

Al contestar refiérase
al oficio No. **11735**

30 de julio, 2020
DCA-2777

Señor
José Manuel Sáenz Scaglietti
Secretario Técnico a.i
CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES

Estimado señor:

Asunto: Se autoriza la ampliación del plazo al Contrato de Fideicomiso de Administración, Pago y Obras Conexas de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público de la Carretera San José–Caldera CNC- MOPT/BNCR 2015, al amparo del artículo 208 del RLCA. Además se aprueba la adenda número 2 del mismo contrato.

Nos referimos a su oficio No. CNC-ST-0238 de fecha 14 de abril del 2020 y recibido en esta Contraloría General de la República en esa misma fecha, aportando adenda debidamente firmada al día siguiente.

Mediante oficio 07095 (DCA-1710) del 11 de mayo del 2020, se requirió información adicional, ante lo cual la Administración solicitó prórroga mediante oficio CNC-ST-0284-2020 del 18 de mayo de 2020, concediéndose la prórroga mediante oficio 07526 (DCA-1821) del 19 de mayo y aportándose la respuesta a la solicitud de información adicional, mediante oficio CNC-ST-0305-2020 del 29 de mayo.

Posteriormente, mediante oficio 08399 (DCA-2050) del 04 de junio del 2020, se requirió información adicional a la Administración, la cual mediante oficio CNC-ST-0330-2020 del 15 de junio solicitó prórroga, siendo concedida mediante oficio 09094 (DCA-2195) del 16 de junio, para finalmente presentar la información adicional por medio de oficio CNC-ST-0341-2020 del 22 de junio del mismo año, complementándose mediante nota sin número de oficio el 02 de julio.

Finalmente, mediante oficio 10820 (DCA-2566) del 15 de julio del 2020, se requirió nuevamente información adicional a la Administración, la que mediante oficio CNC-ST-0372-2020 del 20 de julio requirió prórroga, que le fue concedida mediante oficio 11044 (DCA-2631) del 20 de julio, presentando respuesta mediante oficio CNC-ST-0383-2020 del 24 de julio del mismo año.

I. Fundamento del trámite de refrendo y autorización de aumento del plazo contractual.

Como razones de la solicitud de refrendo de la adenda contractual de referencia y de autorización de modificación contractual presentada, la Administración indica entre otras, las siguientes razones:

1. Que como parte de la construcción de la Carretera San José – Caldera, se generaron algunos fundos enclavados cuyos propietarios interpusieron acciones judiciales y reclamos administrativos a efectos de que se les proporcionaría acceso, para lo cual resultaba necesario además concretar y pagar algunas expropiaciones adicionales, siendo además necesario realizar obras de construcción y equipamiento de las estaciones de pesaje. Así pues, con el propósito de llevar a cabo estos fines se firmó un contrato de fideicomiso con el Banco Crédito Agrícola de Cartago, llamado Contrato de Fideicomiso de Administración, Pago y Obras Conexas de la Concesión de Obra Pública con Servicio Pública de la Carretera San José Caldera MOPT/BANCRÉDITO 2015, el cual fue debidamente refrendado.
2. Que se realizó adenda No 1, mediante la cual se produjo la sustitución del fiduciario, condición que fue asumida por el Banco Nacional de Costa Rica, pasando a identificarse el fideicomiso como San José Caldera CNC-MOPT/BNCR 2015.
3. Que el plazo de conformidad con la cláusula 12.1 del Contrato de Fideicomiso era originalmente de dos años, y una vez cumplido este plazo, se procedió a aplicar la prórroga contenida en dicho contrato, pero que a la fecha de suscripción de la adenda, se ha verificado que por incidencias propias de la ejecución contractual, no será suficiente ese plazo para concretar los fines del fideicomiso para la debida satisfacción del interés público.
4. Que en relación con el Fin 1, proceso de estudio y expropiación de los terrenos para los accesos a fundos enclavados, se logró concretar todo lo relativo a la adquisición y expropiación de los terrenos.
5. Que en relación al Fin 2, Diseño y Construcción de los accesos a los fundos enclavados, existieron múltiples omisiones en la presentación de los diseños, además se requirió la revisión del MOPT en calidad de fideicomisario de dos de los diseños, lo que generó atrasos no previstos estando en la actualidad el avance de este fin en un 90%.
6. Que en cuanto al Fin 3 Diseño y Construcción de las estaciones de pesaje y accesos, la orden de inicio pasó del 21 de diciembre de 2018, al 11 de enero de 2019, que como resultado de la aplicación de la normativa de diseño geométrico, así como la consideración de aspectos del proyecto de ampliación a cuatro carriles en el sector de la carretera donde se tiene previsto construir las estaciones de pesaje, se dio como resultado el replanteamiento de la longitud y alineamiento de las rampas de ingreso y salida; valoración que ha sido un tema complejo y ha consumido tiempo para la toma de las decisiones técnicas, así como diseño

