

**Al contestar refiérase
al oficio N° 04719**

05 de abril de 2018
DCA-1249

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

Estimada señora:

Asunto: Se deniega la solicitud de refrendo de la Adenda No. 2 al Contrato de Fideicomiso No. 2013-210029 para el financiamiento del Proyecto de Construcción y Equipamiento de Infraestructura Educativa suscrito entre el Ministerio de Educación Pública y el Banco Nacional de Costa Rica, producto de la Contratación Directa No. 2013CD-000071-55400, cuantía inestimable.

Nos referimos a su oficio No. DM-0201-02-2018 de fecha 14 de febrero de 2018, recibido en esta Contraloría General el 19 de febrero de 2018, mediante el cual solicita el refrendo a la Adenda No. 2 del contrato descrito en el asunto.

Asimismo, mediante oficio No. 03051 (DCA-0812) del 27 de febrero de 2018, se solicitó remitir la adenda firmada, la cual se presentó el 02 de marzo de 2018.

I. Antecedentes y justificación de la solicitud.

Como parte de las justificaciones brindadas por el Ministerio en la presente solicitud, se destacan los siguientes aspectos:

1. Que de conformidad con el contenido de la Ley No. 9124 y del contrato de fideicomiso, no se establece de forma precisa un procedimiento para la devolución de los bienes que correspondan a las siguientes dos categorías: Primero los bienes inmuebles que pertenecían a las Juntas de Educación y Juntas Administrativas que con la colaboración de la Notaría del Estado fueron cedidos afectados al régimen del presente Fideicomiso. Segundo los bienes inmuebles que de acuerdo a lo dispuesto por la Ley No. 9124 fueron adquiridos por el Fiduciario e incluidos en el patrimonio de

administración para el cumplimiento de las disposiciones y objetivos plasmados en la Ley No. 9124 y que están regulados en el contrato.

2. Que se hace necesario realizar la devolución de bienes que por alguna situación ajena a la gestión de las partes y del programa, sea requerida su devolución al Fideicomitente antes del cumplimiento del plazo de 20 años, ello con la finalidad de que pueda desarrollarse o culminarse por la vía ordinaria de ejecución de obra educativa con recursos de ese Ministerio.
3. Que en el caso de la segunda categoría de bienes se suscita una particularidad, consistente en que de los bienes adquiridos en los que no se pueda ejecutar su construcción -ya sea por la razón de los recursos autorizados no sean suficientes o bien por no estar dentro del plazo del plan de ejecución del programa, y queden fuera del plazo quinquenal contemplado en la Ley- no son susceptibles de determinación de la cuota de arrendamiento, por lo deberá el Fideicomitente realizar el repago de dicha adquisición.
4. Que el repago tiene su fundamento en que la forma o modalidad de pago es mediante contratos de arrendamiento de obra concluida y entregada durante el plazo de rigor de la Ley No. 9124 de 20 años. De acuerdo con el artículo 5 de dicha Ley, la autorización máxima al Poder Ejecutivo para comprometer sus recursos en la ejecución de ese programa es la suma de \$167.524.233,50. Así, si los recursos autorizados no fueran suficientes, y quedaran pendientes de ejecución terrenos adquiridos por parte del Fiduciario, los cuales al no poderse ejecutar como obras educativas no podrían ser susceptibles de valoración económica para generar una "cuota de arrendamiento", correspondería al Fideicomitente solicitar su devolución al patrimonio originario. El Fideicomitente tendría que cancelar el monto correspondiente a los terrenos que fueron adquiridos, además de los componentes que se adhieren a los bienes y que se consideran como gastos asociados (estudios preliminares-anteproyectos-planos-avalúos) que fueron debidamente avalados por el prestatario -BID- conforme los procedimientos de ese instrumento financiero.
5. Que para que el Fideicomitente realice el repago de la sumas, es necesario que el Fiduciario proceda antes del vencimiento del plazo de ejecución del programa a cuantificar las sumas o ítems asociados al valor de adquisición, a fin de que el Fideicomitente en la ejecución presupuestaria justifique el pago de un bien adquirido conforme los postulados de la Ley No. 9124 y realice el pago en favor del programa.
6. Que en diversas ocasiones y mediante oficios Nos. USP-LEY9124-315-2017, USP-LEY9124-551-2017 y USP-LEY9124-559-2017, se le solicitó a la Dirección Fiduciaria del Banco Nacional de Costa Rica que informara sobre el proceso resultante del estudio de costos contratado por dicha entidad, a fin de establecer la posibilidad de ejecución de los objetivos plasmados en la Ley No. 9124.
7. Que mediante el oficio No. FID-0213-2018 del 25 de enero de 2018 el Banco les informa que después de un análisis integral del estado actual del fideicomiso, y conforme el crédito aprobado por el BID por la suma de \$167.524.233,50 se tiene estimado concluir con 55 obras por un monto total de \$157.834.732,65.

