

**Al contestar refiérase
al oficio No 12457**

20 de octubre de 2017
DCA-2551

Señora
Sonia Marta Mora Escalante
Ministra
MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA
mauricio.rodriguez.chacon@mep.go.cr

Estimada señora:

Asunto: Se otorga autorización al Ministerio de Educación Pública, para modificar el contrato de “Fideicomiso para el Financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública (MEP) a Nivel Nacional”, Contrato No. 2013-210029 con fundamento en el párrafo final del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y se concede el refrendo a la Adenda No. I.

Nos referimos a sus oficios No. DM-0832-2017 del 06 de julio de 2017 remitido a esta Contraloría General el 12 de julio, por medio del cual solicita la autorización indicada en la referencia y DAJ-0968-08-2017 del 10 de agosto de 2017, recibido en esta Contraloría General el mismo día, a través del cual se remite la adenda No. 1 del contrato de fideicomiso indicado.

Adicionalmente, mediante oficio No. DAJ-1732-2017 del 06 de setiembre de 2017 se remitió en esa fecha la copia certificada del expediente del contrato del referido fideicomiso, y por medio del oficio No. DM-1138-09-2017 del 28 de setiembre de 2017 se atiende requerimiento de información adicional solicitado mediante oficio No. 10141 (DCA-1929) del 05 de setiembre de 2017.

I. Sobre el plazo para resolver la presente gestión

En lo que respecta a los plazos para resolver la presente gestión, debe considerarse lo dispuesto en la resolución número R-DC-72-2017 de las ocho horas del cinco de octubre de dos mil diecisiete del Despacho de la señora Contralora General de la República, en la cual se indicó: “**2. Que mediante comunicado del cinco de octubre de dos mil diecisiete de la**

*Presidencia de la República, se informa a la ciudadanía en general, que el Poder Ejecutivo, decreta asueto para los funcionarios públicos los días cinco y seis de octubre del año en curso, como medida preventiva ante la tormenta tropical Nate. 3. Que esta Contraloría General, con vista de la información oficial emitida por las autoridades gubernamentales, estima igualmente prudente y recomendable acogerse al asueto otorgado por el Poder Ejecutivo, en protección del personal y evitar así el riesgo de tránsito en las carreteras nacionales para todos nuestros funcionarios, en momentos en que la intensidad de las lluvias producto del evento atmosférico podrían ser generadoras de accidentes. **POR TANTO, RESUELVE:** 1. Adherirse a las disposiciones emitidas por el Gobierno de la República y otorgar asueto a los funcionarios de la Contraloría General de la República los días cinco y seis de octubre de dos mil diecisiete, días en el que se mantendrán cerradas las instalaciones de la Institución. (...) 3. Suspender todos los plazos y gestiones relacionadas con la actividad de la Contraloría General de la República, tales como recepción de declaraciones juradas, trámites relacionados con actividad jurisdiccional, de contratación administrativa, consultiva o cualquier otra del fuero propio de la Institución, retomándose los mismos el día lunes nueve de octubre del corriente año”.*

Así las cosas, de conformidad con la cita anterior se tiene por emitido en tiempo el presente oficio.

II. Antecedentes y justificación de la solicitud

Expresa la Administración como razones de su solicitud, las siguientes:

1. Que el 12 de marzo de 2013 se aprobó la Ley No. 9124 denominada “Autorización al Poder Ejecutivo para suscribir una operación de crédito público y constituir un fideicomiso con contratos de arrendamiento, para el financiamiento del proyecto de construcción y equipamiento de infraestructura educativa del MEP a nivel nacional. El 11 de junio de 2013 se firma el contrato de fideicomiso entre el MEP y el Banco Nacional de Costa Rica (fiduciario), obteniendo el refrendo de la Contraloría General el 24 de julio de 2013.
2. Que el 27 de enero de 2014 se firma el contrato de préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo y se firma el contrato de garantía entre la República de Costa Rica representada por el Ministerio de Hacienda y el Banco Interamericano de Desarrollo.
3. Que el 10 de enero de 2014 se remitió la SP-001-2014 invitación a presentar expresiones de interés para la contratación de empresas consultoras con experiencia en administración de proyectos de construcción y equipamiento educativo. Posteriormente,

junto con funcionarios del BNCR se hizo la selección de la lista corta de empresas que participaron en la expresión de interés para conformar la Unidad Ejecutora del Proyecto.

