerarse la participación municipal, deberá efectuarse la respectiva modificación al contrato.

Deberá incluirse también, un acuerdo del Concejo Municipal, en donde además de autorizar a la Alcaldesa a presentar el contrato a refrendo ante esta Contraloría General, se refleje su aprobación al proyecto definido, debido a que no se cuenta con el visto bueno o aprobación del Concejo Municipal, respecto al contrato remitido a refrendo por la Alcaldesa.

Respecto al objeto del presente contrato, esta Contraloría General observa la existencia de imprecisiones que llevan a tener como poco claro su alcance, lo anterior tomando en cuenta que según la página 10 del contrato, el objeto contractual se orienta hacia la "contratación de diseños, planos, permisos, construcción y equipamiento de un edificio donde se ubicarán las oficinas de la Municipalidad de Pococí".

No obstante, no le queda claro a este órgano contralor si se pretende construir solamente un edificio que albergue las oficinas de la Municipalidad de Pococí, o si también se piensan construir otras edificaciones, o si se tiene proyectado la construcción de un único edificio que albergue tanto las oficinas de la Municipalidad, como otros locales que puedan ser explotados por el Fideicomiso, aspecto que debe ser aclarado por la Municipalidad, adecuando para ello el contrato respectivo en lo pertinente.

Asimismo, del plano catastrado que se aporta junto con el estudio geotécnico realizado por la empresa Castro de la Torre, se desprende que dentro del terreno donde se pretende construir el edificio municipal se encuentra un palacio municipal, un parqueo, un restaurante, locales comerciales y una terminal de autobuses.

Así pues deberá explicarse en una futura gestión si dentro del lote en cuestión se encuentra construido algún tipo de edificación, y si el contrato en cuestión incluye la demolición, remodelación y/o restauración de estos edificios, lo anterior siendo que dentro del objeto contractual definido no se ha incluido demolición o remodelación de otros edificios y que la propia Municipalidad ha dicho que se encuentra alquilando una edificación que no es de su propiedad para albergar sus oficinas. Al respecto, llama la atención que el estudio de áreas y costos del proyecto¹, no incorpora ningún rubro relativo a demolición o remodelación, sino que contempla únicamente el desarrollo de obra nueva.

Deberá explicarse además, qué va a suceder con las edificaciones que eventualmente podrían existir dentro de dicho inmueble, una vez que se inicie con el presente proyecto, y si en caso de tener que demoler alguna edificación que se encuentre en uso de un tercero, si este tercero debe ser indemnizado, y en caso de ser así, si esta indemnización sería con cargo al fideicomiso o de la propia Municipalidad.

Asimismo, se observa que el estudio geotécnico realizado por la empresa Castro de la

¹ Realizado por el ingeniero Brandon Agüero del Departamento de Obras Civiles y Servicios de la Municipalidad de Pococí

Torre se basa en la construcción de un edificio de 4 pisos, en tanto que la Municipalidad estima las áreas y costos considerando 5 pisos, sin que se aclare en el expediente remitido a qué obedece esta diferencia, y si dicha diferencia implica una modificación de las áreas y monto del proyecto estimado por la Administración.

Por otra parte, si bien se ha definido que el financiamiento del fideicomiso puede venir de títulos de oferta pública o privada, o créditos, lo cierto es que a lo largo del contrato existen cláusulas que hacen exclusiva referencia a la opción de la colocación de títulos valores, dejando por fuera la opción de créditos bancarios, -como sucede por ejemplo en las cláusulas 29 y 30-, así las cosas, es necesario modificar el contrato para que cuando se haga referencia a las fuentes de financiamiento y a los diferentes cursos de acción a tomar en relación con ese financiamiento, se contemple, siempre que corresponda, tanto la opción de títulos valores como de la de crédito bancario.

En relación con el precio en esta contratación, el Banco Nacional presentó cotización de servicios mediante el oficio DAF-015-2016, que incluye en el Anexo 2, un comparativo de honorarios y servicios de estructuración en vehículos de propósito especial tanto del BNCR como de otras entidades financieras, con el propósito de brindarle a la Municipalidad *“información de referencia para establecer elementos de comparación en servicios similares del mercado costarricense, sobre la razonabilidad de los honorarios que presenta el Banco Nacional en su oferta económica”* (página 2 de la oferta). Al respecto mediante oficio del 21 de noviembre 2016, el coordinador de Hacienda Municipal, señor Mauricio Garita Varela, se limita a concluir que la oferta económica presentada es razonable de acuerdo con el estudio de mercado suministrado por el oferente, sin que se aporte información respecto de las verificaciones y valoraciones puntuales realizadas por la Administración.

