

**Al contestar refiérase
al oficio N° 13345**

28 de agosto de 2020
DCA-3175

Señora
Guiselle Cruz Maduro
Ministra
MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA
mauricio.rodriquez.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-0599-06-2020 del 08 de junio de 2020, mediante el cual solicita el refrendo a la Adenda No. 2 del contrato descrito en el asunto.

Mediante oficio No. 09888 (DCA-2365) del 30 de junio de 2020, se solicitó remitir información adicional, no obstante para atender dicho requerimiento, fue solicitada prórroga por medio de oficio No. DM-0680-07-2020 del 30 de junio del año en curso, la cual fue concedida por este órgano contralor a través de oficio No. 10147 (DCA-2429) del 03 de julio del año en curso. Asimismo, por medio de oficio No. DM-0715-07-2020 del 14 de julio del año en curso, la Administración atendió dicho requerimiento parcialmente, por lo que mediante oficio No. 10824 (DCA-2567) del 15 de julio de 2020, esta Contraloría General requirió información adicional, para lo cual fue solicitada una nueva prórroga a través de los oficios Nos. DM-0728-07-2020 del 17 de julio del año en curso y DM-0798-07-2020 del 23 de julio del año en curso, la cual fue concedida por este órgano contralor en oficio No. 10967 del 17 de julio del año en curso y oficio No. 11599 (DCA-2739) del 28 de julio del año en curso. Por último, por medio del oficio No. 11659 (DCA-2756) de 29 de julio del año en curso, esta Contraloría General solicitó remitir información adicional la cual fue atendida mediante oficio No. DM-0842-07-2020 del 31 de julio del año en curso. De igual forma, a través del oficio No. DM-0842-07-2020 referido anteriormente, se remitió nueva versión de la Adenda No. 2.

I. Antecedentes y justificación de la solicitud.

Como razones dadas para justificar la presente solicitud, se manifiestan las siguientes:

1. Que tal y como es del conocimiento de esta Contraloría General de conformidad con el artículo 2 de la Ley No. 9124 (en adelante Ley), se autoriza al Poder Ejecutivo por

medio del Ministerio de Educación Pública (en adelante MEP) a constituir un fideicomiso con contratos de arrendamiento financiero para el financiamiento del proyecto de construcción y equipamiento de infraestructura educativa del MEP a nivel nacional (en adelante Proyecto).

2. Que el Contrato de Fideicomiso fue firmado por las partes el 11 de junio de 2013 y obtuvo el refrendo por parte de la Contraloría General mediante oficio No. 07306 (DCA-1735) de 24 de julio de 2013.
3. Que posteriormente, el órgano contralor otorgó la autorización y el refrendo a la Adenda No. 1 al Contrato de Fideicomiso, mediante oficio No. 12457 (DCA-2551) del 20 de octubre de 2017.
4. Que durante la ejecución contractual, se determinó la inminente posibilidad de que no resultara posible completar la totalidad del listado referencial de obras contenido en el Anexo Único de la Ley No. 9124, por lo que es indispensable incluir en el Contrato las estipulaciones relativas al manejo de dicha eventualidad.
5. Que debido a lo anterior, mediante el oficio No. DM-1215-09-2019 del 23 de setiembre del 2019, se sometió al trámite de refrendo contralor una primera versión de la Adenda No. 2 al Contrato de Fideicomiso, que incluía una serie de disposiciones que abarcaban la posibilidad de que parte del listado referencial de obras del Anexo Único de la Ley No. 9124 fuera concluido mediante un segundo contrato de fideicomiso.
6. Que mediante el oficio No. 01465 (DCA-0369) del 31 de enero de 2020, la Contraloría General decidió denegar el refrendo.
7. Que mediante el oficio No. DM-0291-03-2020 del 10 de marzo de 2020, se sometió al trámite de refrendo contralor una segunda versión de la Adenda No. 2 al Contrato de Fideicomiso, en la medida que resulta indispensable incluir reglas de liquidación parcial anticipada del patrimonio, en el tanto dichos temas deben ser resueltos con ajustes en el Contrato de Fideicomiso, pues la alternativa de dejar todo a la suerte de la liquidación total del Fideicomiso dentro de 15 años, no resultaba factible ni representa un curso de acción responsable de frente al interés público.
8. Que mediante el oficio No. 05284 (DCA-1284) del 14 de abril de 2020, esta Contraloría General decidió denegar el refrendo.
9. Que mediante el oficio No. DM-0599-06-2020 del 08 de junio de 2020, se sometió al trámite de refrendo contralor una tercera versión de la Adenda No. 2 al Contrato de Fideicomiso, haciendo referencia al seguimiento de esa Administración del oficio No. 05284 (DCA-1284) de 14 de abril de 2020 citado anteriormente.
10. Que mediante el oficio No. DM-0842-07-2020 del 31 de julio del año en curso, se presenta nueva redacción de la propuesta de la Adenda No. 2, en la cual se aclara que los recursos fideicometidos aportados del presupuesto del MEP, no tienen condición ni característica de recursos temporales.