adicionales, puesto que ha requerido la participación de múltiples actores. Encontrándose este fin en una ejecución de 30% aproximadamente.

7. Que por ende considera necesaria una segunda prórroga a la originalmente indicada en el contrato, para poder cumplir con los fines propuestos por el fideicomiso, además de que considera que se cumplen con todos los requisitos del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, pero que en relación al plazo se solicita de manera concomitante, la autorización para ampliar el contrato por un plazo de dos años adicionales, aunque se requiere de un plazo menor para concretar los fines propuestos.

II. Criterio de la División.

a) Competencia de esta División para conocer el refrendo.

Según lo establecido en el inciso k) del Artículo 8 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, los contratos de fideicomiso que autorice el Consejo Nacional de Concesiones deben ser refrendados por este órgano contralor, lo cual implica que al existir una disposición legal de carácter especial que atribuye dicha competencia a este órgano contralor, puede inferirse claramente que en el caso de adendas contractuales esta competencia se mantiene por expresa disposición legislativa, con lo cual no resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, en el sentido que toda modificación contractual de un contrato previamente refrendado por este órgano contralor sólo requiere del trámite de aprobación interna, y ello por el hecho que la norma reglamentaria no puede en este caso, suplir la disposición de rango superior como lo es la legal.

Posición esta ya definida por este órgano contralor, en el oficio 12457-2017 y que rescata también la Administración solicitante del trámite, que en lo que interesa dispuso:

“(...) 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 entienda 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 originalmente¹ (...).”

Ante las consideraciones de hecho y de derecho referidas, este órgano contralor resulta competente para conocer la solicitud de refrendo a la Adenda No.2 al Contrato de Fideicomiso de Administración, Pago y Obras Conexas de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público de la Carretera San José–Caldera CNC- MOPT/BNCR 2015.

b) Competencia de este órgano contralor para conocer sobre la autorización relacionada con la modificación contractual, artículo 208 RLCA.

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.

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

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 definieron en el artículo 208, las condiciones para la aplicación de esta potestad administrativa.

Así las cosas, en el numeral de cita 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 (...).” (Subrayado no es del original).

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 ese orden de ideas, siendo que el referido contrato de Fideicomiso de Administración, Pago y Obras Conexas de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público de la Carretera San José–Caldera CNC- MOPT/BNCR 2015, se rige por las disposiciones previstas en la Ley de Contratación Administrativa, en cuanto a las modificaciones, les resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Es por ello, que por medio del oficio No. 07970 (DCA-1549) del 20 de junio de 2016, mediante el cual se aprueba el Contrato de Fideicomiso de Administración, Pago y Obras conexas de la concesión de obra pública con servicio público de la Carretera San José-Caldera CNC-MOPT/Bancrédito 2015, suscrito entre el Consejo Nacional de Concesiones, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y el Banco Nacional, quedó claro del contenido del contrato, que el plazo de dos años previsto como plazo original, se contabilizaba a partir del refrendo contralor, plazo que podría ser prorrogado por un plazo igual, debiendo ejecutarse dentro del plazo en referencia el pago de expropiaciones a bienes inmuebles, las cuales se requieren a efectos que se pueda dar acceso a fundos que quedaron enclavados, producto de la construcción de la carretera San José – Caldera (ruta 27).