4. Que el 12 de agosto de 2014 se realiza el primer desembolso por un monto de US\$130.000,00.
5. Que el 1° de diciembre de 2014 se adjudica la Unidad Ejecutora a la empresa Consorcio Studio Calvi & FSA Ingeniería y Arquitectura, S.A.
6. Que el 15 de diciembre se interpuso recurso de apelación en contra del acto de adjudicación por parte de CDS Corporación de Desarrollo Sigma, S.A.
7. Que el 16 de diciembre de 2014 se realiza el segundo desembolso por US\$15.000.000,00.
8. Que el 06 de enero de 2015 el Consorcio SGS Société Generale de Surveillance S.A. presentó recurso de apelación.
9. Que el 12 de enero de 2015 el consorcio Ernst & Young, S.A. – Industria Constructora del Poás, presentó recurso de apelación, el cual fue rechazado de plano por extemporáneo el 20 de enero de 2015.
10. Que el 03 de marzo de 2015, la Contraloría General resuelve los recursos presentados anulando el acto de adjudicación.
11. Que el 1° de abril de 2015 el Banco Fiduciario comunica el resultado de la reevaluación de ofertas quedando readjudicado el Consorcio Studio Calvi & FSA Ingeniería y Arquitectura S.A.
12. Que el 23 de junio de 2015 se firma el contrato entre el BNCR y el Consorcio Studio Calvi & FSA Ingeniería y Arquitectura S.A.
13. Que si bien el contrato de fideicomiso fue refrendado en el mes de julio de 2013 para iniciar propiamente con la ejecución del proyecto era indispensable la concreción de dos hitos fundamentales. El primero, la obtención del financiamiento, tarea que debía asumir el propio Fideicomiso según lo dispone el párrafo tercero del artículo 2 de la Ley No. 9124, así como las cláusulas 3 y 5 del contrato de fideicomiso, por lo que se trata de una tarea que solamente podría ser acometida cuando ya se hubiere dado la orden de inicio del contrato de fideicomiso propiamente dicho, y se concreta el 27 de enero de 2014. El segundo, refiere a la contratación de la Unidad Ejecutora del Proyecto que se concretó el 23 de junio de 2015, con la firma del contrato con el Consorcio Studio Calvi & FSA Ingeniería y Arquitectura S.A. para los servicios de gestión administrativa, técnica, legal, financiera y ambiental del Programa.

14. Que la contratación de la Unidad Ejecutora tomó un lapso muy importante por dos motivos, por una parte debían desarrollarse las capacidades e instrumentos para actuar bajo el régimen de procedimientos y adquisiciones propios de la normativa interna del BID. Asimismo, el proceso fue apelado varias veces ante la Contraloría General.
15. Que la constitución de la Unidad Ejecutora como hito esencial para la ejecución del proyecto, está expresamente dispuesta en el apartado quinto del Anexo Único de la Ley No. 9124, que dispone “...*mediante la Unidad Administradora de Proyectos que contrata la construcción de infraestructura educativa acorde a los requerimientos del MEP, empleando procesos licitatorios que cumplan con los principios aplicables en materia de contratación administrativa...*”.
16. Que resulta claro que sin el financiamiento y sin la Unidad Ejecutora no era posible la ejecución del proyecto en los términos delimitados por la Ley No. 9124 y desarrollados en el contrato de fideicomiso.
17. Que por esa razón antes de la contratación de la Unidad Ejecutora 23 de junio de 2015, sólo se efectuaron actividades menores que se consolidaron con posterioridad a la firma del referido contrato.
18. Que existen dos plazos relevantes, primero, el plazo del contrato de fideicomiso que es de 20 años y se computa a partir del refrendo de la Contraloría General del 24 de julio de 2013, el cual vencería el 24 de julio de 2033; y segundo el plazo para el “período de desarrollo y ejecución del Proyecto” que es un plazo interno con relación al plazo del contrato del fideicomiso y es de cinco años.
19. Que el tema de interés para los efectos de la solicitud de autorización radica en el inicio del cómputo del plazo de cinco años, por cuanto a diferencia del plazo de 20 años del contrato de fideicomiso respecto del cual el legislador utilizó un lenguaje claro y concreto –fecha de refrendo del contrato- para el caso del plazo de 5 años el legislador genera un necesario espacio de interpretación al establecer “contados a partir del inicio del plazo del fideicomiso”.
20. Que dado que la cláusula décimo séptima del contrato de fideicomiso muestra la misma indeterminación que la redacción legal, se procede a modificar dicha cláusula a efectos de interpretar en forma correcta el momento en que debe comenzar a regir el plazo interno de los cinco años para el desarrollo y ejecución del proyecto.

