

Auditoria Interna

San José, 13 de marzo 2024

JD-INTA-048-2024

Auditoria Interna

Señor:

Roberto Camacho Montero

Directo Ejecutivo

INTA

Asesoría: Sobre el establecimiento de un eventual fideicomiso en el INTA.

Estimado señor:

La Auditoría Interna del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (**INTA**) acorde a las competencias establecidas en el artículo N°22 de la Ley General de Control Interno, N°8292, (LGCI 8292) que señala como una competencia de las Auditorías Internas el "(...) *asesorar, en materia de su competencia, al jerarca del cual depende (...)*", procede a brindar este servicio preventivo a su persona en condición de Director Ejecutivo del INTA como resultado de la reunión en que participó esta Auditoria el pasado lunes de 12 febrero con respecto a las intenciones de la Administración de constituir un contrato de fideicomiso.

Para enmarcar el tema del fideicomiso, es fundamental conocer lo que establece nuestro ordenamiento jurídico sobre el mismo, al respecto la Ley General de Contratación Pública N°9986 (LGCP en adelante) y su Reglamento (Decreto Ejecutivo N°43808-H), establecen elementos valiosos para la comprensión de la constitución de un fideicomiso, que detallamos a continuación:

1- *¿Está legalmente habilitado el INTA para la constitución de fideicomisos?*

De conformidad con el artículo N°12 de la Ley de creación del INTA N°8149, dentro de las funciones y deberes de la Junta Directiva se encuentra el establecimiento de fideicomisos u otros mecanismos de uso y manejo de los recursos económicos, para facilitar el cumplimiento de los fines encomendados al Instituto, por lo que la constitución de una figura de fideicomiso debe estar aprobada por el órgano colegiado.

2- *¿Cuándo se debe realizar un fideicomiso?*

El artículo N°79 de la LGCP indica que el fideicomiso debe utilizarse como figura cuando este resulte ser la mejor opción para la Administración respecto a otras figuras aplicables, adicionalmente a esto se deberá de tener una ley especial que autorice la constitución de fideicomisos

Auditoria Interna

3- *¿Para qué no debe usarse el fideicomiso?*

Bajo el mismo cuerpo normativo, es muy claro que la figura del fideicomiso no debe utilizarse para evadir los controles legales, financieros, presupuestarios o de la contratación pública, ni para generar una estructura para el cumplimiento de la actividad ordinaria de la Administración.

4- *¿Puede un banco privado ser fiduciario?*

El artículo N°79 de la LGCP y artículo N°217 de su reglamento, establecen que la figura del fiduciario será un banco del Sistema Bancario Nacional o un organismo público internacional, el cual deberá ser seleccionado por concurso, por lo que un banco privado no podría ser fiduciario de un eventual fideicomiso que constituya el INTA.

5- *¿Cómo elegir al fiduciario?*

De conformidad con el artículo N°219 del RLGCP, el fiduciario será seleccionado mediante un concurso entre las entidades señaladas en el artículo 79 de la Ley General de Contratación Pública, para ello deberá preparar un pliego de condiciones.

6- *¿Qué debe contener el pliego de condiciones para el concurso del fideicomiso?*

Según el artículo N°219 del RLGCP, establece que la Administración fideicomitente deberá preparar un pliego de condiciones que contenga con toda claridad el proyecto que pretenda ejecutar y los fines propuestos, los elementos esenciales del objeto del contrato de fideicomiso y el plazo; dicho pliego al menos deberá contener:

- a- Análisis comparativo considerando costo-beneficio.
- b- Análisis de experiencia sobre la finalidad del fideicomiso.
- c- Análisis de la capacidad gerencial operativa y estructural del fiduciario.
- d- Razonabilidad de la comisión de fiducia.
- e- Solicitar la experiencia del fiduciario en contratos de fideicomisos y la propuesta técnica con el esquema de organización administrativa y técnica ofrecida para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Por otra parte, previo a la elección del fiduciario se deberá contar con un plan de negocio que asegure su viabilidad y determinar cuáles deben ser las características del fiduciario para el cumplimiento de objetivos previstos.

7- *¿El contrato del fideicomiso es indefinido?*

El plazo para establecer el fideicomiso no puede ser indefinido, por el contrario, el artículo N°79 de la LGCP es muy claro y establece que el plazo del contrato deberá coincidir razonablemente con él con el cumplimiento del fin para el que fue constituido, que en ningún caso podrá exceder de cincuenta años.