Además se disponía en el contrato, realizar el diseño y construcción de las obras de acceso para dar ingreso efectivo a las propiedades que quedaron enclavadas producto de la construcción de la carretera San José - Caldera. Y finalmente, el tercer fin del presente contrato de fideicomiso, es la realización del diseño y la construcción de las obras civiles para las estaciones de pesaje fijas en la carretera San José - Caldera, que incluyen la zona para el funcionamiento del equipo, la zona de estacionamiento y un área de trasiego, no incluyéndose ni el equipo ni el funcionamiento de las mismas por medio del contrato de fideicomiso.

Ante lo cual en el citado oficio de refrendo, se estableció como una de las condiciones la siguiente: *“Las modificaciones contractuales deberán ser acordes con lo*

dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su Reglamento”.

A partir de lo anterior, en el caso concreto bajo análisis, sería viable una ampliación al plazo original de dos años, previsto en la cláusula 12.1 del contrato, de conformidad con lo que dispone el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, cuando la Administración lo considere necesario, verifique que las modificaciones se ajustan al ordenamiento jurídico y que sean procedentes desde el punto de vista técnico y financiero, pues en lo particular el citado artículo 208 del RLCA, indica: “...*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”.*

Al respecto, la cláusula 12 del contrato refrendado indica: “12. *Del plazo del FIDEICOMISO y su terminación. 12.1. Este FIDEICOMISO tendrá un plazo o período de vigencia de dos años a partir de su refrendo, el cual podrá ser prorrogado por dos períodos iguales adicionales. No obstante, el FIDUCIARIO se reserva el derecho de solicitar el dar por terminado por justa causa, debidamente acreditada, el presente CONTRATO DE FIDEICOMISO, sin responsabilidad de su parte, en cualquier momento, en los términos y condiciones estipuladas en este CONTRATO. Si finalizado el plazo del fideicomiso, incluidas sus prórrogas, o al haberse realizado los FINES DOS y TRES para los cuales fue constituido, quedaran pagos pendientes producto de las diligencias expropiatorias, el Consejo Nacional de Concesiones, los asumirá con cargo al presupuesto vigente”.*

Es claro entonces, que el plazo del contrato es de dos años y es sobre este plazo original de dos años, -sin prórrogas-, que debe analizarse la aplicación de la figura contenida en el citado numeral 208, del RLCA.

De igual forma no debe omitirse, que según lo dispuesto en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, una modificación contractual puede efectuarse en cualquier momento, a partir del perfeccionamiento del contrato y hasta antes de finalizar su ejecución.

c) Sobre la autorización del artículo 208 RLCA.

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 No. CNC-ST-0238-2020, señaló:

“(...) El único cambio operado es el de la incorporación de la posibilidad de una segunda prórroga al plazo original, así como el acuerdo para su efectiva implementación al vencimiento de la primera prórroga que se encuentra en ejecución. Las demás condiciones permanecen invariables. (...). En cuanto al fundamento jurídico de la modificación contractual y de la presente solicitud, debe mencionarse en primer término el principio de mutabilidad contractual, definido por la Sala Constitucional en la Resolución No. 998 del año 1998 en los siguientes términos: “8.- de la mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar (...). En este sentido, el régimen legal y reglamentario