8. Que no será posible cumplir con los objetivos de la Ley No. 9124, por lo que es necesario que se proceda a gestionar el proceso de devolución de bienes inmuebles en administración en el patrimonio del Fiduciario al patrimonio del Estado-MEP, y lograr de esa forma ejecutar en la vía ordinaria de ese Ministerio el desarrollo de obra ejecutiva en terrenos cedidos y adquiridos en razón de ese programa.
9. Que al no existir un procedimiento para la devolución de bienes por parte del Fiduciario al Fideicomitente, se debe determinar precisamente la naturaleza de los bienes a devolver y las justificaciones técnicas y legales que imperan para que los bienes fideicometidos deban ser devueltos al patrimonio del Fideicomitente.
10. Que a partir de lo expuesto se estimó necesario adicionar al contrato una cláusula mediante la cual se establezca la facultad y necesidad del Fideicomitente de solicitar al Fiduciario la devolución de los bienes inmuebles por ser imposible el desarrollo de obra educativa por haberse utilizado el recurso económico autorizado en la Ley 9124.

II. Criterio de la División.

Sobre el particular, una vez realizado el estudio de rigor, devolvemos la adenda de mérito sin el refrendo legal por parte de este órgano contralor, lo anterior, de conformidad con lo siguiente:

1. Sobre el motivo de la adenda No. 2:

En su gestión, se indica que la adenda que se somete al análisis de refrendo, pretende regular un procedimiento para la devolución por parte del Fiduciario al Fideicomitente de los bienes inmuebles que a pesar de formar parte del patrimonio fideicometido, no podrán utilizarse para construir obra educativa.

Considera este órgano contralor, que más allá del procedimiento a seguir para lograr dicho cometido, nos encontramos frente a una situación que conlleva una modificación en los alcances del objeto contractual.

Bajo esa tesitura, la información remitida resulta insuficiente para poder refrendar la adenda en cuestión, por cuanto, no se cuenta con los análisis respectivos que debió haber efectuado ese Ministerio a efectos de respaldar la forma en que se pretende proceder en la ejecución contractual del fideicomiso.

En este sentido, como aspecto de primer orden se extraña la realización del análisis de la modificación contractual de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por medio del cual se lleve a cabo la valoración de las condiciones previstas en dicho numeral y de esa forma se determine si la modificación requiere o no contar con la autorización de esta Contraloría General.

De la mano con lo anterior, es preciso contar con el análisis jurídico por medio del cual se determine si las circunstancias particulares acaecidas durante la ejecución contractual, conllevan o no una disminución del objeto contractual, y en dado caso si la misma implica o no un impedimento para cumplir con el fin o funcionalidad inicialmente propuesto. En ese orden de ideas, resulta menester analizar dicha situación a la luz de los objetivos especificados en forma expresa en la *Ley No. 9124, que Autoriza al Poder Ejecutivo para suscribir una Operación de crédito público y construir un Fideicomiso con Contratos de arrendamiento, para el financiamiento del proyecto Construcción y equipamiento de infraestructura educativa del MEP a nivel nacional.*

Así entonces, resulta fundamental que el Ministerio analice necesariamente si es posible jurídicamente apartarse del objeto del fideicomiso según fue establecido por la respectiva norma legal (cantidad de obras a realizar), y en dado, caso referirse a los alcances y supuestos que deben cumplirse para proceder de conformidad.

2. Sobre las razones que impidieron ajustarse a los objetivos definidos

En su misiva se hace referencia a que existe una *imposibilidad* para desarrollar la totalidad de la obra educativa originalmente contemplada. No obstante, se hace alusión a diversas razones, como la falta de recursos y el fenecimiento del plazo de 5 años dispuesto en la Ley No. 9124.