Así las cosas, no se tiene por acreditado el análisis realizado, tanto para los servicios de estructuración como de fiducia, con indicación de los parámetros y elementos de juicio utilizados, que permite arribar a esa conclusión.

En cuanto al modelo de negocio, se establece que como fuente de repago de las obligaciones del Fideicomiso se suscribirán contratos de arrendamiento con la Municipalidad de Pococí y con terceros públicos o privados. Asimismo, según estudio de áreas y costos del proyecto, se estima que la cuota mensual total de arrendamiento a cancelar al Fideicomiso, por todo el proyecto, incluyendo oficinas municipales, locales comerciales y parqueos, asciende a ₡47,7 millones; y se concluye que con una ocupación del 100% de los locales comerciales y sus respectivos parqueos, la Municipalidad únicamente debería cancelar ₡11,0 millones mensuales.

Sin embargo, de la información remitida no se desprende cuál es la valoración realizada del riesgo de ocupación y quién asume este riesgo en caso de que uno o más locales comerciales no estén arrendados y el monto de arrendamiento resulte insuficiente para atender las obligaciones financieras del Fideicomiso. No se omite indicar que la forma en que se

distribuye este riesgo deberá estar regulada en el contrato de fideicomiso.

Aunado a lo anterior, no se aportó un esquema del negocio que permita identificar:

- a. Cuál es el alcance del contrato de arrendamiento que suscribirá la Administración, es decir, si comprenderá todo el proyecto, si es solo por las oficinas municipales y sus correspondientes parqueos y si contempla un ajuste del monto a pagar para asumir los faltantes por la no ocupación plena de los locales comerciales.
- b. Cuál es la interrelación entre el contrato que se suscribirá con la Municipalidad y los que se suscribirán con los inquilinos de los locales comerciales.
- c. Cuál es la base que se utilizará para determinar la cuota de arrendamiento del contrato o contratos que se suscriban, sea con la Municipalidad o con terceros. Al respecto, no queda claro si es con base en el valor capitalizado del activo (VCA) o si se utilizan otros criterios diferentes; lo anterior por cuanto en el estudio presentado se suponen tarifas diferenciadas de \$8,0/m² para la Municipalidad y \$25,0/m² para los locales comerciales.

En relación con el pago de la Municipalidad de casi ¢11,0 millones en el supuesto de 100% de ocupación, no se acreditó el estudio realizado para demostrar que esa Administración cuenta con la capacidad de hacer frente a esta erogación mensual durante la vigencia de este contrato. De igual forma, en caso de que esa Municipalidad deba enfrentar el riesgo de demanda de locales comerciales, es necesario que se acredite su capacidad financiera para hacer frente a eventuales erogaciones.

En cuanto a las áreas comerciales del proyecto, en el estudio realizado por la Administración se estiman 24 locales con disponibilidad de parqueos, con un alquiler mensual de ¢1.540.000,00 cada uno, pero no se acredita la valoración de mercado realizada para determinar el potencial de demanda para estos espacios.

En otro orden de ideas, si bien la Administración hace referencia a que los procedimientos de compra que realice el fideicomiso en cuestión, se ajustarán a los principios de la Ley de Contratación Administrativa, deberá también incorporarse la indicación expresa de que en razón de esto, la Contraloría General de la República podría conocer en razón del monto, recursos de objeción y de apelación.

Se desprende de la información aportada que el contrato de fideicomiso va a tener una duración de 25 años, no obstante no resulta claro cuál será el plazo de la construcción de los edificios y el plazo posterior de los distintos arrendamientos que se mencionan para otorgarle liquidez al fideicomiso, lo cual deberá ser aclarado en tanto resulta esencial para el correcto desarrollo del proyecto. Lo anterior desde luego regulado expresamente en el contrato. También deberá incorporarse al expediente el documento que justifique las razones para establecer de frente al objeto contractual un plazo de 25 años para el Fideicomiso.

Asimismo, deberá la Municipalidad valorar las regulaciones definidas en la Ley N° 2428 del 14 de septiembre de 1959 "Ley sobre Arrendamiento de Locales Municipales" y establecer

si las regulaciones de dicha normativa podrían afectar o no, en alguna medida, el proyecto en la forma que se ha sido definido, específicamente en cuanto al arrendamiento de locales comerciales.

ii. Aspectos relacionados con el clausulado del contrato.