del referido principio de mutabilidad contractual, se encuentra en los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que disponen lo siguiente: “Artículo 12.-Derecho de modificación unilateral. (...). “Artículo 208.-Modificación unilateral del contrato. (...). En este caso, y salvo mejor criterio de la Contraloría General, se cumplen los supuestos de la ampliación unilateral, según se detalla en el siguiente cuadro: **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.** Este requisito **se cumple**, pues no hay una desnaturalización del objeto. Los servicios que va a desarrollar son de la misma naturaleza de los que ha prestado durante el plazo original de la contratación. **b) Que en caso de aumento se trate de bienes o servicios similares.** Este requisito **se cumple**, pues según lo ya indicado los servicios que va a desarrollar el Fiduciario son de la misma naturaleza de los que ha prestado durante el plazo de la contratación. **c) Que no exceda el 50% del monto del contrato original, incluyendo reajustes o revisiones, según corresponda.** Este requisito **se cumple**, por cuanto la ampliación en término de plazo es de un 50% en relación con el plazo y prórroga prevista en el contrato original, que suman 4 años, siendo que en este caso la prórroga alcanzaría como máximo 2 años. Ahora bien, en caso de que la Contraloría General estime que esta adición debe valorarse solo en relación con el plazo original sin la prórroga originalmente prevista en el propio contrato, entonces se solicita de manera concomitante la autorización del ente contralor prevista en el párrafo penúltimo del mismo artículo 208, con fundamento en los elementos que se exponen en este oficio de solicitud. **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.** Este requisito **se cumple**, pues ninguno de los elementos de hecho que se expusieron en el apartado anterior y que afectaron el cumplimiento del objeto y fines del Fideicomiso, eran previsibles al momento de otorgar el Contrato de Fideicomiso en primera instancia. Se trata de incidencias propias de la ejecución, que ya han sido explicadas de manera detallada. **e) Que sea la mejor forma de satisfacer el interés público.** Este requisito **se cumple**, tal y como se ha desarrollado de manera amplio en el apartado anterior de motivación de esta solicitud. El concluir el Contrato de Fideicomiso con los procesos pendientes en los Fines 2 y 3, no sería conveniente desde ningún punto de vista, pues implicaría que habría que esperar a un proceso de liquidación del Contrato de Fideicomiso y al consecuente traslado, que sería muy complejo, de las obras al Consejo Nacional de Concesiones y de manera más precisa al Consejo Nacional de Vialidad, para lograr su eventual conclusión, (...). **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.** Este requisito **se cumple (...)**” (subrayado y negrita no es del original).

Al respecto debe de indicarse, que es criterio de esta División de Contratación Administrativa, que el inciso que habilita nuestra competencia para conocer de la presente gestión como se indicó en el apartado anterior, es el inciso c), ya que es constatable que el plazo original del contrato es de dos años y según el dicho de la Administración, se requiere ampliar por el plazo de dos años más, plazo que supera en más de un 50%, el plazo original, ya que al momento de considerar el plazo para estos efectos, no debe considerar la prórroga eventual que estaba contenida dentro del texto del contrato, cláusula 12.1.

Así pues, es claro que al requerirse modificar el contrato para incorporar una prórroga adicional hasta por dos años, adicional a la ya establecida en el contrato, esta se sustenta en el inciso c) del citado artículo 208 del RLCA, por consistir la pretensión del CNC, en aumentar en un 100%, el plazo original contratado (de dos años) sin contemplar prórrogas, como bien regula el artículo 208 de referencia.

Ha quedado acreditado en la presente gestión, que el mencionado contrato, es necesario ampliarlo en dos años más, tomando en consideración que aún hay tareas pendientes por ejecutar, para los fines dos y tres del fideicomiso y que no puede atribuirse al fiduciario los atrasos en las obras pues obedecen a situaciones propias de la ejecución contractual, según ha sustentado esa Administración.

Por lo que ciertamente la presente solicitud se convierte en la forma idónea y eficaz para no afectar la consecución de los fines concretos, por los cuales se constituyó el fideicomiso.

De esta forma, si bien la prórroga del contrato prevista en el inciso 12.1, ha vencido en junio del presente año, este se encuentra suspendido según indicó la Administración mediante oficio No. CNC-ST-0341-2020, del 22 de junio de 2020 y el supuesto que habilita nuestra competencia se basa en el hecho del aumento en el plazo del contrato en más de un 50%, como fue indicado, toda vez que la Administración pretende aumentar hasta en dos años el plazo inicial una vez vencido el contrato, con la finalidad como se indicó de finalizar los fines dos y tres del fideicomiso.

