

**Al contestar refiérase
al oficio N° 05284**

14 de abril de 2020
DCA-1284

Señora
Guiselle Cruz Maduro
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-0291-03-2020 del día 10 de marzo de 2020, recibido en esta Contraloría General el 12 de marzo, mediante el cual solicita el refrendo a la Adenda No. 2 del contrato descrito en el asunto.

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 según se indica en su oficio No. DM-0291-03-2020 del 10 de marzo de 2020 por medio del cual solicita el refrendo, 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 en la solicitud señala que, en consideración 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 no comparten pero respetan la posición sostenida por la Contraloría General, y aclaran que no es la intención de esa nueva solicitud ni tampoco de la Adenda No. 2 que ahora se presenta al trámite de refrendo, generar una reconsideración del citado oficio de denegatoria.
8. Que la Ley estableció dos plazos, por una parte el plazo máximo del fideicomiso por 20 años, el cual está vinculado al plazo de los contratos de arrendamiento financiero necesarios para la recuperación de las inversiones. Pero por otra parte, el segundo plazo, es que resulta de particular interés para este trámite, dado que se trata del plazo de desarrollo y ejecución del Proyecto, que es el máximo de 5 años.
9. Que según se indica en el oficio de solicitud de refrendo No. DM-0291-03-2020 del 10 de marzo de 2020, no es posible completar la actividad licitatoria de las más de 42 obras restantes dentro del plazo remanente de los 5 años, en tanto no se cuenta con contenido presupuestario y el Ministerio de Hacienda no está en posibilidad presupuestaria de transferir los más de \$150.000.000 que se estima que serían necesarios para completar las obras.
10. Que según se indica en el oficio de solicitud de refrendo No. DM-0291-03-2020 del 10 de marzo de 2020, resulta indispensable incluir reglas de liquidación parcial anticipada del patrimonio, con base en las siguientes consideraciones:
 - El Fideicomiso, según era su legítimo encargo, adquirió terrenos y realizó inversiones en estudios y diseños, para obras que finalmente no podrán ser ejecutadas en el marco de este Contrato de Fideicomiso. En la actualidad, el Contrato no contiene reglas para la liquidación parcial anticipada del patrimonio, de manera que sea factible la devolución de esos terrenos, estudios y diseños al Ministerio, para que puedan ser utilizados en el desarrollo de las obras por el medio que resulte conveniente. Tampoco hay reglas específicas sobre el tema ni en la Ley No. 9124 ni en el Código de Comercio, pues se trata de materias típicamente contractuales. De no incluirse estas reglas en el Contrato, tendría el Ministerio que esperar 15 años que restan del plazo del Contrato de Fideicomiso, para que por la vía de la liquidación total del fideicomiso, los bienes puedan retornar al patrimonio del Ministerio. Esto implica inutilizar bienes por muchos

años, lo que resulta inaceptable e insostenible en el marco de principios constitucionales de eficiencia y eficacia.

- En igual sentido, el Fideicomiso recibió el derecho de uso de terrenos adquiridos previamente por el Ministerio, que por la razón ya expuesta no podrán ser desarrollados en el Fideicomiso, por lo que es necesario establecer la regla de extinción anticipada de ese derecho de uso.
 - La adquisición de terrenos y el desarrollo de estudios y diseños, fue financiada, de manera legítima por el Fideicomiso, con cargo a los desembolsos provenientes del contrato de préstamo celebrado con el BID con fundamento en la Ley No. 9124, siendo que inicialmente, la recuperación de esos fondos provenientes del préstamo, provendría de los contratos de arrendamiento financiero, pero que al no ser posible ya ese medio de repago, es indispensable encontrar una solución, pues no resulta conveniente ni para el Fideicomiso, ni para el Ministerio, ni para el país, incurrir en dificultades para el pago de obligaciones adquiridas con el BID. En este contexto, debe recordarse que el Ministerio ya había logrado concretar transferencias presupuestarias al Fideicomiso, por un monto total de ¢10.547.392.028. Por lo tanto, lo que procede es pagar los montos de los terrenos, estudios y diseños con cargo ahora a esos fondos transferidos por el Ministerio, para saldar las obligaciones financieras adquiridas con el BID.
 - En igual sentido, una vez descontados los montos mencionados en el punto inmediato anterior, existirá un remanente de las transferencias realizadas por el Ministerio al Fideicomiso, que también deben ser devueltos al Ministerio, sin que sea posible esperar 15 años para que esto ocurra a la espera de la liquidación total del fideicomiso.
 - Finalmente, existen dos obras en curso de ejecución, que son: Colegio Sotero González y Liceo Rural de Santa Rosa. Estos dos proyectos fueron adjudicados por el Fideicomiso e iniciados según la programación que indicaba que serían concluidos dentro del plazo de 5 años de desarrollo y ejecución del proyecto. No obstante, estos dos proyectos han sufrido incidencias atribuibles a los respectivos contratistas, que han alterado el cronograma y existe una posibilidad real de que no sean concluidos dentro del plazo de los cinco años. En estos casos, a partir de principios constitucionales de eficiencia y eficacia (Resolución No. 1442L-2004 de la Sala Constitucional), debe brindarse una solución que salvaguarde el patrimonio del Fideicomiso, que satisfaga la necesidad pública de la infraestructura y que permita honrar de manera eficiente las obligaciones con el BID. Si no se permite la conclusión de estas obras que por razones no imputables al Fideicomiso sino a los contratistas de obra no podrán ser terminadas dentro del plazo de cinco años, quedarían obras inutilizables con un grado de avance amplio, se dejaría desatendida la necesidad pública y no se podrá recuperar los desembolsos del contrato de préstamo con el Banco.
11. Que esos son los temas que 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 es factible ni representa un curso de acción responsable de frente al interés público.