Entrando a analizar propiamente el clausulado del documento aportado para refrendo, se observa en primer lugar que en el considerando quinto, página cinco del contrato se indica que la capacidad jurídica de las partes para ejecutar el objeto del contrato radica entre otras normas en el artículo 130 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, no obstante dicho artículo se refiere a la incorporación y actualización del Registro de Proveedores, por lo cual deberá corregirse esta referencia por el artículo correcto del cuerpo normativo, que corresponde al actual artículo 138, ello en el entendido que corresponde a la excepción de contrataciones entre entidades de derecho público.

En el considerando sexto del contrato se indica que la Municipalidad mediante un contrato de uso de superficie o de derecho de uso *según corresponda*, dará en patrimonio fideicometido al fideicomiso, un inmueble propiedad de la Municipalidad. Así las cosas, deberá explicarse si la Municipalidad está analizando el contrato de uso de superficie como diferente al contrato de uso, además de por qué no se ha definido cuál de los dos -en caso de ser distintos- va a ser utilizado en el presente caso y a que se refiere con la expresión "según corresponda".

El punto cuarto del considerando sexto del contrato indica: "(...) *Los flujos por arrendamiento que perciba el FIDEICOMISO provenientes de arriendo de locales ubicados en el nuevo edificio o de espacios comerciales arrendados a terceros, públicos o privados (...) tendrán por destino alimentar el patrimonio del fideicomiso (...)*". Se observa de esta cláusula que la Administración prevé como flujos de arrendamiento los que provengan de locales ubicados en el nuevo edificio o de espacios comerciales, por lo tanto deberá explicarse a cuáles "espacios comerciales" se refiere, siendo que estos espacios no han sido referenciados en el cuadro 13 del Análisis de Áreas de Oficinas y Costos para la Construcción del Nuevo Edificio de la Municipalidad de Pococí.

En la **cláusula primera** del contrato se indica "(...) *A. ACTIVOS MOBILIARIOS E INMOBILIARIOS: Bienes muebles e inmuebles que sean desarrollados y/o adquiridos por el FIDEICOMISO conforme disponga el FIDEICOMITENTE, los cuales serán dados en arrendamiento de parte del FIDEICOMISO durante la ejecución del presente contrato (...)*". De acuerdo a lo anterior deberá explicarse si dentro del presente contrato de fideicomiso se incluye como parte del negocio la eventual compra de bienes muebles -diferentes del equipamiento- y bienes inmuebles, posibilidad que no se encuentra dibujada dentro de la definición del objeto contractual.

En la misma **cláusula primera** se hace referencia a la definición de "contrato de arrendamiento", por lo cual deberá aclararse si cada vez que el contrato se refiera a "contrato de arrendamiento" debe entenderse solamente el ahí definido, o sí por el contrario dado el

esquema de negocio propuesto deberán considerarse otros alquileres además del definido en dicha cláusula. En caso de considerar la necesidad de contratos de alquileres adicionales, deberá indicarse dicha posibilidad expresamente en el contrato en el apartado de definiciones.

Se observa que dentro de las definiciones expuestas en el contrato no se hace mención a la definición del Comité de Selección y Vigilancia, y por ende esta definición deberá ser incluida en dicho apartado, para claridad de las partes respecto al concepto y naturaleza de dicho Comité.

En la **cláusula cuarta** se hace referencia al "patrimonio contable", sin embargo, dentro de las definiciones que son establecidas en el contrato (cláusula primera) no se observa que se haya incorporado la respectiva definición, además deberá explicarse cómo se diferencia este patrimonio, del patrimonio del fideicomiso.

En el apartado V de la **cláusula primera** se define una "unidad gerencial", no obstante no se observa que en el resto del documento contractual se haga referencia a dicha unidad, por lo cual deberán indicarse las funciones de dicha unidad dentro del contrato, así como si el pago de los miembros de dicha unidad va a ser con cargo al fideicomiso e incluir estas disposiciones en el contrato de mérito, o en su defecto eliminar esta unidad, siendo que no se le observa mayor participación en el esquema de negocio planteado.

En la página 14 del contrato se indica: "(...) *BANCO NACIONAL DE COSTA RICA, a través de su unidad de Estructuraciones, asume una doble condición: como estructurador de la emisión de los títulos valores y como asesor financiero (...)*". Dado lo anterior, es preciso que dentro del contrato se explique claramente cuáles son los roles del Banco Nacional en su condición de fiduciario, para cada una de esas condiciones, siendo que no se ha logrado determinar con claridad las facultades en una u otra función.