III. Criterio de la División

A. Sobre la autorización para modificar en forma unilateral el contrato

1. Sobre el análisis de los supuestos previstos en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y la competencia de la Contraloría General para conceder la autorización solicitada.

Conforme al escenario descrito, es preciso señalar que una de las características que se identifican en los contratos administrativos, es la posibilidad de modificación unilateral del contrato. Esta potestad, se constituye como una de las características típicas del contrato administrativo, en el tanto posibilita a la Administración variar las cláusulas del contrato, en el ejercicio de sus potestades de imperio, para asegurar la satisfacción del fin público que pretende alcanzar el procedimiento de contratación desarrollado.

Al respecto, el ordenamiento jurídico nacional en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, regula la aplicación del derecho de modificación unilateral del contrato por parte de la Administración, contenido en el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa.

Ahora bien, es claro que la facultad para modificar unilateralmente el contrato, tiene ciertos límites definidos en el ordenamiento jurídico, dentro de los cuales se destaca la imperiosa necesidad de que la modificación no implique un cambio en la naturaleza del objeto contractual o inclusive un cambio parcial de tal magnitud que se trate de un nuevo objeto. Bajo esa tesitura, con el objetivo de procurar mayor seguridad jurídica dentro de esos procesos, se moldearon en el artículo 208, las condiciones para la aplicación de esta potestad administrativa.

Así las cosas, en el numeral de marras se establecieron las condiciones que debe atender la Administración en ejercicio de su facultad para modificar unilateralmente el contrato, ya sea antes de iniciarse su ejecución o bien durante esta. De tal manera que resulta procedente señalar las disposiciones que el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece para poder optar por esta facultad:

“(...) a) Que la modificación, aumento o disminución del objeto, no le cambie su naturaleza, ni tampoco le impida cumplir con su funcionalidad o fin inicialmente propuesto.

b) Que en caso de aumento se trate de bienes o servicios similares.

c) Que no exceda el 50% del monto del contrato original, incluyendo reajustes o revisiones, según corresponda.

d) Que se trate de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, sea que la entidad no pudo conocerlas pese a haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto.

e) Que sea la mejor forma de satisfacer el interés público.

f) Que la suma de la contratación original, incluyendo reajustes o revisiones de precio, y el incremento adicional no superen el límite previsto para el tipo de procedimiento tramitado.

En contratos de prestación continua se podrá modificar tanto el objeto como el plazo. En este último supuesto el 50% aplicará sobre el plazo originalmente contratado, sin contemplar las prórrogas. Cuando el objeto esté compuesto por líneas independientes, el 50% se calculará sobre cada una de ellas y no sobre el monto general del contrato. El incremento o disminución en la remuneración se calculará en forma proporcional a las condiciones establecidas en el contrato original. En caso de disminución, el contratista tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que haya incurrido para atender la ejecución total del contrato. En caso de contratos de obra, podrán ser objeto de incremento solo aspectos que no sean susceptibles de una contratación independiente sin alterar, perjudicar o entorpecer la uniformidad, la secuencia, la coordinación y otros intereses igualmente importantes (...)."

En los supuestos comentados, es la misma Administración la que en uso de su facultad de modificación unilateral, puede llevar a cabo directamente y sin autorización previa de ninguna otra entidad, los ajustes respectivos en la contratación que se trate. Sin embargo, pueden darse situaciones, en las que uno o varios de los supuestos comentados no se encuentran presentes y aun así la modificación contractual resulta importante para los intereses de la Administración. Para estos casos, el mismo artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa ha dispuesto la solución correspondiente, señalando en su penúltimo párrafo en lo que interesa, lo siguiente:

"(...) Modificaciones que no se ajusten a las condiciones previstas en este artículo, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General de la República, la cual resolverá dentro del décimo día hábil posterior a la gestión, basada entre otras cosas, en la naturaleza de la modificación, estado de ejecución y el interés público.(...)"

