

**Al contestar refiérase
al oficio No. 23238**

23 de Diciembre del 2022
DCA-3251

Señor
Melvin Monge Sandí
Gerente
Gerencia de Operaciones y Logística
INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD

Estimado señor:

Asunto: Se deniege refrendo el Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliaria ICE-BCR 20100000003, suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y el Banco de Costa Rica el día 29 de enero del 2010, así como la Adenda N° 1 del 07 de octubre y la Adenda N° 2 del 25 de noviembre, ambas del presente año; cuyo propósito es dotar de una solución integral de espacio físico al ICE. Gestión requerida al amparo de la Ley N° 9665, Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Nos referimos a su oficio N° 0150-961-2022 del 28 de noviembre del 2022, recibido en esta Contraloría General ese mismo día, mediante el cual solicita el refrendo al contrato descrito en el asunto.

Mediante oficio N° 0150-624-2022 del 30 de agosto del 2022, esa Administración había solicitado el refrendo del presente Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliaria ICE BCR 2010000003.

Al respecto, este Despacho solicitó al ICE información adicional a efecto de continuar con el estudio del caso, sin embargo mediante oficio N° 0150-920-2022 del 11 de noviembre del año en curso, la Gerencia de Operaciones y Logística del ICE solicitó una prórroga por el plazo adicional de 15 días hábiles a efectos de atender el requerimiento planteado, respecto a lo cual, mediante oficio N° 20293 DCA- 3080 del 23 de noviembre del 2022 este Despacho procedió con el archivo de la gestión a efectos que esa Administración contara con el tiempo suficiente para obtener la totalidad de la información requerida, remitiera adenda N° 2 solicitada y contara con la debida integración del Consejo Directivo del ICE.

En respuesta a lo anterior, esa Administración presenta nuevamente a trámite el contrato en cuestión en fecha 28 de noviembre del 2022.

I. Criterio de la División.

Una vez efectuado el estudio de rigor, y de conformidad con el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, se deniega el refrendo del contrato mencionado, por las razones que de seguido se exponen:

1. Con vista en la solicitud de refrendo del Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliaria ICE- BCR 2010000003 planteada por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), se evidencia como fundamento jurídico de dicha solicitud lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (Ley N° 9665), el cual establece la posibilidad de optar por el refrendo de un contrato que se encuentra en ejecución.

En ese sentido el artículo 2 indica lo siguiente:

“En casos excepcionales, cuando se inicie la ejecución de un contrato sin contar con el refrendo y la jerarquía institucional determine que existen suficientes razones de interés público, se podrá emitir el refrendo con posterioridad a la orden de inicio, si previamente al emitirlo el jerarca verifica que existan al menos las siguientes condiciones:

a) El contrato se encuentre vigente.

b) Se acredite que permite la debida satisfacción del interés general o evita daños o lesiones a los intereses públicos.

c) Se determine que lo ejecutado de previo al refrendo no compromete el cumplimiento del objeto contractual.

El acto motivado que incluya este análisis indicará la instancia o el funcionario encargado de la fiscalización respectiva en todas las fases del contrato administrativo y deberá constar en el expediente administrativo, y el refrendo surtirá efectos desde el momento en el que se emita y no de forma retroactiva.

Esta circunstancia no exime de la responsabilidad civil, penal o administrativa que pueda caber por la ausencia o denegatoria del refrendo a los funcionarios o contratistas involucrados.”

De conformidad con lo expuesto, el otorgamiento del refrendo contralor para aquellos contratos que están en ejecución, pese a no contar con dicho requisito de eficacia, dependerá de que el jerarca institucional acredite el cumplimiento de tres requisitos en particular: **a)** que el contrato se encuentre vigente, **b)** que se acredite la debida satisfacción del interés general o evitar daños al interés público y **c)** que se determine que lo ejecutado previo al refrendo no compromete el cumplimiento del objeto contractual.

De los requerimientos expuestos por la norma en mención tenemos un contrato firmado en el año 2010 que a la fecha sigue produciendo sus efectos, siendo de especial interés para el caso en particular el cumplimiento del inciso b) relacionado con la acreditación de la satisfacción del interés público a partir del otorgamiento del refrendo contralor.