En la página 15 del contrato, específicamente en la **cláusula cuarta**, se observa que el Fideicomitente, es decir la Municipalidad, debe entregarle al Fideicomiso los diseños del bien a construir o los recursos financieros para cubrir los costos del anteproyecto. No obstante, y tal como se mencionó anteriormente, se tiene que el objeto contractual del presente contrato ya incluye la elaboración de los diseños del edificio que se pretende construir. Así las cosas, deberá aclararse en una futura gestión **a)** ¿por qué se pretende que la Municipalidad entregue estos diseños, que en teoría, deberían encontrarse incluidos dentro del objeto contractual? **b)** Si efectivamente la Municipalidad debe aportar estos diseños, deberá aclararse si ha hecho alguna especie de contratación para este aspecto y en qué estado se encuentra. **c)** Asimismo, deberá incluirse dentro del contrato el plazo en que deben aportarse dichos diseños o en su defecto los recursos financieros. **d)** En caso de que no se aporten los diseños del bien, si no los recursos financieros para cubrir los costos del anteproyecto, deberá explicarse por qué deben ser aportados por la Municipalidad, esto debido a que de acuerdo con el punto ii. de la cláusula cuarta existe obligación expresa del fideicomitente de "*aportar un perfil de proyecto que sirva como anteproyecto*".

Siempre dentro de la **cláusula cuarta**, en el punto i se tiene que en plazo de noventa días naturales después del refrendo el Fideicomitente aportará al Fideicomiso el derecho de uso de su bien inmueble, pero posteriormente en el punto ii, se indica que a más tardar noventa días naturales posterior al refrendo se hará entrega de un perfil del proyecto que sirva de anteproyecto. Así las cosas, deberá aclararse qué es lo que debe ser entregado posteriormente al refrendo (si son por ejemplo diseños, recursos financieros o solo el derecho de uso) o en su defecto deberá aclararse que todos estos insumos deben ser entregados en la misma fecha.

Sobre esta misma **cláusula cuarta**, punto ii.b) se constituye un fondo mejorador de crédito a formalizarse en el momento del levantamiento de los primeros recursos y que será por una única vez; en tanto que en la **cláusula décimo segunda** se prevén situaciones en las cuales el Fideicomitente debe aportar fondos adicionales, al respecto es necesario que se explique cómo armonizan estas cláusulas o bien realizar las modificaciones pertinentes al clausulado del contrato. Además, en una futura gestión se deberá indicar ante qué tipo de eventualidades se requerirá aumentar este fondo mejorador.

En la página 16 del contrato, **cláusula cuarta** se indica que en el presente fideicomiso pueden existir bienes o derechos patrimoniales que dejen de tener utilidad para el cumplimiento del contrato, que pueden ser desafectados a pedido del fideicomitente al fiduciario. Dado que estos bienes dejarán de formar parte del Fideicomiso, resulta necesario que se indique al menos a manera de referencia a qué tipo de bienes o de derechos patrimoniales se hace referencia.

Siempre dentro de la misma página 16 del contrato se observa específicamente en el punto III que se menciona la existencia de "*opciones de compra venta de terrenos colindantes*". Al respecto resulta necesario que se aclare en una futura gestión: **a)** El objeto contractual de la presente contratación comprende los diseños, planos, permisos construcción y equipamiento, más no se observa que se haya indicado la existencia de compra o venta de terrenos. Así las cosas, sírvase explicar si en el presente contrato se tiene pensado además, que el Fideicomiso venda o compre terrenos y además cuál es la justificación para esto. **b)** Deberá indicarse el estado en que se encuentran estas opciones de venta, de existir. **c)** Cuál es el estado de avance de los estudios a nivel de anteproyecto que aportará la Fideicomitente y en qué plazo deberán ser fideicometidos.

La **cláusula quinta** punto c) del contrato indica: "*(...) La administración de los flujos de arrendamiento que se producen en el contrato de Fideicomiso para cubrir los gastos generales y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la emisión de títulos valores, públicos o privados o créditos bancarios, así mismo, el pago de los inmuebles que se lleguen a construir y equipar. (...)*". Así pues, deberá explicarse si los flujos del arrendamiento van a ser usados para el pago de eventuales bienes inmuebles que se lleguen a construir y equipar o si por el contrario, los bienes inmuebles se financian mediante emisión de valores y crédito bancario y son estas obligaciones financieras las que se cancelan mediante los flujos del arrendamiento.