En el caso de análisis, la Administración indica que es factible la aplicación del artículo 208 del Reglamento citado, para lo cual en el oficio DM-0832-07-2017 del 6 de 07 del año en curso, complementado mediante oficio DM-1138-09-2017 del 28 de setiembre de 2017, analizó los supuestos establecidos en los incisos que van del a) al f) del referido artículo 208, exponiendo que modificación propuesta no le cambia su naturaleza, ni tampoco le impide cumplir con su funcionalidad o fin propuesto, además que es la mejor forma de satisfacer el interés público, no aplicando al caso concreto lo dispuesto en los restantes incisos. Ahora, en lo

que respecta d), menciona que no se trata de causas imprevisibles, por cuanto se trata de un cambio en la redacción del contrato que tiene el propósito de lograr una clarificación en el cómputo de un plazo interno, que bien pudo haberse llevado a cabo desde el momento de su redacción original, razón por la cual no es factible aducir imprevisibilidad en los términos reglamentariamente establecidos.

Efectivamente, este órgano contralor coincide con lo planteado por parte de la Administración en cuanto a que la modificación propuesta no puede considerarse como imprevisible, en el tanto obedece a la concreción, a nivel contractual, de un plazo regulado en la Ley No. 9124, que era posible haber sido realizada desde el momento en que se suscribió dicho contrato.

Así las cosas, el supuesto que habilita la competencia de este órgano contralor para otorgar la autorización, obedece a que la modificación planteada no deriva de una situación imprevisible.

Ahora bien, corresponde a este órgano contralor analizar la modificación propuesta tomando en cuenta entre otras cosas la naturaleza de dicha modificación, el estado de la ejecución y el interés público.

En este sentido, estima esta Contraloría General que la imprecisión de la cláusula décimo séptima, efectivamente repercute negativamente en la adecuada satisfacción del interés público, puesto que afecta el logro del proyecto. Lo anterior por cuanto, si bien la referida Ley No. 9124 fue clara respecto al inicio del cómputo del plazo de 20 años, sea desde el refrendo de la Contraloría General, lo cierto es que no fue así en lo que atañe al plazo interno de cinco años para el desarrollo y la ejecución del proyecto. Así, si bien queda clara la intención del legislador de que el desarrollo y la ejecución del proyecto no debería tomar más de cinco años, no fue clara la ley respecto a cuándo debía iniciar el cómputo de esos cinco años.

Bajo esa línea, no debe perderse de vista que el fin último perseguido por el contrato de fideicomiso es lograr la construcción de la infraestructura requerida por el MEP, para con ello reducir el déficit de infraestructura educativa como parte del proceso de mejoramiento de la calidad del servicio que ofrece el sistema educativo público costarricense.

Ahora bien, para lograr dicho objetivo, de acuerdo a los términos establecidos por la norma legal, en su Anexo Único, resultaba necesario contar con los dos hitos esenciales que menciona la Administración, a saber, la obtención del financiamiento necesario y la constitución de la Unidad Ejecutora como mecanismo de ejecución. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en el citado Anexo Único de la Ley 9124, que en lo que interesa dispone:

“En términos generales, el mecanismo de implementación del fideicomiso opera inicialmente con un mandato del fideicomitente para la construcción de la infraestructura educativa, el cual es adoptado por el fiduciario, canalizando los recursos financieros que obtiene mediante la contratación de crédito con el sistema bancario nacional o la banca internacional, la emisión de títulos valores o la utilización de cualquier otro mecanismo financiero que sea legal y técnicamente viable, mediante la Unidad Administradora de Proyectos que contrata la construcción de infraestructura educativa acorde a los requerimientos del MEP, empleando procesos licitatorios que cumplan con los principios aplicables en materia de contratación administrativa y que se definirán en el contrato de constitución del fideicomiso que se envía a la Contraloría General de la República para su refrendo.”

De tal manera que resulta claro que para poder lograr el fin de construir la infraestructura educativa, era necesario como pasos previos obtener el financiamiento, pues evidentemente sin recurso no resultaba factible, y constituir la Unidad Administradora de Proyectos (la cual sería la Unidad Ejecutora) que el legislador dispuso como la encargada de contratar la construcción de dicha infraestructura.