II. Criterio de la División.

a) De los alcances y términos de la adenda planteada.

En su gestión se indica que la adenda que se somete a refrendo no pretende solicitar la reconsideración de la posición expuesta por esta Contraloría General en la denegatoria de la anterior versión de la adenda 2, siendo que la intención es incluir en el contrato las regulaciones sobre el manejo de la inminente posibilidad de que no se podrán ejecutar la totalidad de las obras dentro del plazo máximo de 5 años dispuesto por el legislador. En ese sentido, menciona que resultaría contrario a los principios de eficacia y de eficiencia interpretar que todos aquellos derechos, terrenos, diseños, estudios y remanentes que no podrán ser utilizados bajo el marco del contrato del fideicomiso, puedan ser devueltos al MEP en su condición de Fideicomitente hasta que concluya el plazo máximo del Fideicomiso de 20 años.

Bajo esa lógica, la propuesta consiste por un lado, en establecer una serie de reglas para poder proceder a la liquidación parcial anticipada del patrimonio, así como a la extinción anticipada de los derechos de uso sobre los terrenos, procediendo a pagar los montos de los terrenos, estudios y diseños con cargo a la suma de ¢10.547.392.028f transferidos por el MEP al Fideicomiso, para saldar las obligaciones financieras adquiridas con el BID, debido a que el medio de recuperación por medio de los contratos de arrendamiento, en esos casos, ya no sería factible.

Adicionalmente, se hace referencia al caso en concreto de la ejecución contractual de dos colegios, en los cuales se informa que en virtud de incidencias atribuibles a los respectivos contratistas, existe una posibilidad de que no vayan a ser terminados antes del vencimiento del plazo máximo de los 5 años dispuestos por la Ley. Sobre ese particular, se propone que se permita concluir dichas obras a efectos de evitar que queden obras inutilizables con un grado de avance amplio, y de dejar desatendida la necesidad pública y sin poder recuperar los desembolsos del contrato de préstamo con el BID por la vía prevista de los contratos de arrendamiento financiero. Afirma que ese escenario no estaría ajustado a los referidos principios de eficiencia y eficacia.

A partir de lo anterior, la adenda consiste básicamente en la modificación de la cláusula décimo séptima a efectos de incluir un inciso c) en el cual se regularía el supuesto puntual de los contratos que al concluir el plazo máximo de los 5 años dispuestos en la Ley, se encuentren en ejecución y en un inciso d) sub incisos i) y ii), la incorporación de reglas para la liquidación parcial anticipada de aquellos bienes que formen parte del patrimonio del fideicomiso pero que no podrán utilizarse para cumplir con la finalidad del Contrato, a efectos de que puedan pasar al MEP antes del plazo total de 20 años.

b) Sobre la denegatoria del refrendo solicitado.

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

Sobre el particular, la adenda sometida a valoración indica en el inciso c) que se está agregando:

"c) En el caso de que concluya el plazo de cinco años y existan en ejecución contratos de obras pendientes de finalización y de entrega a satisfacción, el Fiduciario deberá adoptar las medidas que resulten necesarias para lograr esa conclusión y recepción de obras, de manera que se satisfaga la necesidad pública de contar con la infraestructura al servicio de los educandos y para garantizar que la recuperación de las inversiones se concrete por medio de los contratos de arrendamiento financiero correspondiente. En caso de que el atraso en la conclusión de la ejecución de las obras sea atribuible al contratista de obra respectivo, el fiduciario deberá adoptar las medidas contractuales pertinentes con el propósito de cobrar los daños y perjuicios que resulten aplicables. Se subraya que lo dispuesto en este inciso solo es aplicable en caso de obras en curso de ejecución al momento de finalización del plazo de los cinco años y cuya finalización no se concrete por motivos o incidencias propias de la fase de la ejecución contractual."