Se aporta el oficio No. FID-0213-2018 del 25 de enero de 2018 por medio del cual se afirma que de los fondos del crédito aprobado por el BID por la suma de \$167.524.233,50, a esa fecha, se tiene estimado concluir 55 obras por un total de \$157.834.732,65, aclarando que la diferencia existente de \$9.689.500,85 no puede ser utilizada para el desarrollo de más obra, debido a que de ese monto el Fideicomiso ha utilizado la suma de \$7.217.634,50 –corte al 31 de octubre de 2017- en la compra de terrenos y otros gastos asociados, los cuales ya no será posible utilizarlos para la construcción de obras y deberán ser devueltos al Fideicomitente . Agrega que los restantes \$2.471.866,35 están siendo reservados como imprevistos de cualquier otro tipo de gasto que se presente en el desarrollo de las obras.

No obstante, no se efectúa un análisis detallado sobre cómo se llegó a la situación en que se concluye que los recursos no serán suficientes para cumplir con los objetivos dispuestos por el legislador. En este sentido, debía haberse hecho referencia a si se presentaron o no situaciones imprevisibles durante la ejecución que generaran costos no contemplados, debiendo analizarse por qué razón no resultó suficiente el rubro de imprevistos contemplado al efecto. Asimismo, se debió analizar si se presentó o no un problema en la estimación del costo del proyecto, así como cualquier otra circunstancia que pudiera haber generado que se tuviera por desfinanciado el proyecto en su concepción original.

Por otra parte, resultaba indispensable contar con un informe sobre la ejecución del Fiduciario (Unidad Ejecutora, Comité Director del Proyecto, etc.) a efectos de tener por

acreditado si presentaron incumplimientos o no que generaran la imposibilidad de cumplir con la cantidad de obras previamente determinada.

Adicionalmente, resultaba necesario informar sobre las acciones realizadas y las medidas adoptadas por el Fideicomitente, la Unidad Supervisora del Proyecto del MEP y el Comité de Vigilancia, tomando en consideración que de acuerdo con el contrato de fideicomiso la Unidad Ejecutora debía elaborar informes mensuales sobre el avance de las obras, sobre los estados financieros, etc., debiendo asimismo el Fiduciario, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley No. 9124, remitir a la Comisión del Ingreso y del Gasto Públicos de la Asamblea Legislativa un informe semestral sobre el avance y la ejecución del fideicomiso.

Así, debía haberse informado cronológicamente de las situaciones que se fueron presentando así como de las acciones que se fueron adoptando, para que finalmente se llegara a la conclusión de que los recursos no serían suficientes para construir la totalidad de las obras.

3. Sobre el estado de las 55 obras que se estima se ejecutarán

Según se indica en su oficio, de acuerdo a la información brindada por el Banco, de los fondos del crédito aprobado por el BID por la suma de \$167.524.233,50 se tiene estimado concluir 55 obras por un total de \$157.834.732,65.

Sobre este particular, no se aporta el detalle sobre el estado de ejecución de dichas obras, y sobre las proyecciones que se han efectuado para determinar que efectivamente con la suma indicada se logrará concluir satisfactoriamente con tales obras.

4. Sobre el repago de los bienes inmuebles a devolver

Si bien se indica en su gestión que el Fideicomitente deberá repagar el precio de los inmuebles que hubiere adquirido el Fiduciario, así de como de los costos asociados, como planos, estudios, etc., lo cierto del caso es que en el cuerpo de la Adenda II no se reguló dicho aspecto, el cual debe establecerse en forma expresa en la **adenda** respectiva.

5. Sobre el expediente administrativo

No se remitió el expediente administrativo, pese a que resulta fundamental para revisar la tramitación y motivaciones de la adenda II presentada a refrendo, todo conforme el artículo 12 inciso 3) del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Del análisis de la documentación aportada se concluye que la Administración, no aportó la información de respaldo necesaria por lo que lo procedente **es denegar el refrendo a la Adenda II**, con base en lo dispuesto por el artículos 8, 12 y 14 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública

No omitimos indicarle, que estamos en la mejor disposición de atender una nueva solicitud aportando la totalidad de la información indicada en el presente oficio.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Adriana Pacheco Vargas
Fiscalizadora

Ni:4950 y 6235
G: 2013001248-7 y 8