Bajo esa perspectiva, la interpretación que resulta más acorde con garantizar la realización del fin público a que se dirige, es la que propone la Administración, en el sentido de que el cómputo del plazo interno de los cinco años para el desarrollo y la ejecución del proyecto, debería darse a partir del momento en que se hubieren cumplido las dos condiciones de ejecución previstas en la Ley No. 9124, sea la obtención del financiamiento y la contratación en firme de la Unidad Ejecutora.

Así las cosas, estima este órgano contralor que resulta procedente conceder la autorización para modificar la cláusula décimo séptima del contrato de fideicomiso en los términos señalados, por ser la forma de corregir la redacción contractual a efectos de lograr el fin último perseguido, definiendo un plazo en el que resulte factible cumplir con el desarrollo y la ejecución del proyecto, al contar para el momento del inicio de su cómputo, con los instrumentos necesarios para contratar la infraestructura requerida, es decir con los recursos financieros y la estructura organizacional necesaria.

Ahora bien, es preciso recalcar que el mayor o menor tiempo en que haya incurrido el Fideicomiso en lograr las dos condiciones de ejecución previstas en la Ley No. 9124, es un aspecto que resulta de la absoluta y exclusiva responsabilidad de la Administración, sin que esta autorización avale actividades realizadas de previo a su emisión.

2. Condiciones bajo las que se otorga la presente autorización:

La autorización otorgada para modificar el contrato de “Fideicomiso para el Financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública a Nivel Nacional”, Contrato No. 2013-210029 con fundamento en el párrafo final del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, queda sujeta a las siguientes condiciones:

- a. Con fundamento en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se concede la autorización para realizar la modificación unilateral del contrato de “Fideicomiso para el Financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública a Nivel Nacional”, Contrato No. 2013-210029 con fundamento en el párrafo final del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en cuanto a la cláusula décima séptima, según la redacción de la Adenda I que mediante este mismo oficio se refrenda.
- b. Corresponde a la Administración la responsabilidad por la determinación de la necesidad y pertinencia de la modificación propuesta.
- c. En el evento de requerirse otras modificaciones al objeto contractual, sólo será necesaria la autorización previa de este órgano contralor, si esa modificación se encontrare dentro del supuesto que establece el penúltimo párrafo del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
- d. Es de la exclusiva responsabilidad de esa Administración las razones expresadas que motivaron la autorización de la modificación en los términos indicados, al igual que verificar la correcta ejecución contractual por medio del personal calificado para ese efecto.
- e. La autorización brindada surte sus efectos a partir de la fecha de comunicación del presente oficio, por lo que todo acto de ejecución de la modificación contractual con anterioridad a esa fecha, corre bajo responsabilidad de la Administración solicitante.
- f. El Fiduciario deberá definir un cronograma de trabajo que delimite las fases de avance del proyecto y los responsables, a efectos de monitorear el cumplimiento del plazo de cinco años para el desarrollo y ejecución del proyecto, de acuerdo con el cómputo establecido mediante la modificación a la cláusula décimo séptima del contrato de fideicomiso, que mediante este oficio se refrenda.

- g. Deberá ese Ministerio valorar el impacto que podría significar la modificación al plazo de los cinco años establecido en la cláusula décimo séptima, en las cuotas a pagar en los contratos de arrendamiento, ante lo cual deberá en su caso, adoptar las medidas correspondientes para garantizar el contenido presupuestario suficiente para asumir las respectivas obligaciones.
- h. Corre bajo la responsabilidad de la Administración solicitante el plazo que tomó conseguir el financiamiento así como contratar a la Unidad Ejecutora, sin que pueda entenderse que mediante esta autorización se avalan tales actuaciones.

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las condiciones antes indicadas, será responsabilidad de la señora Sonia Marta Mora Escalante en su calidad de Ministra de Educación Pública, o en su defecto de quien ocupe ese cargo. En caso que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de su competencia, deberá instruir o comunicar a la dependencia que corresponda para ejercer el control sobre los condicionamientos antes señalados. Desde luego, el cumplimiento de estas condiciones del acto de autorización son susceptibles de ser también verificadas mediante la fiscalización posterior ejercida por este órgano contralor.

De seguido, en los apartados siguientes, se procederá a analizar la solicitud de aprobación de la Adenda I al contrato de “Fideicomiso para el Financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública a Nivel Nacional”, Contrato No. 2013-210029.