En este orden, según lo informa la Administración, existe una imperante necesidad de efectuar los fines dos y tres del fideicomiso, ya que se ha avanzado de forma significativa, incluso con contratos de diseño y de obra en curso de ejecución. Y es por medio de esta prórroga, que se pretende completar los fines, pues el no hacerlo implicaría por una parte escenarios jurídicos innecesariamente complejos de liquidación del Fideicomiso, pero lo más importante, no garantiza que las obras puedan completarse en el corto plazo, pues tendrían que ser asignadas al CONAVI, bajo su programación regular, lo que genera incertidumbre acerca del momento en el que podrán ser concluidas. De esta manera, dado que ya el Fideicomiso está encaminado a la finalización de las obras y de los fines, constituye la vía más expedita, cierta y efectiva para lograr los objetivos propuestos, tesis que comparte esta División desde el punto de vista que la autorización del plazo, se convierte en la opción más viable, para lograr finiquitar los fines del fideicomiso.

No pierde de vista este Despacho, lo indicado en el sentido que en caso de que los fines del Fideicomiso sean cumplidos antes del vencimiento de la segunda prórroga acordada, las partes procederán con la terminación anticipada de conformidad con las reglas previstas en el Contrato y en el Código de Comercio en lo conducente, aspecto sobre el cual la Administración debe de ser diligente y velar porque los fines se lleven a cabo dentro de un tiempo prudente y razonado.

Consecuentemente, a partir de los elementos aportados y las consideraciones expuestas, resulta pertinente autorizar la modificación unilateral del contrato bajo estudio, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa, a efecto que el plazo del contrato se extienda hasta por un plazo de dos años adicionales, evitando con ello afectarse, la continuidad del servicio.

d) Condiciones bajo las que se otorga la presente autorización.

1. 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.
2. Es 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.
3. 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 institución solicitante.
4. Es exclusiva responsabilidad de la Administración tomar las previsiones presupuestarias necesarias y dotar del contenido presupuestario preciso al fideicomiso, con la finalidad de que este lleve a cabo las tareas propias para la consecución de los fines fideicometidos. En este sentido no obvia este Despacho, que según ha indicado el CNC, el Fideicomiso tiene un saldo de ₡1.205.749.507,48 (mil doscientos cinco millones setecientos cuarenta y nueve mil quinientos siete colones con 48/100). Además existen dos partidas de ₡1.500.000.000,00, cada una para enfrentar las erogaciones, (certificación CER-087-2020 del veinte de julio de 2020, en la cual se acredita que el CNC tiene para efectos del Fideicomiso una cuenta de control en la Tesorería Nacional con un saldo reservado de ₡1.500.000.000,00 (mil quinientos millones de colones) y certificación No. CNC-ST-AF-PRE-CE-010-2020, que acredita ₡1.500.000.000,00 que se encuentran reservados en el presupuesto del año 2020 del Consejo Nacional de Concesiones para el fideicomiso.

d) Sobre el refrendo a la adenda en cuestión.

i. Antecedentes del caso.

1. Que como parte de la construcción de la Carretera San José – Caldera, se generaron algunos fundos enclavados cuyos propietarios interpusieron acciones judiciales y reclamos administrativos a efectos de que se les proporcionaría acceso, para lo cual resultaba necesario además concretar y pagar algunas expropiaciones adicionales, siendo además necesario realizar obras de construcción y equipamiento de las estaciones de pesaje. Así pues, con el propósito de llevar a cabo estos fines se firmó un contrato de fideicomiso con el Banco Crédito Agrícola de Cartago, llamado Contrato de Fideicomiso de Administración, Pago y Obras Conexas de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público de la Carretera San José Caldera MOPT/BANCRÉDITO 2015, el cual fue debidamente refrendado.