En la **cláusula octava**, inciso d) se indica que dentro de las instrucciones del fiduciario

se encuentra la de recibir los bienes y derechos que corresponda. Así las cosas, deberá explicarse a qué tipo de bienes y derechos se refiere con esta cláusula.

En el inciso h) de la **cláusula octava** se indica: “(...) *Firmar los contratos que se requieran con la Bolsa Nacional de Valores S.A. e INTERCLEAR Central de Valores, S.A., a efectos de colocar y negociar la emisión de valores (...)*”. Resulta necesario por lo tanto, que se explique quién es la sociedad INTERCLEAR Central de Valores S.A., siendo que dentro de las partes del presente contrato no se había mencionado esta empresa, y que hasta este punto del contrato es que se nombra a dicha sociedad.

Siempre dentro de la **cláusula octava**, pero específicamente en su inciso m), se indica “(...) *Contratar una firma externa de Auditores, de entre las elegibles según registro de la Superintendencia General de Valores, para que al cierre de cada período fiscal se ocupe de auditor la gestión del FIDEICOMISO. El resultado de dicho estudio será comunicado al FIDEICOMITENTE en forma inmediata. (...)*”. De acuerdo a lo anterior, deberá quedar claro si independientemente de la forma de financiamiento del contrato, sea títulos valores o crédito bancario, será necesario: **i)** contratar a una firma de auditores y **ii)** seleccionarla de la lista de elegibles de SUGEVAL. Lo anterior debido a que no queda claro si en el caso de financiar el fideicomiso a través de un crédito, es necesario adquirir estos servicios de auditoría.

En la **cláusula octava** inciso p) se establece: “(...) *Constituir un Comité de Selección y Vigilancia que cumpla con los requerimientos normativos respectivos, así como lo establecido en el presente contrato (...)*”. No obstante, no se ha determinado cuáles son esos “requerimientos normativos respectivos”, lo cual deberá aclararse.

En el inciso q) de la **cláusula octava** del contrato, se indica: “(...) *Llevar la contabilidad del FIDEICOMISO de conformidad con los principios y normas imperantes al respecto. (...)*”. Deberá aclararse cuáles son esas normas o principios imperantes son los que se refiere, lo anterior para precisar la normativa técnica que regirá los registros contables del Fideicomiso.

Por su parte en el inciso s) se señala que: “(...) *Caso de que resulte necesario y se ajuste al presupuesto establecido entre FIDEICOMITENTE y FIDUCIARIO, contratar a través del FIDEICOMISO, los abogados o notarios externos que corresponda para las gestiones que se requiera (...)*”. De acuerdo a lo citado, deberá explicarse por qué estos servicios no son cubiertos por el fiduciario y las razones que justifican esta decisión.

El inciso f) de la cláusula octava indica: “(...) *Realizar las gestiones necesarias para la debida administración de los flujos de ingresos referidos en los contratos de arrendamiento, así como cancelar los montos correspondientes a la compra de bienes muebles e inmuebles y la contratación de servicios para adecuar los edificios a la operación de la MUNICIPALIDAD (...)*”. Tal y como se indicó anteriormente, el objeto contractual definió los servicios que incluye, sin que se observe originalmente dentro de estos, los de “readecuación de edificios”, por lo cual deberá revisarse el objeto del contrato, y determinar si resulta necesario incluir estos otros servicios que no habían sido originalmente referenciados.

En la **cláusula octava** inciso aa) se indica: “(...) Cuando corresponda, velar por el debido cumplimiento de las obligaciones que recaigan sobre el FIDEICOMISO como patrono, así mismo, velar porque en las contrataciones que realice, se incluyan cláusulas que aseguren el fiel cumplimiento de las obligaciones obrero-patronales. (...)”. De acuerdo a lo anterior, es preciso que se aclare en qué casos el Fideicomiso podría estar asumiendo obligaciones obrero-patronales, en tanto del esquema de negocio planteado, no queda claro cuáles podrían ser eventualmente sus obligaciones en esta condición.