Al respecto, estima este órgano contralor que dicha propuesta no pretende realizar una modificación al contrato que corresponda analizar en los términos encomendados por el legislador a este órgano contralor¹. Lo anterior, por cuanto no se pretende modificar el Contrato de Fideicomiso en cuanto a sus elementos esenciales y cláusulas originalmente previstas; sino que los temas incorporados en dicha cláusula se refieren a la modificación de contratos derivados del Fideicomiso. Así entonces, mediante la propuesta planteada por el MEP, se estaría resolviendo vicisitudes de la ejecución de esos contratos, que como bien se afirma por la Administración no están modificando el plazo de desarrollo y ejecución que prevé la ley para un total de 5 años².

Bajo esa tesitura, debe tenerse presente que la competencia que ostenta esta Contraloría General en materia de refrendo, refiere 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 legalmente³. De esa forma, en lo que respecta a los contratos que deriven de

¹ Al respecto, puede verse el párrafo penúltimo del artículo 2 de 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.

² Artículo 3 párrafo antepenúltimo de la Ley No. 9124.

³ Sobre el particular se indicó para el caso de este fideicomiso: "*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*

la ejecución del fideicomiso, es decir, la actividad contractual desplegada por el fiduciario, como son precisamente los contratos de obra de cada uno de los proyectos enlistados en la Ley No. 9124, se tiene que están sujetos al manual de contratación respectivo, regulaciones contractuales y los principios generales que rigen la contratación administrativa en razón de la naturaleza pública que ostentan los recursos fideicometidos.⁴

De manera tal, que este órgano contralor no resulta competente para refrendar la adenda sometida, por cuanto la misma incorpora disposiciones que regulan las relaciones contractuales derivadas del contrato de fideicomiso como tal.

Por otra parte, en lo que atañe a lo dispuesto en el inciso d) sub incisos i) y ii), se tiene que disponen:

“d) En caso de que finalice el plazo de los cinco años de desarrollo y ejecución, y dado que se trata del plazo máximo establecido en la Ley No. 9124 para tal propósito, no podrá el Fiduciario ejecutar las actividades reservadas para este período, con la salvedad de lo que se establece en el inciso c) anterior. En ese caso, deberá atenderse lo siguiente: / i) El Fiduciario hará una liquidación parcial anticipada del patrimonio del Fideicomiso con Ja finalidad de transferir al MEP, en su doble condición de Fideicomiente y de Fideicomisario, Jos 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. Esta liquidación parcial anticipada del patrimonio no podrá ser hecha en perjuicio de acreedores y así deberá el Fiduciario dejarlo debidamente acreditado y fundamentado en el expediente respectivo. / ii) En caso de que para la adquisición de los bienes, terrenos, derechos de uso, estudios, diseños y demás insumos referidos en el numeral i) anterior se hayan utilizado desembolsos de los acreedores de las operaciones de financiamiento autorizadas por la Ley No. 9124 o bien recursos aportados temporalmente por el Fiduciario, que ya no sea posible recuperar por la vía de contratos de arrendamiento financiero, podrán reembolsarse las sumas respectivas con cargo a las transferencias presupuestarias hechas a favor del Fideicomiso por parte del MEP. En estos casos, el Fiduciario deberá hacer un informe detallado de los rubros respectivos, las fuentes de financiamiento utilizadas y los montos que en consecuencia serán aplicados para este propósito. Ese informe deberá contar con la aprobación del MEP antes de proceder a hacer los pagos respectivos. Se reitera, según lo estipulado en el numeral i) anterior, que los fondos remanentes de las transferencias hechas por el MEP a favor del Fideicomiso, deberán ser devueltos al MEP de conformidad con las instrucciones que el MEP le gire al Fiduciario a esos efectos por medio escrito. Esta liquidación parcial anticipada del patrimonio no podrá ser hecha en perjuicio de acreedores y así deberá el Fiduciario dejarlo debidamente acreditado y fundamentado en el expediente respectivo.”

En relación con este apartado, se debe señalar que existen varios aspectos que las cláusulas no precisan, o bien, se han explicado en el oficio de remisión, por lo que se hace necesario algunas precisiones. Al respecto, ciertamente se explica que a este momento el patrimonio fideicometido se encuentra conformado por una serie de bienes, entre ellos

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.” Oficio No. 12457 del 20 de octubre de 2017. En igual sentido, puede verse el oficio No. 11936 del 11 de octubre de 2017.