2. Que se realizó adenda No 1, mediante la cual se produjo la sustitución del fiduciario, condición que fue asumida por el Banco Nacional de Costa Rica, pasando a identificarse el fideicomiso como San José Caldera CNC-MOPT/BNCR 2015.

ii. Motivo de la adenda

Según se desprende de la adenda en cuestión, la modificación a realizar pretende incluir en la cláusula 12.1 del contrato de fideicomiso, una prórroga adicional de dos años a la prórroga originalmente propuesta y en consecuencia al plazo original del contrato de dos años.

Lo anterior en tanto tal y como se explicó en apartados anteriores, en el plazo de ejecución del contrato de mérito, se presentaron situaciones que impidieron la consecución de los fines del fideicomiso dentro del plazo originalmente propuesto junto con la primera prórroga concedida. Al respecto señala la Administración por medio del oficio No. CNC-ST-0341-2020, del pasado 22 de junio del presente año, algunos inconvenientes presentados en la fase de diseño y ello retrasa la consecución de los fines, así como retrasos presentados en el proceso de expropiación, permisos o autorizaciones pendientes por las autoridades ambientales para llevar a cabo las obras, entre otros aspectos que obligan a consumir más plazo del estimado.

iii. Criterio de la División.

Una vez efectuado el estudio de rigor, según lo dispuesto en artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, y siendo que de acuerdo a lo indicado en puntos anteriores, existen razones suficientes para autorizar la modificación contractual, incorporándose una segunda prórroga al contrato, se otorga el refrendo de mérito a la adenda número 2 del contrato de cita con fundamento en los antecedentes que conforman este oficio, y considerando lo siguiente:

1. Queda bajo la exclusiva responsabilidad de esa Administración, verificar se cuente con el disponible presupuestario necesario para que el Fideicomiso pueda hacer frente al cumplimiento de los fines a los que se obliga. De igual forma se debe indicar que se deben hacer las provisiones respectivas para dotar del presupuesto necesario durante el siguiente período presupuestario.

En este sentido, se deja expresamente indicado, que la Administración deberá verificar que cualquier actividad que tenga que ser ejecutada con base a fondos adicionales que tenga adquirido el fideicomiso en transferencias posteriores; deba realizarse hasta el momento en que estén disponibles en las cuentas del fideicomiso propiamente. Asimismo, se otorga el refrendo en cuestión, bajo el entendido de que la Administración aplicará tanto la prórroga del plazo, como el contenido presupuestario que se inyectará posteriormente, para la adecuada consecución de los fines.

2. Quedan bajo absoluta responsabilidad de la Administración, las razones jurídicas y técnicas otorgadas que justificaron la inclusión de una prórroga adicional.

Se indica que el documento contractual sobre el cual se concede el refrendo otorgado por medio del presente oficio, es sobre el suscrito digitalmente por las partes el día 15 de junio de 2020, presentado en forma electrónica ante este órgano contralor en fecha 02 de julio del 2020, y referido a la adenda al Contrato de Fideicomiso de Administración, Pago y Obras Conexas de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público de la Carretera San José–Caldera CNC- MOPT/BNCR 2015, al cual se le otorgó el número de ingreso NI 18785-2020 (folios 43 y 44 del expediente digital N° CGR-REF 2020002924).

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las observaciones antes indicadas, será responsabilidad del señor José Manuel Sáenz Scaglietti, en su condición de Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones, o en su defecto de la que persona que ostente ese cargo. En el caso de que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de su competencia, será su responsabilidad instruir o comunicar a la dependencia que corresponda, para ejercer el control sobre las observaciones señaladas anteriormente.

Atentamente,

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Karen Castro Montero
Asistente Técnico

Adriana Artavia Guzmán
Fiscalizadora Asociada

Marco A. Loáiciga Vargas
Fiscalizador

AAG/MALV/LCHA/FHB
NI: 10254-10297-12031-14130-15389-15389-17041-18785-20334-21157
G: 2016000029-5-6