B. Sobre el refrendo de la Adenda I:

1. Sobre la competencia de este órgano contralor para otorgar el refrendo de la adenda sometida a su conocimiento

A efectos de determinar la competencia de este órgano contralor en lo que atañe al refrendo de la adenda, es preciso partir por tener presente lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley No. 9124 “Ley de Desarrollo de Obra Pública Corredor Vial San José-San Ramón y sus radiales mediante fideicomiso”, que: “(...) *El contrato de constitución del fideicomiso y el contrato marco de arrendamiento financiero deben ser sometidos al refrendo de la Contraloría General de la República (...)*”.

De una lectura literal de la norma, se extrae en primer lugar que el artículo refiere de forma genérica al contrato, no definiendo en específico qué sucedería con el caso de eventuales modificaciones al documento contractual original, que se suscriban con ocasión de variaciones posteriores en los términos pactados originalmente.

Ahora bien, por medio de la resolución R-DC-114-2016 (publicada en el Alcance No. 1 del Diario Oficial La Gaceta No.3 del 04 de enero de 2017) se modificó el Reglamento de Refrendo y particularmente en cuanto a las modificaciones contractuales, el artículo 4 dicho Reglamento establece lo siguiente: *“Las modificaciones contractuales que surjan con posterioridad a un trámite de refrendo, quedarán sujetas únicamente al refrendo interno. En ese proceso la Administración deberá verificar que las modificaciones se ajusten al ordenamiento jurídico”*. De lo cual se podría interpretar que al amparo del Reglamento de Refrendo, la adenda sometida al conocimiento de este órgano contralor requeriría únicamente de la aprobación interna para ser susceptible de generar efectos jurídicos.

Sin embargo, en detrimento de lo anterior, no puede perderse de vista que la competencia dada a esta Contraloría General de la República deriva directamente del artículo 184 constitucional y el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En particular, el artículo 20 de la Ley Orgánica de este órgano contralor señala que: *“(…) la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito (...)”*. De tal forma que en esa norma nuevamente el legislador se refiere de forma genérica a la aprobación de contratos, sin referir a las modificaciones a estos, disponiendo además nuevamente que a nivel reglamentario la Contraloría definirá las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación, para lo cual podrá señalar cuáles de estas categorías excluidas del refrendo requieren ser aprobadas por un órgano del sujeto pasivo.

El propio artículo 20 en su párrafo final señala que: *“En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta. Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute.”*

De una lectura de las normas mencionadas, se extrae que aquellos contratos para los que sea el propio legislador el que establezca expresamente la necesidad de contar con la aprobación de la Contraloría General, presentan una connotación particular, en el tanto el órgano contralor en la reglamentación de su competencia, no podría limitar o modificar la voluntad del legislador que lo llevó a considerar como necesaria la participación de la Contraloría a través del refrendo. Esto nos lleva a señalar que efectivamente, los contratos para los que se impone como requisito previo de eficacia el refrendo a nivel legal de forma expresa y específica, presentan un fuero particular que los distingue del común de los contratos, para los cuales el refrendo viene dado en virtud de la definición de las categorías de contratos que

requieren refrendo, por así determinarlo la Contraloría General en el respectivo Reglamento sobre Refrendo.

De ahí, que este órgano contralor entienda que la voluntad del legislador al disponer la necesidad de que un determinado contrato deba ser aprobado por parte de la Contraloría General, no va dirigida a establecer un mero trámite de carácter formal que añada un escalón más que deba cumplirse como parte de la tramitología que le corresponde atravesar al contrato. Por el contrario, se entiende que el interés de los diputados radica en que el órgano contralor, realice un análisis efectivo de la legalidad de las cláusulas contractuales. De tal forma que para cumplir con el espíritu legislativo, cuando se efectúe una modificación al clausulado del contrato aprobado por parte de esta Contraloría General, necesariamente el documento contractual en el que se formalice la modificación, deberá ser sometido a refrendo.

Por consiguiente, este órgano contralor entiende que en este caso particular al disponer el legislador que el contrato debía ser sometido a refrendo, para ir en la misma línea que el espíritu legislativo, se debe interpretar la palabra “contrato” en sentido amplio, por lo que incluye cualquier documento contractual en el que se formalicen las obligaciones pactadas por las partes. De manera tal que más allá del refrendo al contrato original, se requeriría el refrendo de las modificaciones contractuales posteriores, en las que se modifiquen las condiciones pactadas originalmente.¹

En esa línea de pensamiento, este órgano contralor resultaría competente para conocer la solicitud de refrendo a la Adenda No.1 al contrato de “Fideicomiso para el Financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública a Nivel Nacional”, Contrato No. 2013-210029, en virtud de lo dispuesto por parte del legislador en el artículo 2 de la Ley No. 9124.