A partir de lo antes expuesto, se tiene que mediante oficio N° 0012-934-2022 del 12 de octubre del 2022 suscrito por la señora María Esther Ramírez Flores, Secretaria Adjunta del Consejo Directivo del ICE, se acredita el acuerdo en firme tomado por dicho órgano director en el artículo 1 del Capítulo III de la Sesión 6549 del 11 de octubre del 2022, que al respecto indica lo siguiente:

“En virtud de lo anterior, la conveniencia para el interés público de otorgar el refrendo a dicho contrato se acredita precisamente con lo establecido en el artículo 21 inciso b de la Ley 9665 previamente transcrito, es decir que el refrendo se requiere para procurar que no se generen daños o lesiones a los intereses públicos, representados por los recursos que se están destinando para el pago de la cuota de arrendamiento. Una vez que se cuente con el refrendo contralor, se podrá continuar con la definición de la mejor alternativa que permita al ICE en su actual condición de Fideicomitente y Arrendatario en el citado esquema contractual realizar el equilibrio necesario entre el uso de fondos públicos y la condición actual del Centro Empresarial La Sabana”.

Indicando adicionalmente lo siguiente:

“POR TANTO, SE HA VERIFICADO QUE: (...) b) La emisión por parte de la Contraloría General de la República del refrendo al Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliario ICE-BCR permitirá la debida satisfacción del interés general, particularmente porque permitirá evitar daños a los intereses públicos, debido a lo siguiente:

- Se continúa la ejecución del contrato, acorde con el ordenamiento jurídico, al dotar de eficacia el respectivo contrato.*
- Permitirá que el ICE pueda continuar cumpliendo con las obligaciones contractuales y financieras que adquirió con la suscripción del contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliario ICE-BCR hasta definir la alternativa más conveniente al interés institucional.*
- Permite no poner en riesgo y así evitar daños a los recursos públicos que el ICE ha invertido durante la vigencia del esquema contractual.”*

De conformidad con lo expuesto por el ICE en atención a lo requerido por la Ley de Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, se tiene que la justificación que se indica respecto a la satisfacción del interés público considera expresamente que *“(...) Una vez que se cuente con el refrendo contralor, se podrá continuar con la definición de la mejor alternativa que permita al ICE en su actual condición de Fideicomitente y Arrendatario en el citado esquema contractual realizar el equilibrio necesario entre el uso de fondos públicos y la condición actual del Centro Empresarial La Sabana”.*

Ahora bien, no pierde de vista este Despacho que un elemento altamente importante para la resolución de la gestión presentada, lo constituye el hecho que el ICE ha indicado que el edificio del centro empresarial debe someterse a un proceso de desinversión, precisamente porque el edificio en las condiciones actuales y como consecuencia de la pandemia, migró esencialmente hacia un esquema de teletrabajo, reubicando a una mínima parte del personal

que todavía desempeña labores de manera presencial, en otros edificios de la institución. Esto según lo indicado en el Informe Integral de desinversión Edificio Centro Empresarial la Sabana (Actualización).

Es por ello, que con ocasión del requerimiento de información planteado por parte de este Despacho mediante el oficio N° 19190 DCA-2991-2022 del 8 de noviembre del 2022, en respuesta a la pregunta 3 inciso b, esa Administración detalla una serie de escenarios propuestos por el Banco de Costa Rica con el fin de atender la situación de desocupación del edificio del Centro Empresarial La Sabana (CELS), indicando al respecto lo siguiente:

“• Cesión del Fideicomiso: Consiste en que el ICE cede sus derechos y obligaciones a un tercero, a cambio de una retribución (puede ser recuperar lo pagado hasta una fecha). El Banco de Costa Rica continúa como Fiduciario y las condiciones del contrato no varían. Este escenario actualmente es una propuesta que no ha sido explorada por el ICE. Por lo tanto, carece de evaluación y análisis legal, técnico y financiero.

• Un tercero adquiere el edificio (venta): En este caso un tercero adquiere el edificio y cancela las obligaciones pendientes con el fideicomiso, incluyendo los costos en que ha incurrido el ICE hasta el momento de la venta. Con ello se finiquitan todos los contratos (Fideicomiso, Arrendamiento, Crédito y demás). Para este escenario se realizó un estudio integral de desinversión que contempla el análisis desde la perspectiva Logística, legal y financiera, (...)

• Subarriendo: En este caso el ICE como arrendatario del edificio, subarrienda a terceros de forma total o parcialmente el edificio. Dicha alternativa resultaría en una solución a corto plazo que ayudaría a generar ingresos y evitar que el edificio permanezca subutilizado, mientras se logra encontrar un cliente que adquiera el inmueble. Este escenario actualmente es una propuesta que no ha sido explorada por el ICE. Por lo tanto, carece de evaluación y análisis legal, técnico y financiero.