II. Criterio de la División.

Una vez realizado el estudio de rigor, devolvemos la adenda de mérito sin el refrendo legal por parte de este órgano contralor, lo anterior con base en las siguientes consideraciones.

Como punto de partida, se debe destacar que mediante el oficio No. 05284 (DCA-1284) del 14 de abril de 2020, esta Contraloría General denegó la solicitud de refrendo de la Adenda No. 2, por diferentes aspectos que no han sido atendidos en ese trámite. Lo anterior, pese a que mediante los oficios Nos. 09888 (DCA-2365) del 08 de junio de 2020, 10824 (DCA-2567) del 15 de julio y 11659 (DCA-2756) del 29 de julio, se reiteró la necesidad de aportar la documentación y efectuar las justificaciones solicitadas desde el momento en que se denegó la anterior versión de la Adenda No. 2 sometida a refrendo. Dichos requerimientos han sido atendidos de manera parcial, por lo que no resulta posible para este órgano contralor que se otorgue el refrendo solicitado, hasta tanto no sea remitida la información solicitada.

Cabe señalar que, durante la tramitación de la presente gestión, sí se dieron por satisfechos varios de los asuntos respecto de los cuales se solicitó información adicional, por lo que de seguido se desarrolla los dos aspectos que se mantienen pendientes, todo con la finalidad de que el Ministerio pueda solventarlos en una futura gestión.

- i) **Sobre la remisión de información consolidada respecto de los terrenos, diseños, estudios y derechos de uso que están siendo objeto de la liquidación parcial anticipada.**

Sobre este tema, se debe destacar como punto de partida que esta División se refirió al medio electrónico que se estaba utilizando para remitir la información solicitada, aspecto que finalmente fue superado al adaptarse su presentación a lo dispuesto en los “Lineamientos para el trámite de documentos ante la Contraloría General de la República”, publicados en La Gaceta No. 78 del 12 de abril de 2020.

Sin embargo, en lo que refiere propiamente al contenido de dicha información, debe señalarse que si bien se remite una considerable cantidad de oficios y documentos, lo cierto es que no se consolidó la información proporcionada, lo cual conlleva a que, para su análisis, esta Contraloría General deba estructurarla, ordenarla y hasta interpretarla, sin que se acredite fehacientemente los temas que precisamente han sido consultados al Ministerio por su conocimiento en su condición de Administración Fideicomitente.

Esta acreditación resulta de relevancia en la medida que no solo permite dimensionar los términos de la liquidación parcial propuesta, sino también determinar que se está en una condición de no cumplimiento parcial del fin sin que ello implique la extinción del fideicomiso, sino la disminución parcial de su patrimonio. Es por ello que estas circunstancias deben quedar claramente identificadas en el contexto de cada uno de los 51 proyectos que no podrán concluirse dentro de los términos de los contratos de arrendamiento originalmente concebidos. Esto implica la tarea de desglosar para cada uno de los proyectos, el respectivo detalle que justifique el estado actual en que se encuentra, por ejemplo, si se adquirió o no un inmueble para ese proyecto, y en dado caso identificarlo, si se cuenta o no con diseños, y en dado caso identificar si son preliminares, definitivos, etc., si fue o no levantada la obra gris, y en dado caso determinar el grado de avance alcanzado, si únicamente se ejecutaron algunos estudios previos, identificando cuáles, y en cada caso la manifestación expresa y clara del Fiduciario,

avalada por el Fideicomitente, de que en cada uno de dichos diseños, estudios, terrenos, etc., hubo una recepción a satisfacción.