La **cláusula novena** del contrato señala lo siguiente: “(...) Las PARTES acuerdan expresamente, que los recursos económicos destinados a los planos, diseños, construcción y equipamiento del edificio que se construya, provendrán del dinero que directamente genere el FIDEICOMISO a través del esquema financiero de emisión de títulos valores, de oferta pública, oferta privada, sin perjuicio de otras fuentes de financiamiento como préstamos corrientes o de alquileres que eventualmente solicitaría el FIDUCIARIO, previa aprobación del Comité de Selección y Vigilancia y del FIDEICOMITENTE y en correspondencia a las instrucciones y lineamientos del presente contrato, sin que implique que existe un orden de prelación en cuanto a las fuentes de financiamiento se refiere (...)”.

De acuerdo a lo anterior, no le queda claro a este órgano contralor, si el Comité de Selección y Vigilancia y el Fideicomitente, realizan en conjunto esta aprobación, así como también cuál es la instancia del Fideicomitente que realizaría estas aprobaciones, qué pasaría en caso de discrepancia, en qué momento y en qué plazo se otorgaría esta autorización.

La **cláusula décima** del contrato establece que el fiduciario deberá definir junto con el área de Estructuraciones del BNCR y previa consulta a la Alcaldía de la Municipalidad de Pococí, las características de las emisiones de los valores estandarizados y su eventual modificación. De lo cual deberá aclararse en una futura gestión por qué dicha consulta se realiza con el Alcalde y no con la Municipalidad en conjunto, incluyendo al Concejo Municipal.

En la **cláusula décimo tercera** se indica “(...)Las sumas de dinero recibidas o generadas por el presente FIDEICOMISO, que no sean utilizadas en forma inmediata para el pago de los compromisos contratados, además de cualquier otro ingreso que genere el presente FIDEICOMISO, serán destinados entre otros supuestos de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula Décima Quinta del presente Contrato. (...)”. Al respecto se estima que dicha cláusula resulta muy abierta, y por ende se requiere mayor precisión respecto a la referencia de cuáles son esos “otros supuestos” a manera de referencia.

En la **cláusula décimo quinta** sobre la prelación de pagos, se indica expresamente que se está regulando el uso de los recursos provenientes de los contratos de arrendamiento, y se establece en el inciso c) el pago al estructurador. Sin embargo, dicho pago se estableció como una comisión de éxito por una única vez con el levantamiento de los primeros recursos, razón por la cual no resulta consistente su incorporación dentro de la prelación de pagos con los fondos del arrendamiento, aspecto que debe ser subsanado para una futura gestión.

El inciso d) de la **cláusula décima quinta**, indica que los gastos de convocatoria y realización de eventuales asambleas de inversionistas, serán a cargo del fideicomiso. De acuerdo a lo anterior deberá explicarse en una futura gestión por qué estos costos serán a cargo del fideicomiso.

En la página 32 del contrato, específicamente en la **cláusula décima sexta**, apartado IV, se hace referencia a que el Fiduciario tiene la obligación de velar por que los bienes que se adquieran, construyan, remodelen y equipen sean debidamente preservados al amparo de contrato. No obstante, tal y como se va venido indicando, la remodelación de bienes no ha sido estipulada como parte del contrato, por lo cual deberá revisarse este apartado y por ende, deberá explicarse por qué se incorporan estas remodelaciones.

Respecto a la cláusula décima séptima del contrato que regula el Comité de Selección y Vigilancia, deberá aclararse si se han tomado en cuenta las disposiciones de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N° 8422, respecto a la participación y pago de los miembros de dicho comité.

La cláusula **décimo octava** del contrato indica que el Fiduciario, en conjunto con el Fideicomitente preparará y aprobará los manuales respectivos, pero no indica qué órgano del fideicomitente aprobará dichos manuales en conjunto con el fiduciario, lo cual deberá aclararse. Asimismo, y específicamente en cuanto al Manual de Política de Inversión, se observa que en la cláusula décima séptima se indica que el Comité de Selección y Vigilancia aprueba un Manual de Política de Inversión, pero después se dice en la cláusula décimo octava que este mismo Manual, va a ser aprobado entre el Fiduciario y el Fideicomitente, por lo cual deberá definirse quién aprueba dicho Manual y corregirse el contrato al respecto.

En la **cláusula décimo octava** se indica: *“(...) estos manuales, una vez elaborados por el FIDUCIARIO y aprobados por el FIDEICOMITENTE, serán considerados para todos los efectos como parte integral del presente Contrato y deben de estar vigentes antes de la constitución del Comité de Selección y Vigilancia y otros órganos de apoyo. (...)”*. De lo dicho anteriormente, no queda claro cuáles son esos “otros órganos de apoyo”, aspecto que debe ser aclarado.