⁴ Oficio No. 00357 (DCA-0094) de 19 de enero de 2012.

inmuebles, insumos, estudios, diseños, derechos de uso; cuyos montos no podrán recuperarse mediante los contratos de arrendamiento y por ende, no podrán utilizarse para cumplir con el fin del Fideicomiso, cual es la construcción de obras de infraestructura educativa, en consideración al plazo de 5 años previsto como plazo de desarrollo y ejecución, en tanto no se cuenta ni con recursos financieros ni plazo suficiente para realizarlos. Es por ello que, se pretende transferir dichos bienes al Fideicomitente para que este los pueda utilizar, ya que de otra manera quedarían ociosos hasta que transcurra el plazo de 20 años establecidos en la Ley.

Si bien se expone esas justificaciones, se hace necesario para efectos del trámite:

1. Dado que se pretende la inclusión de un mecanismo de terminación parcial y por ello de la disminución del patrimonio fideicometido, considera esta Contraloría General, que resulta necesario contar con la anuencia del Banco Interamericano de Desarrollo en su condición de fideicomisario (artículo 3 de la Ley No. 9124), tanto respecto del clausulado como de los montos y bienes que se detalle a este momento, así como por las implicaciones que cualquier disposición pueda significar para el financiamiento y en consideración a las prerrogativas que en general otorga el Código de Comercio para protección de los fideicomisarios⁵.
2. La información proporcionada resulta incompleta por cuanto no se delimita claramente cuáles son los terrenos, diseños, estudios, derechos de uso, fondos remanentes y los “demás insumos” que estarían siendo objeto de la respectiva liquidación parcial anticipada, lo cual tendría que estar debidamente detallado, refiriendo los costos y estado actual. Esta referencia no solo resulta de interés para dimensionar los términos de la liquidación parcial propuesta, sino también para determinar que se está en condición de no cumplimiento parcial del fin⁶ sin que ello implique la extinción del fideicomiso sino la disminución parcial de su patrimonio para devolverlo al fideicomitente y reconocer obligaciones derivadas del financiamiento.

En este mismo sentido, debe explicarse qué tipo de diseños se estaría reconociendo (se trata de diseños definitivos o preliminares). Así como, precisar si se refiere únicamente a los diseños para iniciar el procedimiento de contratación de algunos proyectos, o bien, si se pretende dejar concluidos todos los diseños de los proyectos remanentes ante el acaecimiento del plazo de 5 años. Desde luego, será necesario identificar cada uno de los diseños en relación con sus proyectos respectivos.

3. Por otro lado, se desconoce si los estudios, diseños y demás insumos a que se hace referencia fueron recibidos a satisfacción, por el Fideicomiso. De igual forma, en el caso de los inmuebles adquiridos, tampoco se han identificado, ni se refieren los montos a reconocer por cada uno de ellos, ni se detalla si en todos los casos resultan aptos y

⁵ Entre ellas puede verse el artículo 654 inciso b) del Código de Comercio.

⁶ Artículo 659 inciso a) del Código de Comercio.

susceptibles de ser utilizados para la fase constructiva, así como si fueron avalados por el Fideicomitente en los términos del contrato de fideicomiso.

4. Debe acreditarse mediante certificación emitida por funcionario público competente, el monto de los fondos transferidos a que se hace referencia en la adenda y que se denominan “fondos remanentes”, según la debida fiscalización de montos girados. Lo anterior, sin perjuicio de que se emita la certificación complementaria por el Fiduciario respecto de los fondos existentes en la actualidad de la transferencia realizada.
5. En lo que respecta al propio texto de la adenda en el inciso d) punto ii) se establece: *“recursos aportados temporalmente por el Fiduciario”*. En este sentido no queda claro a qué se refiere con la calificación “temporalmente”, por lo que se hace necesario que precise ese concepto y de ser necesario acompañe la documentación que estime pertinente. Asimismo, entiende este órgano contralor que en lugar del “Fiduciario” debería referirse al “Fideicomitente”, por lo que se hace necesario también que se explique ese punto.

Conforme lo expuesto, el documento de adenda remitido ha incorporado aspectos propios de la ejecución de contratos derivados del Contrato de Fideicomiso, por lo que en consideración a un principio de integralidad procede denegar el refrendo de todo el documento; sin perjuicio de que debe atenderse los puntos referidos sobre el punto d). Por lo expuesto, procede denegar el refrendo de la adenda remitida.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

APV/DAZ/chc
Ni: 7234
G: 2013001248-15