2. Sobre la procedencia del refrendo del contrato

Una vez efectuado el estudio de rigor, y de conformidad con el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, devolvemos debidamente refrendada la adenda al contrato de cita, con las siguientes observaciones para la ejecución contractual:

1. Considerando que de acuerdo a lo indicado por la Administración en el oficio DM-1138-09-2017 del 28 de setiembre de 2017, no existe un documento que avale la propuesta de modificación sino que la conformidad de ese Ministerio con la misma se entiende expresada por los oficios remitidos a este órgano contralor y por la propia suscripción de

¹ Ver en este mismo sentido lo dispuesto en el oficio No. 11936-2017.

la adenda, es preciso indicar que esta Contraloría General parte del supuesto de que se llevaron a cabo los respectivos análisis técnicos y jurídicos que respaldan dicha modificación, asumiendo la señora Ministra la responsabilidad exclusiva por su suscripción.

2. Es deber de las partes del contrato verificar además, durante la fase de ejecución que las empresas que lleguen a ser contratistas, se encuentren al día en la cancelación de las contribuciones sociales derivadas del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, de forma tal que previo a cualquier pago, deberá corroborarse dicha situación.
3. De igual forma se deja bajo responsabilidad de la Administración la verificación del cumplimiento de las obligaciones previstas por el artículo 22 de la Ley No. 5662, en cuanto encontrarse al día con el pago de lo correspondiente al FODESAF.
4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, *“Corresponde a la Administración y al contratista garantizar, según sea el caso, el cumplimiento de los permisos, licencias, estudios y en general cualesquiera otros requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución del objeto contractual, sin que tales aspectos sean verificados durante el trámite de refrendo. Por lo tanto, el otorgamiento del refrendo sin que la Contraloría General de la República incluya condicionamientos o recordatorios relativos al tipo de requisitos de ejecución antes señalados, en modo alguno exime a las partes de su cumplimiento.”*
5. Las modificaciones contractuales deberán ser acordes con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 208 de su Reglamento.
6. Se entiende que al finalizar el proyecto, la Administración deberá realizar de manera oportuna el finiquito del contrato, dejando debidamente documentadas todas las condiciones y circunstancias bajo las cuáles ha de tener por cumplidas las obligaciones de las partes.
7. Ese Ministerio, en su condición de Fideicomitente, asume la responsabilidad en forma exclusiva por las actividades que se llevaron a cabo de previo a la consecución de los dos hitos que generaron el inicio del cómputo del plazo de los cinco años para el desarrollo y la ejecución del proyecto, las cuales de acuerdo con el oficio No. DM-1138-09-2017 del 28 de setiembre de 2017, se catalogan como menores e insustanciales.
8. El refrendo se concede bajo el entendido de que según lo manifiesta expresamente la señora Ministra en el citado oficio No. DM-1138-09-2017 a esa fecha no se han

detectado y en consecuencia no se han declarado incumplimientos contractuales por parte del Fiduciario.

9. Será responsabilidad exclusiva de la Administración, verificar y fiscalizar que el contratista cumpla con los plazos establecidos en el contrato.
10. En los aspectos no modificados, se mantienen incólumes las observaciones efectuadas en el oficio 07609 (DCA-1735) del 24 de julio de 2013, mediante el cual se otorgó refrendo al contrato de Fideicomiso para el Financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública a Nivel Nacional”, Contrato No. 2013-210029. Por lo que se trata de observaciones que deberán ser consideradas por las partes durante la fase de ejecución.
11. Del mismo modo, durante la ejecución del contrato se deberá observar lo dispuesto por parte de esta Contraloría General en los demás apartados del presente oficio.

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las condiciones antes indicadas será responsabilidad de la señora Sonia Marta Mora Escalante, en su condición de Ministra de Educación Pública, o en su defecto de quién ocupe este cargo. En el caso de que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de su competencia, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda ejercer el control sobre los condicionamientos señalados anteriormente.

Atentamente,

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División