Auditoria Interna

8- *¿Cuál podría ser el patrimonio del fideicomiso?*

El artículo N°80 de la LGCP establece que la Administración podrá transmitir de forma motivada toda clase de fondos públicos, derecho de uso, bienes o derechos susceptibles de ser disponibles por la Administración de conformidad con la ley.

9- *¿Las contrataciones que se realicen por parte de la fiduciaria entrarán en un régimen de compras distinto al establecido en la LGCP?*

No, de conformidad con el artículo N°81 de la LGCP, las contrataciones que se realicen con ocasión del cumplimiento del fideicomiso y con cargo a los fondos fideicometidos se someterán a los procedimientos establecidos en la LGCP N°9986, incluyendo su régimen recursivo.

10- *¿Puede romperse la relación entre el fideicomitente y el fiduciario?*

Si, de conformidad con el artículo N°218 del RLGCP, el fiduciario que no cumpla con sus obligaciones podrá ser removido previo acto motivado de la Administración fideicomitente, acto que podrá ser recurrido por el primero; una vez en firme la remoción, la Administración podrá seleccionar un nuevo fiduciario mediante concurso y de conformidad con lo establecido en el artículo N°79 de la LGCP, cabe destacar que en este nuevo concurso no podría participar el fiduciario removido.

11- *¿Qué participación tiene la Administración fideicomitente en el desarrollo del fideicomiso?*

De conformidad con los artículos N°218 del RLGCP, la Administración fideicomitente deberá:

- a- Ejercer funciones de control y fiscalización en la ejecución del proyecto mediante el establecimiento de los controles internos necesarios para verificar y asegurar el cumplimiento de los fines establecidos.
- b- Definir en el contrato del fideicomiso en qué tipo de actos y en qué plazos debe actuar el fideicomitente con la finalidad de evitar que se dupliquen funciones con el fiduciario o se dificulte el cumplimiento oportuno de los fines del Fideicomiso.
- c- Elaborar procedimientos de control para cada etapa del ciclo de vida del fideicomiso, considerando el finiquito anticipado o final del contrato (propiedad de activos, estado y calidad de las obras, reglamentación de los activos financieros, liquidación parcial o total del patrimonio, entre otros).

Auditoria Interna

- d- Establecer los informes de avance que requiere del fiduciario, estableciendo periodicidad mientras se ejecuta el fideicomiso, respaldos requeridos entre otros.

12- En el caso de fideicomiso para obra pública, ¿qué elementos mínimos debe tomar en cuenta la Administración?

Previo al establecimiento de fideicomiso para obra pública, la Administración deberá contar con: definición del proyecto a desarrollar a nivel de pre-factibilidad, considerar al menos los plazos para realizar la fase de pre-inversión y las etapas pre-constructivas, constructivas, operación, terminación y liquidación de las obligaciones del fideicomiso, esto cuando la responsabilidad técnica recaiga sobre el fiduciario, la participación de la Administración fideicomitente será en diversas etapas de la ejecución del proyecto brindando aprobaciones a diversas actuaciones. En tales casos, el contrato deberá definir qué tipo de actos y en qué plazos debe actuar la Administración fideicomitente, lo anterior según artículo N°82 de la de la LGCP.

Además, deberá incorporarse un sistema de gestión de riesgos (matriz de riesgos) , contemplando los riesgos legales, operativos financieros, de mercado, ambientales y de cualquier otra índole que sean relevantes para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, con el propósito de que dicho sistema de riesgos sea una herramienta para la toma de decisiones preventivas y oportunas; dicha matriz deberá estar preparada previo a la suscripción del contrato de fideicomiso de obra pública deberá tenerse una matriz de riesgos que identifique los riesgos asociados al fideicomiso, los responsables de tomar acciones para su mitigación y los responsables de asumir sus efectos patrimoniales. Cabe destacar que la matriz de riesgos debe ser firmada por el fideicomitente y el fiduciario y revisarse periódicamente durante la ejecución del fideicomiso (artículo N°225 del RLGCP).

13- ¿Pueden constituirse fideicomisos que requieran financiamiento?