• Afectación a propiedad en condominio: Este escenario considera “liberar” al Fideicomiso de una parte del edificio y vender la otra parte, la cual saldría del Fideicomiso y conllevaría a un ajuste de la cuota de arrendamiento. Este escenario actualmente es una propuesta que no ha sido explorada por el ICE. Por lo tanto, carece de evaluación y análisis legal, técnico y financiero.

• Incluir otros fideicomisarios: El ICE podría incluir a las empresas de su grupo para que sean fideicomisarios y subarrendar al ICE para el uso de ciertos pisos del edificio. Este escenario actualmente es una propuesta que no ha sido explorada por el ICE. Por lo tanto, carece de evaluación y análisis legal, técnico y financiero.

• Cooperación Público Privada: En el marco de la ciudad tecnológica de la Municipalidad de San José, se podría aplicar una cooperación público-privada, de tal manera que un tercero realice un aporte de capital que permita bajar la deuda y el arrendamiento y se utilice el edificio para algún proyecto conjunto con empresas de tecnología. Este escenario actualmente es una propuesta que no ha sido explorada por el ICE. Por lo tanto, carece de evaluación y análisis legal, técnico y financiero.

Para desarrollar las alternativas antes indicadas, se requiere del refrendo del Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliaria ICE-BCR 2010, para luego modificar los contratos de fideicomiso, arrendamiento y accesorios”

Asimismo se tiene que con vista en el “Informe Integral de desinversión Edificio Centro Empresarial la Sabana (Actualización)” esa Administración desarrolla como propuesta la siguiente:

“El ICE está facultado para ejercer la rescisión del Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliario ICE-BCR 2010, para lo cual deberá suministrar los recursos para cancelar el saldo de la deuda pendiente por parte del Fideicomiso, y deberá contar con la anuencia del BCR, en su condición de arrendador, para la rescisión del Contrato de Arrendamiento, el cual también está condicionado a la inexistencia de pasivos pendientes. Para validez del acto administrativo, el ICE deberá fundamentar en forma precisa las razones de desaparición del interés público, además de argumentar de forma precisa y sólida la conveniencia financiera institucional y suministrar al Fideicomiso los recursos financieros para cancelar los montos adeudados.

Para concretar una posible venta del edificio, primero deberá realizarse el finiquito del Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliario ICE-BCR 2010 y contratos accesorios, lo anterior, debido a las prohibiciones contractuales establecidas para el arrendador y arrendatario. También se debe considerar una penalidad del 3% de comisión sobre el saldo amortizado, por cancelación anticipada del préstamo con el Banco Popular y Desarrollo Comunal, en caso de que no se esté ante el escenario de excepción que prevé el contrato.”

De conformidad con lo anteriormente expuesto, esa Administración cuenta con un estudio integral que recomienda proceder con la venta del inmueble, para lo cual necesariamente debe cumplir con una serie de obligaciones y condiciones de orden legal y financieras que le permitan proceder de tal manera, dentro de las cuales se encuentra el finiquito del contrato de fideicomiso y contratos accesorios, el pago de la penalidad del 3% de comisión sobre el saldo del crédito por cancelación anticipada, la cancelación de la deuda pendiente por parte del Fideicomiso, así como una debida justificación de la actual condición en que se encuentra el edificio y el interés público, para lo cual, necesariamente requiere de contar previamente con la anuencia del BCR como contraparte del negocio.

Así las cosas, bajo ese primer escenario de venta del inmueble, existen una serie de etapas que esa Administración no ha implementado, respecto a las cuales sobresale la negociación que debe realizar con el Banco de Costa Rica para determinar la eventual rescisión del contrato de Fideicomiso, circunstancia que demuestra que el ejercicio de atención al interés público no ha sido desarrollado adecuadamente, en los términos actuales en que se encuentra el edificio y que evidentemente difiere del interés público al momento de la estructuración del negocio de compra y arriendo del CELS.

Por otra parte, esa Administración ha señalado que más allá de la venta, cuenta con otras opciones para atender la actual condición en la que se encuentra el edificio CELS como consecuencia de la desocupación generada por la Pandemia y la puesta en práctica del Teletrabajo en el ICE, tales como subarriendo, afectación a propiedad en condominio, inclusión de otros fideicomisos y cooperación público privada. Señala el ICE que para desarrollar dichas alternativas, en cualquiera de los casos, requiere previamente del Refrendo del Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliaria ICE-BCR 2010.