En cuanto a la **cláusula vigésima** de sustitución del fiduciario, resulta necesario que se indique en el contrato que de presentarse la necesidad de sustituir al fiduciario, el sustituto debe tener las mismas o mayores condiciones que las que fueron valoradas al fiduciario original, indicación que deberá incorporarse al contrato. Igualmente debe tomar en cuenta esa Administración que los trámites de incapacidad ante la Jurisdicción no contenciosa, entiende este Despacho es para los casos de personas físicas que actúen como fiduciarios, que no es el caso que nos aplica.

En la **cláusula vigésima primera**, específicamente en el apartado b) se indica: *“(...) El FIDUCIARIO, previa notificación al FIDEICOMITENTE, podrá contratar profesionales y/o*

firmas de profesionales para que efectúen las evaluaciones y/o emitan los criterios correspondientes, relacionados a servicios contables, de auditoría, legales, financieros y otros servicios profesionales técnicos que sean necesarios para que el FIDEICOMISO opere de conformidad con las leyes y regulaciones vigentes y con el fin de cumplir con el propósito de este FIDEICOMISO (...). De acuerdo a lo anterior, deberá explicarse por qué el fiduciario tiene el derecho de contratar profesionales que le brinden evaluaciones o criterios en temas que parecen deben ser realizadas por el fiduciario, como parte de sus labores propias.

En el inciso e) de la **cláusula vigésima tercera** se indica que dentro de las obligaciones del fideicomitente está la de brindar asesoría técnica, dentro del ámbito de su especialidad, al FIDEICOMISO según lo que se requiera para la correcta ejecución de este contrato. No obstante no queda claro, cuál es el alcance real de esa obligación de apoyo técnico, y cuáles es ese ámbito de especialidad en el cuál se podría brindar asesoría.

En la misma **cláusula vigésima tercera** se indica que: *"(...) En los casos que así lo exija la normativa vigente, realizar junto con el FIDUCIARIO, los trámites y diligencias necesarias para obtener la aprobación de realización de oferta pública ante las autoridades reguladoras respectivas (...)*". No obstante en el considerando sexto punto tres, se indica *"(...) Como parte del proceso de estructuración financiera y legal, el Banco Nacional de Costa Rica será responsable de obtener la autorización para realizar la oferta pública de valores, a efecto de que por medio de la utilización de los canales de colocación autorizados (...)*".

Asimismo, el inciso g) de la **cláusula octava** señala *"(...) Realizar conjuntamente con el FIDEICOMITENTE, los trámites necesarios para obtener y mantener la autorización de oferta pública de valores, ante las autoridades regulatorias respectivas (...)*". Así las cosas, deberá definirse y aclararse cuál de las partes contractuales es la encargada de realizar las solicitudes de autorización para realizar la oferta pública, o si estos deben realizarse en conjunto, lo cual deberá quedar claramente establecido en el contrato.

En el apartado f) de la **cláusula vigésima tercera** se indica que una de las obligaciones del fideicomitente es *"(...) constituirse como responsable en el suministro de la información técnica requerida para el desarrollo del Ante-Proyecto y girar las instrucciones relativas al proceso de diseño para la construcción y el equipamiento del Edificio requerido (...)*", mientras que la **cláusula cuarta** del contrato indica *"(...) Suministrar a más tardar noventa días naturales posterior al refrendo de la Contraloría General de la República, de manera detallada, un perfil del Proyecto que sirva como anteproyecto para establecer los términos de referencia del Edificio a desarrollar en el terreno que ha sido cedido en condición de derecho de uso o de uso de superficie (...)*". Así las cosas, resulta necesario que se explique eventualmente como se piensa armonizar ambas cláusulas, en el sentido de tener claridad cuál de las partes aportará los diseños del proyecto.

En cuanto al apartado g) de la **cláusula vigésima tercera** se indica, como deber del fideicomitente, la siguiente: *"(...) Aceptar o no las obras de conformidad con los avances según los cronogramas de trabajo definidos con el FIDUCIARIO, labor que se realizará durante el*

periodo de vigencia del Fideicomiso, para garantizar la satisfacción de las mismas al aceptar la obra para su ocupación al final de la construcción (...)". Al respecto de dicha cláusula, no queda claro cuál será la participación del Fiduciario en la revisión y recepción de las obras, así como si existe una unidad dentro del presente contrato de fideicomiso que supervise las obras, o si por el contrario va a contratarse dicha supervisión con un tercero y cuál sería la participación de esta unidad o tercero en el proceso de recepción de las obras.