Dichos documentación no se ha requerido como una simple formalidad, sino que en la medida que acreditan los supuestos de no cumplimiento parcial del fin, por lo que aunque se remitió documentación relacionada con estos aspectos, lo cierto es que no venía sistematizada de forma que pudiera desprenderse con claridad y detalle los temas solicitados. Es decir, no podía determinarse que los respectivos terrenos, estudios, diseños hayan sido recibidos a satisfacción, siendo que en algunos supuestos dichos informes remiten a la realización de análisis o verificaciones posteriores.

Esta información no es otra que la requerida para atender lo dispuesto por el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, por lo que en el ejercicio de sus competencias, la estructuración de la información y la acreditación de lo requerido se convierte en un tema clave para otorgar el refrendo al mecanismo que precisamente pretende administrar el no cumplimiento parcial del fin perseguido.

Así las cosas, tomando en consideración la gran cantidad de proyectos que estarían sometidos al mecanismo de la liquidación parcial que se pretende implementar mediante la Adenda No. 2, así como que cada uno supone una descripción particular de su estado actual, con la consecuente descripción de los respectivos bienes y/o servicios que se adquirieron respectivamente, es que se reitera la necesidad de que dicha información se presente de manera consolidada a efectos de que sea fácilmente identificable por cualquier interesado.

La información remitida resulta incompleta y dispersa y no cumple con lo requerido por esta Contraloría General en los oficios Nos. 9888 y 10824 anteriormente mencionados. Bajo esta tesitura, la información debió haberse presentado mediante un formato que permita visualizar lo requerido, por ejemplo a través de un cuadro comparativo por medio del cual fácilmente se pueda identificar para cada uno de los 51 proyectos objeto de la liquidación parcial respectiva, el estado actual, con el detalle de si cuentan o no con inmueble, si cuentan o no con diseños, si solo cuentan con algunos estudios, y cuáles, si se inició o no la obra de construcción y en dado caso el porcentaje de avance, etc.

De la mano con lo anterior, debía remitirse, tal y como se solicitó, una nota suscrita por el Fiduciario en la que se consolide la información para cada uno de los respectivos proyectos, de forma en que se identifiquen en cada caso los bienes o servicios que hayan sido recibidos a satisfacción, con el detalle correspondiente del bien inmueble, diseño, estudio u otro de que se trate.

Adicionalmente, para cada una de las notas por proyecto emitidas por el Fiduciario debía constar respectivamente, el aval emitido por las instancias técnicas y/o jurídicas correspondientes del Ministerio de Educación Pública, en su condición de Fideicomitente.

En el caso de los “derechos de uso” no se remitió en su gestión información alguna respecto de éstos, a pesar de que sí se mencionaron como parte de los insumos que estarían siendo objeto de la liquidación parcial anticipada. Es por ello que, para efectos de una futura gestión, dentro del cuadro comparativo mencionado, deberá incluirse expresamente el detalle de los derechos de uso que se obtuvieron en cada proyecto y si los mismos se extinguieron, así como cualquier otro detalle relevante a tomar en consideración.

Finalmente, en lo que atañe propiamente a la adquisición de los 26 terrenos que formarían parte de la liquidación parcial anticipada, debía hacerse constar en cada caso, la identificación del respectivo terreno en cada proyecto con la manifestación expresa de si el mismo resultaba apto y susceptible de ser utilizado en la fase de construcción de infraestructura educativa. Al respecto, si bien se remite una copia del oficio No. FID-2641-2020 en el cual se anexa una tabla que contiene el nombre del centro educativo, la información de la referencia del respectivo informe técnico y del mandato de formalización, también se indica que: “...se puede confirmar que los mismos resultan aptos y susceptibles de ser utilizados para la construcción de infraestructura educativa. De igual forma se puede validar que los entregables fueron recibidos a satisfacción por parte tanto del Fideicomiso como del Fideicomitente”. Sin embargo, no se aprecia en el documento que se haya identificado en forma concreta, el centro educativo al cual pertenece cada inmueble adquirido que forme parte de esta fase de terminación parcial, con la indicación expresa de que el mismo resulta apto y susceptible de ser utilizado para la construcción de infraestructura educativa, sin que para ello sea necesario acudir a revisar e interpretar oficios e informes referenciados, que en algunos casos se reitera que incluso no proporcionan conclusiones contundentes en este sentido.