Al respecto, es criterio de este Despacho que la forma en que esa Administración determinará -en definitiva- su proceder respecto al edificio denominado CELS, se relaciona necesariamente con la debida atención del interés público que resguarda el ICE y que debe ser desarrollado en los términos que establece el inciso b) del artículo 2 de la Ley 9665.

En ese sentido, el ICE en atención al requerimiento de información planteado por este Despacho, mediante oficio N° 5145-1597-2022 del 25 de noviembre del año en curso, indica que a este momento únicamente ha desarrollado la alternativa de venta del CELS como solución al estado de desocupación del inmueble, lo anterior pese a que reconoce que existen otras opciones viables, respecto a lo cual, es criterio de este Despacho que esa Administración no tiene certeza en cuanto a la forma en que se pretende atender el interés público actual que recae directamente sobre el Instituto Costarricense de Electricidad.

El hecho que a este momento el ICE reconozca que únicamente ha explorado la venta del inmueble pese a que reconoce que existen otras alternativas para atender la desocupación del CELS, implica que el análisis de determinación de la satisfacción del actual interés general no ha sido desarrollado de manera amplia, oportuna y adecuada, en el tanto que con ocasión del estudio pendiente del resto de opciones posibles, bien puede surgir la mejor forma de atender el interés general.

En este orden de ideas, si bien el ICE parece inclinarse de la información remitida, por una venta del activo, debe tomar en cuenta que ese proceso involucra una serie de actuaciones que debe tener definidas de previo a requerir el refrendo a este órgano, especialmente en lo concerniente a la relación de arrendamiento con opción de compra del activo con el Fideicomiso, lo cual si bien se trata de un contrato accesorio que no es objeto del refrendo, sí es parte importante del negocio y concretamente con el BCR en calidad de fiduciario, se deben establecer las coordinaciones y negociaciones respectivas para poder terminar dichas contrataciones anticipadamente dentro del marco jurídico respectivo.

Siendo entonces que si la voluntad del ICE fuera finalmente la venta del activo, debe una vez adoptada esa decisión con los criterios técnicos respectivos, llevar a cabo ese proceso de negociación con el Banco, que involucre la forma de disolución, los mecanismos de pago de las cuotas pendientes, los tiempos de ejecución, la capacidad del ICE para asumir estos pagos de manera adelantada, y muy importante, la previsión de venta futura que la institución llevará a cabo, elementos estos que son fundamentales para este órgano conocer, en vista que se debe efectivamente poseer un proceso de disolución de las contrataciones madurado y procesada que no arroje dudas que efectivamente las razones de interés público invocadas para otorgar el refrendo en estas condiciones, efectivamente encuentran respaldo en ese camino trazado y negociado por el ICE.

Todo con la finalidad de evitar que la razones de interés público que justifiquen el refrendo no varíen en el tiempo, desnaturalizando las condiciones iniciales que fueron valoradas.

De conformidad con lo expuesto, no se tiene por demostrada la acreditación de la debida satisfacción del interés general por parte del Instituto Costarricense de Electricidad, especialmente en cuanto a ese proceso avanzado de resolución con el BCR, que justificaría

eventualmente la venta del activo, y por ende no se cumple con el requerimiento establecido en el inciso b) del artículo 2 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, motivo por el cual procede la denegatoria de la presente solicitud de refrendo.

2. En cuanto al cumplimiento del porcentaje máximo de endeudamiento permitido en relación con los activos totales de la institución (45%), la certificación presentada¹ por la Administración tiene corte al mes de junio de 2022. No obstante, tal y como se indicó en nuestro oficio 19190 (DCA- 2991-2022), es necesario que tal condición se acredite a la fecha de remisión del contrato de Fideicomiso para trámite de refrendo, que en el caso de mérito resulta ser el 30 de agosto de 2022, razón por la cual con el documento presentado no puede tenerse por atendido el requerimiento.

Al respecto, cabe señalar, que de darse un nuevo trámite, dicha certificación debe emitirse con el porcentaje de endeudamiento en dos momentos, el primero con el corte contable más cercano al momento de remisión del contrato ante el órgano contralor y el segundo al 31 de diciembre del año anterior, además el documento debe incluir indicación expresa en cuanto a que en su determinación se han aplicado las reglas de cálculo dispuestas en el artículo 14 de la Ley 8660 e incorporar el desglose de los pasivos considerados en el respectivo cálculo en el que se demuestre que incluye las obligaciones asociadas al arrendamiento del Centro Empresarial La Sabana.

3. Con ocasión del oficio N° 19190 DCA-2991-2022 este Despacho le solicitó a la Administración se remitiera el contrato suscrito entre la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión del BCR y el Instituto Costarricense de Electricidad, respecto a la adquisición del edificio CELS así como la oferta original de la SAFI y su posterior mejora.

Al respecto señala esa Administración que el ICE no realizó ningún pago por alquiler ya que el mismo día se dio el acto de recepción del inmueble y el Fideicomiso de Titularización Inmobiliaria ICE BCR realizó la compra del edificio, dejando sin efectos el contrato indicado. Al respecto remite a los anexos 2, 3, 4 y 5.

En este orden, se tiene que los anexos remitidos por la Administración corresponden a la siguiente documentación:

- Anexo 2: Certificación que remite al expediente administrativo 2009-CD-000241-PROV Adquisición por arriendo de inmueble localizado en Sabana Sur del edificio Centro Empresarial La Sabana señalando los folios en los que se encuentran la oferta alternativa SAFI 230-09, la oferta original SAFI-229-09 y el contrato de arrendamiento CELS; no obstante no se puede ubicar dicha información dentro de la documentación remitida para estudio de esta Contraloría General.

¹ Archivo 5145-1597-2022 Anexo 23 Certificacion Ley 8660 Junio 2022.pdf

- Anexo 3: Nota 0012-997-2022 del 14 de noviembre del 2022 mediante la cual la Secretaría del Consejo Directivo remite a la División Jurídica certificación de los acuerdos emitidos por el Consejo Directivo en sesión N° 5773.
- Anexo 4: Certificación de la Secretaría del Consejo Directivo del acuerdo emitido en el artículo 1 de la sesión N° 5773.
- Anexo 5: Personería Jurídica del señor Álvaro Camacho de la O como apoderado generalísimo sin límite de suma de la entidad denominada BCR Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.

Así las cosas, dentro de la información remitida no se ubica el contrato y las ofertas solicitadas, motivo por el cual no se tiene por atendido el requerimiento de este Despacho.

4. Con ocasión del citado oficio N° 19190 DCA-2991-2022, este Despacho requirió que la Administración acreditara que bajo las actuales condiciones del negocio cuenta con la capacidad financiera para continuar con el pago mensual de las obligaciones económicas pactadas.

Al respecto esa Administración remite a un documento denominado “*Acreditación sobre la capacidad financiera del ICE de continuar con el pago mensual de las obligaciones económicas pactadas en el contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliaria ICE BCR y su anexo Proyecciones Financieras del Negocio de Telecomunicaciones para el periodo 2022- 2030*”, para lo cual remite a los anexos 16 y 17.

El anexo 16 corresponde al oficio N° 0012-1005-2022 del 23 de noviembre del 2022 que declara confidencial el documento de acreditación sobre la capacidad financiera del ICE y el Informe Impacto al interés general de no refrendo al Contrato de Fideicomiso de Titularización Inmobiliaria ICE BCR 2010000003 por parte del Consejo Directivo del ICE; no obstante no se tiene a la vista dicha documentación.

El anexo 17 corresponde al oficio N° 1250-820-2022 del 21 de noviembre del 2022 mediante el cual la Gerencia de Finanzas indica a la Gerencia General que bajo las condiciones actuales del negocio se cuenta con la capacidad financiera para continuar con el pago mensual de las obligaciones económicas pactadas. No obstante lo anterior, no se cuenta con el análisis implementado por esa Administración a efectos de acreditar dicha circunstancia.

De conformidad con lo expuesto no se atiende adecuadamente el requerimiento de esta Contraloría General a efectos de contar con el ejercicio correspondiente que demuestre la manera en que continuará cumpliendo con las obligaciones económicas.

5. En cuanto a la representación que ostenta el señor Melvin Monge Sandí como apoderado generalísimo sin límite de suma del ICE, en su condición de Gerente de Operaciones y Logística, esa Administración remite actuación notarial suscrita por la señora Sabrina Francis Salazar, la cual carece de las firmas electrónicas

correspondientes al amparo de un certificado digital vigente expedido por un certificador registrado conforme lo establece la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos (N° 8454).

Así las cosas no se logra demostrar que para la firma de la Adenda N° 1 del 7 de octubre del 2022 el señor Melvin Monge Sandí cuente con la representación necesaria para su firma.

Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División a.i.



Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Gerardo A. Villalobos Guillén
Fiscalizador

GVG/LCHA/FHB/ nrg.
NI: 33045,
G: 2022003205-2
Expediente electrónico CGR-REF-2022007798