Efectivamente pueden constituirse fideicomisos que requieran financiamiento, esto de conformidad con el artículo N°222 del RLGCP, para lo cual deberá la Administración realizar un informe que identifique cual es la fuente de obtención de los fondos, la cual puede ser crédito bancario, colocación en mercado de valores, o cualquier otra fuente autorizada por el ordenamiento jurídico, además deberá definir la fuente de pagos o los flujos necesarios para cubrir la deuda; estos financiamientos deberán estar autorizados por el Ministerio de Hacienda previo a la constitución del fideicomiso,

Ahora bien, una vez enmarcado el ordenamiento jurídico sobre el tema del fideicomiso, y como parte de la presente asesoría, procedemos a realizar observaciones al documento denominado “Justificación para la Creación de un Fideicomiso en el Marco de la Ley INTA 8149”, emitido por el señor Luis Alfonso Sánchez Chacón, Economista Agrícola del INTA mediante correo electrónico del 19 de febrero 2024, a continuación el detalle:

- 1- No observamos en el documento la justificación para la constitución de un fideicomiso del INTA de conformidad con los elementos que señala el artículo N°79 de la de la LGCP, tampoco logramos determinar en el documento cuál o cuáles actividades se van a

Auditoria Interna

desarrollar en un eventual fideicomiso, tomando en consideración las prohibiciones que hace el citado ordenamiento en cuanto a que la que la figura del fideicomiso no podrá utilizarse para evadir los controles legales, financieros, presupuestarios o de la contratación pública que existan sobre la Administración que lo constituye, ni para generar una estructura paralela para el cumplimiento de su actividad ordinaria.

Para entender lo que es una actividad ordinaria, específicamente en el ámbito del INTA, hacemos referencia al pronunciamiento de la Procuraduría General de la República (en adelante PGR) C-070-2023 del 11 de abril 2023; primeramente, para definir la actividad ordinaria del INTA, es importante comprender el significado y el marco que delimita la “actividad ordinaria” de las instituciones del estado, según la Dirección General de Contratación Administrativa, en oficio No. 7433 de 25 de junio de 1996 dicho concepto lo define de la siguiente forma:

“(…) La ‘actividad ordinaria’, comprende la actividad contractual de la Administración, que por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de contratación.

Esta excepción a los procedimientos concursales,(…) se limita la actividad contractual que la Administración realiza con sus usuarios, para brindarles bienes o servicios estrechamente relacionados con la prestación última de que la ley le asignó al crearla, de modo que, insistimos, la actividad ordinaria de un ente u órgano de la Administración comprende aquella que éstos realicen, dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye la prestación última o final que ésta efectúa de frente a usuarios, y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifica o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso. Como ejemplo de actividades ordinarias, en las distintas administraciones, podemos señalar la que realiza el Instituto Costarricense de Electricidad, consistente en la venta de servicios de telefonía y electricidad a los usuarios; la que efectúa el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, con la venta de agua potable a la población; la que efectúa el Instituto Nacional de Seguros, cuando vende seguros a sus usuarios; entre otros.

En tal sentido, debemos afirma que si bien ‘toda actividad ordinaria debe enmarcarse en las competencias del ente y por ende, en los fines enmarcados por el legislador, no toda la actividad que comprende la competencia debe ser conceptuada como ordinaria (…) De este modo, no quedan comprendidas en la noción de

Auditoria Interna

actividad ordinaria los contratos que celebren las administraciones, para realizar actividades que cumplen una relación de medios, para alcanzar sus fines, entre las cuales podemos incluir aquellas realizadas para su instalación, tales como la compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, (...)

Ahora bien, con respecto a la actividad ordinaria del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA), vemos que dentro de las competencias dadas a dicho instituto por medio de la Ley N°8149, se encuentran: **la generación, innovación, validación, investigación y difusión de tecnología, en beneficio de la sociedad costarricense para contribuir al mejoramiento y la sostenibilidad del sector agropecuario (artículo 2 de la Ley N°8149)**; a partir de dichas competencias dadas al INTA por medio de una ley de la República, es que podemos definir que dichas labores son parte de la actividad ordinaria del instituto. (*Principio de Legalidad establecido en artículo 11 de nuestra Constitución Política y 11 de la Ley General de Administración Pública*).

- 2- En el párrafo 6 del documento, se indica la limitación que tiene el INTA para utilizar recursos de superávits libres de cada período presupuestario debido a la entrada en vigencia de la Ley de Eficiencia en la Administración de los Recursos Públicos, N.º 9371 del 28 de junio de 2016, específicamente el artículo N°5 obliga a los órganos de desconcentración adscritos a los diferentes ministerios, como es el caso del INTA, a ejecutar los superávits al final del ejercicio presupuestario una vez obtenida la aprobación de la Autoridad Presupuestaria correspondiente; sin embargo considera esta Auditoria que se contemple también la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas N°9635 del 04 de diciembre 2018, que establece en su artículo 17 del Título IV, que como consecuencia de la aplicación de la regla fiscal, el superávit libre deberá reintegrarse al presupuesto nacional en el año siguiente a aquel en que se generó dicho superávit, para ser utilizado en la amortización de deuda o en inversión pública, en resumen el INTA a partir de la aplicación de la regla fiscal, no puede presupuestar ningún superávit.
- 3- El párrafo 7 detalla que la Fundación para el Fomento y Promoción de la Investigación y Transferencia de Tecnología Agropecuaria (en adelante FITTACORI), cuenta con un representante del MAG en su Junta Directiva, situación que es importante revisar en el ordenamiento jurídico, ya que según la página web de esa entidad ninguna de los miembros del órgano colegiado es representante del MAG, ahora bien, de conformidad con el Decreto Ejecutivo N°24901-MAG *Creación del Sistema Nacional Investigación y Transferencia Tecnología Agropecuaria (SNITTA)*, se transforma el Sistema Nacional de Investigación y Transferencia de Tecnología Agropecuaria, SNITTA en el SISTEMA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN, INNOVACIÓN Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA AGROPECUARIA DE COSTA RICA como organismo director y coordinador de las acciones en la materia, teniendo el Ministro de Agricultura y Ganadería la rectoría del Sistema.

Auditoria Interna

- 4- En el párrafo 9 del documento, se indica que los ingresos por ventas de productos, servicios y tecnología son una fuente crucial de ingresos para el cumplimiento de los fines del INTA, sin embargo esos montos no pueden ser ejecutados directamente por la institución y deben ser provisionados para reintegrarse a la Caja Única del Estado, lo cual impone una limitación al presupuesto, y además compiten con los fondos internos destinados a la investigación; sobre este tema la Auditoría considera que existe una restricción establecida en nuestro ordenamiento jurídico sobre utilizar esos ingresos como parte del patrimonio de un eventual fideicomiso; específicamente la Ley de Fortalecimiento del Control Presupuestario de los Órganos Desconcentrados N°9524 del 10 de abril del 2018, estableció que todos los presupuestos de los órganos desconcentrados de la Administración Central a partir del periodo económico del 2021, serán incorporados al presupuesto nacional para su discusión y aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, esto significa, entre otras cosas, que cualquiera que sea la fuente, todos los ingresos de los órganos desconcentrados deben pasar a un fondo único a cargo de la Tesorería Nacional.

Si bien es cierto el INTA posee personería jurídica instrumental, que le permite tener una cierta autonomía presupuestaria para gestionar los fondos de manera independiente al presupuesto del Ministerio de Agricultura y Ganadería, a partir del período económico 2021 con la promulgación de la Ley de Fortalecimiento del Control Presupuestario de los Órganos Desconcentrados N°9524, los ingresos generados por las diferentes ventas y servicios que realiza el instituto están sujetos al principio de caja única, lo cual significa que todos los ingresos que percibe el Gobierno (*incluidos los entes desconcentrados*) formarán parte de un fondo único a cargo de la Tesorería Nacional. Adicionalmente la PGR en dictamen C-072-2019 establece que el objetivo de la citada ley, es que todo presupuesto de un órgano desconcentrado debe estar incorporado en presupuesto nacional, sin que *“que de esa disposición se diferencie entre los ingresos del órgano según su origen, de manera que pueda darse un trámite distinto a determinados ingresos. En particular, no se determina de dicha Ley que estos ingresos deban estar incorporados en forma separada del resto de los ingresos del presupuesto nacional. Y menos se desprende que no deban ser incorporados al presupuesto nacional a efecto de no ser sujetos de aprobación por la Asamblea Legislativa”*.

Por otra parte, el Ministerio de Hacienda como ente rector en los presupuestos de Gobierno Central, ha emitido diferentes directrices para la aplicación de la Ley 9524 y su reglamento, específicamente en la Circular MH-TH-CIR-022-2023 de fecha 14 de diciembre 2023, establece:

21. Cuentas de Recaudación

Los recursos que generen los OD, producto de su actividad, cualquiera que sea su naturaleza y moneda, deben ser trasladados en tiempo y forma a las cuentas que disponga esta Tesorería.

Auditoria Interna

La TN autoriza la recaudación de dichos ingresos en las cuentas bancarias autorizadas por esta Dependencia en el Sistema Financiero Nacional, respetando los saldos mínimos que establezca la entidad bancaria, a fin de evitar cobro de comisiones u otros gastos administrativos.

(El resaltado no es del original)

Esa misma directriz, establece los montos máximos que cada órgano desconcentrado puede tener en sus cuentas por recursos recaudados, y establece las fechas para la devolución de ese dinero a la caja única del estado, o el derecho de solicitar por parte de la Tesorería Nacional en cualquier momento el traslado de recursos a las cuentas; por tanto dichos fondos no podrían ser utilizados como parte del patrimonio de un eventual fideicomiso en el INTA.

Un punto de referencia que nos interesa poner en conocimiento a la Administración actual, es sobre el único fideicomiso que hubo en el INTA, el mismo fue Fideicomiso N°906 INTA-BNCR firmado entre las partes el 27 de noviembre 2003; de conformidad con el Plan Anual Operativo 2009, el patrimonio de dicho fideicomiso lo conformaba el canon arrocero más el superávit del año 2008, con el fin de cumplir dos objetivos específicos:

- a- Contribuir al mejoramiento y sostenibilidad del cultivo del arroz, por medio de la generación, innovación, validación, investigación y difusión de tecnología para manejo integral del arroz que permitan el control de arroz rojo y otros contaminantes, en beneficio de la sociedad costarricense.
- b- Mejoramiento de los sistemas de producción agropecuaria con tecnologías compatibles con el ambiente-zona piloto de estudio Plantón-Pacayas-Subcuenca del Río Birris en Costa Rica

Como parte del fideicomiso, se realizaría la contratación de servicios no profesionales y gastos asociados, adquisición de maquinaria, equipo y toda clase de materiales, actividades y/o cursos de capacitación, importante mencionar que una vez que el INTA ya no percibía el canon del cultivo del arroz, el patrimonio de dicho fideicomiso se vio seriamente afectado y el mismo fue liquidado.

La liquidación del fideicomiso N°906 INTA-BNCR trajo consigo muchas debilidades de control interno, sobre todo en el registro de los bienes adquiridos (vehículos, maquinaria, equipo de cómputo, entre otros), resultado de la falta de acciones concretas y oportunas por parte de la Administración del INTA en aquel entonces, y que a la fecha acarrearán activos que requerían un avalúo para su registro, activos que no se lograron registrar en SINIBET, falta de información de facturas de compras de los activos, entre otros, por lo cual como parte de esta asesoría, consideramos importante que la Administración valore, previo al establecimiento de un fideicomiso, desarrollar los análisis técnicos, económicos y jurídicos, establecer muy claramente la o las fuentes de financiamiento y/o patrimonio del fideicomiso, tomar en consideración los cambios en las estructuras administrativas del INTA a raíz de las reorganizaciones impulsadas por el señor Ministro de Agricultura y Ganadería y la afectación de esto en la administración del mismo y finalmente analizar si la figura del fideicomiso es lo que necesita actualmente el INTA para la satisfacción del fin público.

Auditoria Interna

Sin otro particular, se suscribe atentamente;



Fanny Arce Alvarado
Jefe Auditoria Interna
Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA)

Cc: *Junta Directiva del INTA*
Miguel Ángel Rodríguez Solís- Director Administrativo y Oficial Mayor MAG
Jacqueline Aguilar Méndez – Provedora INTA
Luis Alfonso Sánchez Chacón – Economista Agrícola INTA
Gerardo Castro Salazar – Asesor Legal MAG
Gabriela Ramírez Eduarte – Asesora Legal MAG
José David Barboza Navarro – Asesor Despacho Ministro MAG.