2. Sobre la referencia a las “situaciones exógenas”.

Con respecto a este tema, se debe recalcar que mediante el oficio No. 09888 (DCA- DCA-2365) del 30 de junio de 2020, como parte de los aspectos sobre los cuales se solicitó información adicional, se subrayó que de acuerdo con el contenido de la Adenda, en el párrafo tercero se estipuló lo siguiente: “*En caso de que no se logre la construcción de la totalidad de las obras definidas en el listado referencial de la ley, debido a cualquier situación exógena a las partes del Fideicomiso, entonces el fiduciario hará una liquidación parcial anticipada del patrimonio del Fideicomiso con la finalidad de transferir al MEP, en su doble condición de Fideicomitente y de Fideicomisario, los bienes, terrenos, derechos de uso, estudios, diseños y demás insumos y fondos remanentes que por el vencimiento del plazo de los cinco años no podrán ser utilizados para el cumplimiento de los fines del Fideicomiso*” (resaltado no es parte del original), por lo que se hizo ver que de la lectura de la Adenda remitida a refrendo anteriormente mediante oficio No. DM-0291-03-2020, se observaba que dicha referencia no había sido incluida en la anterior versión del texto de la misma. Es por ello que, en virtud de las diferencias expuestas, se hacía necesario que se explicara de forma amplia y detallada, qué elementos nuevos surgieron para valorar la incorporación de dicha redacción.

Asimismo, de la mano con lo anterior, se requirió aclarar qué debía entenderse por “situación exógena a las partes del Fideicomiso”, señalándose que debería, en su caso,

valorarse, de ser necesario la eliminación de dicha referencia en la cláusula modificada o realizar una adenda para precisarla.

Sobre dicho particular, mediante oficio No. DM-716-07-2020 del 14 de julio de 2020, ese Ministerio señaló que de la gestión de la adenda anterior a la presente, habían surgido situaciones que eran imputables únicamente a los consorcios y empresas adjudicadas de obras, razones y circunstancias internas inherentes a la administración de cada contratista, que los han expuesto a escenarios de incumplimiento de los contratos suscritos con el Fiduciario a cargo de ese programa (Ley No.9124 contrato de fideicomiso 2013-210029). Asimismo, agregó que esas razones y circunstancias internas de operación, administración, falta de liquidez, incumplimiento de plazo de ejecución, socavada su estructura operativa; resultaron ser un cúmulo insoslayable de obstáculos, a pesar de las reuniones de seguimiento programadas por el Fiduciario en conjunto con la Unidad Ejecutora y las empresas adjudicadas, con el fin de buscar soluciones administrativas y financieras que resultaron infructuosas, por más planteamientos de soluciones y otras acciones para que los contratistas pudieran culminar los procesos a su cargo.

En ese sentido, se afirmó que esa denominación de hechos exógenos, serían reprochables únicamente a esas entidades, por lo que no constituyen situaciones generadas por el Fideicomitente, Fiduciario, Unidad Ejecutora, Prestatario, Garante del Crédito, las cuales afectan directa y sensiblemente el plazo de ejecución del programa, determinado en 5 años. Se hizo saber además, que como circunstancia, sobrevenida al trámite de la adenda, resultó necesario gestionar por parte del Fiduciario los procesos administrativos de resolución de los contratos, siendo que se constató que las obras fueron abandonadas por los contratistas razón por la cual resultó necesario la interposición de las gestiones indicadas, a fin de contratar a otra empresa que asumiera la ejecución de las obras con el fin de que las mismas fueran concluidas lo antes posible.

Se menciona además, que esa gestión resulta fundamental a fin de que las obras abandonadas por dichos consorcios puedan, a la luz de lo dispuesto por la Ley No. 9124, el Contrato de Fideicomiso 2013-210029, así como de los alcances del contrato de crédito suscrito con el BID, concluirse aún fuera de la fecha de finalización del plazo de ejecución con los recursos del crédito, y por ende se logre la formal concretización de los contratos de arrendamiento financiero para su debida cancelación.

Finalmente, menciona que de lo contrario, esas obras que son parte del grupo de 55 obras a entregar con la ejecución total de los recursos del crédito (\$167.5 millones), no podrían incorporarse a la prestación del servicio educativo, al quedar inconclusas, y que dicha situación no deseable ni previsible impida cumplir el pago del crédito de la forma pactada, y por ello deba el Estado resarcir anormalmente dicha inversión.

Sobre este aspecto, es menester recordar y tener presente que ya anteriormente esta Contraloría General en el oficio No. 05284 (DCA-1284) del 14 de abril de 2020 al denegar la anterior versión de la Adenda No. 2 sometida a refrendo. En esa oportunidad se indicó que

había señalado que mediante la propuesta planteada por ese Ministerio en esa oportunidad, se estarían resolviendo vicisitudes de la ejecución de contratos derivados del Contrato de Fideicomiso, que como bien reconocía la Administración no se estaba modificando el plazo de desarrollo y ejecución que prevé la ley para un total de 5 años, aclarándose que la Contraloría General resultaba incompetente para refrendar la adenda sometida, por cuanto la misma incorporaba disposiciones que regulaban las relaciones contractuales derivadas del Contrato de Fideicomiso como tal.

De manera tal que se enfatizó que la competencia de refrendo en materia de fideicomisos refería exclusivamente al supuesto previsto en el artículo 3, inciso 1), segundo párrafo del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, respecto a la constitución de fideicomisos y sus modificaciones cuando así esté dispuesto legalmente.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, en esta nueva versión de la Adenda No. 2 al incorporarse la referencia a “situaciones exógenas”, aunado a la explicación brindada en el citado oficio No. DM-716-07-2020, es claro que se están incorporando en el texto de la Adenda cuestiones relacionadas con aspectos de delimitación de responsabilidad de las partes, valoraciones que resultan ajenas al trámite de marras, por cuanto refieren a aspectos propios de la ejecución de contratos derivados del Contrato de Fideicomiso refrendado por este órgano contralor.

De la mano con lo anterior, la incorporación del término “situaciones exógenas”, de acuerdo con la explicación brindada por la Administración, conlleva a habilitar la posibilidad de ejecutar obras de construcción fuera del plazo máximo de ley, aspecto que se reitera ya había sido abordado por esta Contraloría General en el anterior oficio de denegatoria, al señalar que lo regulado en el inciso c) de la versión que en ese momento se sometía a análisis, refería a regular el supuesto puntual de los contratos que al concluir el plazo máximo de los 5 años dispuestos en la Ley, se encontraran en ejecución estableciendo que el Fiduciario debía adoptar las medidas que resultaran necesarias para lograr esa conclusión y recepción de obras. De tal manera, que la referencia a situaciones exógenas conlleva a realizar una distinción entre obras que se puedan ejecutar fuera del plazo legal y obras que no se podrán ejecutar, lo cual implicaría nuevamente analizar temas propios de la ejecución de los contratos derivados, respecto de los cuales no ostenta competencia de refrendo esta Contraloría General.

Así las cosas, para efectos de poder refrendar dicha Adenda, resultaría necesario que se elimine la referencia a las “situaciones exógenas” de manera que se excluyan los aspectos propios de la ejecución de los contratos derivados del Contrato de Fideicomiso que exceden el presente trámite del refrendo.

En consecuencia, debido a que uno de los propósitos que se persiguen con la suscripción de la adenda remitida para refrendo, refiere a aspectos que trascienden al Contrato de constitución del Fideicomiso y refieren a aspectos propios de la ejecución de contratos derivados del Fideicomiso, este órgano contralor carece de competencia para refrendar dicha adenda, y adicionalmente tomando en cuenta que la información aportada respecto a la

pretensión de establecer las regulaciones respectivas para proceder con una liquidación parcial del patrimonio fideicometido ante la imposibilidad de cumplir con el fin del Fideicomiso, resulta insuficiente, lo que corresponde es denegar la solicitud del refrendo.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

APV/DAZ/chc
Ni: 16331,18835,19812,19900,19905,19906,19907
20965,22080,22164,22211
G: 2013001248-17
CGR-REF-2020004107