La cláusula **vigésima cuarta** del contrato, define lo siguiente: "(...)Aparte de los derechos que consigna la legislación comercial, específicamente el Código de Comercio, el FIDEICOMITENTE exigirá del FIDUCIARIO, que cumpla con las obligaciones asumidas en este contrato y en el contrato de Arrendamiento. Además podrá obtener y reclamar los beneficios que se hayan determinado a su favor en este contrato y de arrendamiento. En caso de incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades del FIDUCIARIO, el FIDEICOMITENTE removerá al FIDUCIARIO y nombrará otro en su lugar, previa aprobación de la SUGEVAL (...)". De lo anterior no queda claro en qué casos se requiere de aprobación de SUGEVAL, por ejemplo si solo procede cuando se está en presencia de financiamiento a través de oferta pública, aspecto que deberá aclararse.

En cuanto a la cláusula **vigésima sétima**, se tiene que la misma se titula "*De la obligación de confidencialidad de información sensible a procesos de la Oferta Pública de Valores*", así las cosas no le queda claro a este órgano contralor si la confidencialidad aquí indicada solo opera en caso de realizarse un financiamiento a través de oferta pública de valores, o si bien podría aplicarse en caso de que se requiera a otras fuentes de financiamiento.

Referente a lo dispuesto en la **cláusula Trigésima Segunda**, en el supuesto de que los flujos de caja que soportan emisiones de valores de oferta pública resulten insuficientes, se acuerda: a) en caso de que el Fideicomiso requiera mayor liquidez el Fiduciario podrá definir una estrategia para liquidación y venta de títulos, bonos, acciones, y b) plan remedial del Fideicomitente a efectos de brindar liquidez para atender las obligaciones, incluyendo la posibilidad de aportes adicionales según su disponibilidad presupuestaria. Al respecto, de la información remitida no queda claro:

1. Si las alternativas a) y b) mencionadas también aplican para otras opciones de financiamiento diferentes a la emisión de valores de oferta pública. Caso contrario, el contrato deberá regular cómo se atenderá los problemas de liquidez cuando se haya recurrido a emisiones privadas o a crédito bancario.
2. En el caso eventual que los flujos de caja resulten de forma recurrente insuficientes por falta de demanda de locales comerciales, se solicita aportar criterio tanto del Banco como de la Administración respecto de si la estrategia a) es sostenible en el tiempo, ya que esta se basa en más endeudamiento para el Fideicomiso. Asimismo, referente a la estrategia b), cuál es la valoración de la Administración referente a los aportes adicionales requeridos, en dicho análisis deberá referirse a su capacidad presupuestaria y a la fuente de recursos que prevé utilizaría para atender problemas de remediación

recurrentes por falta de ocupación de los locales comerciales.

3. Finalmente, llama la atención que en el contrato se menciona que el Fondo Mejorador de Crédito es para atender eventualidades, pero en la cláusula trigésima segunda no se contempla expresamente su uso en caso de falta de liquidez del Fideicomiso.

Respecto de la cláusula **Trigésima Séptima** se tiene que los honorarios del fiduciario serán de un 2,5% anual sobre activos administrados. Con el objeto de generar seguridad jurídica en ejecución contractual se debe aclarar qué incluye el término “activos administrados” e incorporar su definición al contrato.

Finalmente, para una futura gestión, deberá aportarse la documentación que acredite que los representantes de las partes suscribientes del contrato, ostentan tales facultades para la fecha en que el contrato o sus modificaciones hayan sido suscritas.

Así las cosas y de acuerdo a todo lo anteriormente dicho, resulta necesario que la Administración proceda a realizar las aclaraciones y modificaciones indicadas previamente, para lo cual deberá efectuar una revisión integral del contrato y adecuarlo en lo pertinente, considerando las observaciones realizadas por este Despacho, ello principalmente de dotar de una adecuada claridad al esquema de negocios planteado.

Por las razones apuntadas, este Despacho se encuentra imposibilitado para otorgar el refrendo en los términos solicitados, razón por la cual se procede a denegarlo, sin perjuicio que una vez atendidos la totalidad de los aspectos incorporados en el presente oficio, proceda a presentar una nueva gestión.

Atentamente,

Marco Antonio Loáiciga Vargas
Fiscalizador

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado