

**DIVISIÓN DE ASESORÍA Y GESTIÓN JURÍDICA**

---

**Al contestar refiérase  
al Oficio N° 7689**

8 de julio, 2002  
**DAGJ-1102-2002**

Ingeniero  
Alejandro Cruz M., Sc. Rector  
Doctora  
María de los Ángeles Cubas Cordero, Auditora Interna  
**INSTITUTO TECNOLÓGICO DE COSTA RICA**  
**Cartago**

Estimados señores:

**Asunto:** Consultas varias relacionadas con la relación existente entre el Instituto Tecnológico de Costa Rica y la Fundación Tecnológica de Costa Rica.

Dado que ambos funcionarios del Instituto Tecnológico de Costa Rica han presentado desde el año pasado una serie de consultas e inquietudes en torno a la relación y operaciones existentes entre dicho instituto y la Fundación Tecnológica de Costa Rica, inquietudes que son a su vez compartidas por el Consejo Institucional, se permite este Despacho referirse a esas consultas en el orden en que han sido presentadas, para efectos de lo cual se tuvo la oportunidad de celebrar diversas reuniones con los interesados.

- I. Consulta presentada mediante oficio número AU-30-2001 del 23 de febrero de 2001, suscrita por la Auditora Interna del Instituto Tecnológico de Costa Rica —en adelante ITCR— en donde se solicita el criterio de la Contraloría General, en torno a la compra de un edificio que efectuara la Fundación Tecnológica de Costa Rica —en adelante FUNDATEC— por un valor aproximado de 207 millones de colones, con el objeto de que fuera ubicada allí la Escuela de Arquitectura y Urbanismo del Instituto Tecnológico de Costa Rica, sin que existiera algún acuerdo en ese sentido por parte del Consejo Institucional del ITCR. Concretamente formula al respecto tres interrogantes:
- a) “¿Se están violentando o no los principios de Contratación Administrativa?”
  - b) “¿Se podría estar generando algún traslado de competencias?”
  - c) “¿Es vinculante para el ITCR el acuerdo tomado en la Junta Directiva de la FUNDATEC relacionado con que el ITCR deberá asumir la administración del inmueble así como todos los gastos que de la administración se deriven, si no existió un convenio previo y específico, al respecto?”

## 1. ANTECEDENTES DE IMPORTANCIA

Para dar una adecuada respuesta a estas interrogantes, es necesario hacer referencia a un antecedente reciente emitido por este Órgano Contralor con respecto a la relación entre otra institución de educación superior (la Universidad Nacional) y una fundación (Fundación Pro Ciencia, Arte y Cultura de la Universidad Nacional, FUNA). De ahí que esta oficina se permita transcribir las siguientes apreciaciones en lo conducente.

- A. Oficio número 01027 (DI-AA-275) del 30 de enero de 2002.

*“II. Sobre la Relación Universidad Nacional – Fundación UNA. (...) En lo concerniente al artículo 18 de la Ley de Fundaciones, no comparte esta Unidad el criterio de esa Universidad, en el sentido de que dicha norma constituye una autorización suficiente para que las instituciones públicas amparadas a ella, otorguen beneficios patrimoniales a las fundaciones. Por el contrario este numeral, se limita únicamente a establecer algunos requisitos que deberán cumplir las fundaciones para recibir esos beneficios, así como mecanismos de control que garanticen el adecuado uso de los recursos otorgados.*

*La transferencia de beneficios patrimoniales en forma gratuita o sin ninguna contraprestación de los integrantes de la Administración hacia sujetos privados, como es el caso de las fundaciones, requiere de acuerdo con el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, una ley de autorización para ese fin. Por lo que, tanto las administraciones otorgantes de beneficios de esa índole, como los sujetos privados que custodien o administren esos bienes, estarán obligados a cumplir las disposiciones de los numerales 5, 6 y 7 de nuestra Ley Orgánica y demás disposiciones que al efecto emita este Órgano Contralor. (2) Ahora, en el caso de las fundaciones, además tendrán que respetar los requisitos contemplados en el precepto 18 de la Ley de Fundaciones.*

-----  
*NOTA (2) Con relación a las directrices emitidas por esta Contraloría en lo referente al manejo y custodia de los recursos públicos por parte de entes privados, pueden observarse las circulares No. 14299 y No. 14300.*

*En relación con este tema, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido una serie de resoluciones de las cuales puede desprenderse, en las (sic) que ese Tribunal ha determinado la necesidad de que exista una ley que permita la disposición del patrimonio público a los sujetos privados. Así por ejemplo, en el Voto No. 1271-95 se indicó que:*

*‘Por tratarse de una norma relativa a la disposición de patrimonio público, la extensión de los beneficios de la Ley número 3859 debió haberse acordado mediante una ley ordinaria y no a través del procedimiento especial previsto constitucional y reglamentariamente para la aprobación de los presupuestos de la República y sus modificaciones, pues se trata de una verdadera reforma a la legislación común.’*

*Cabe aclarar, que si bien dicho Voto se emitió con relación a un artículo que regulaba la transferencia de recursos de órganos públicos a las Asociaciones de Desarrollo Comunal, en el caso en estudio, se puede interpretar según lo expresado por la Sala Constitucional, que la necesidad de contar con una ley ordinaria adicional a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley No. 5338, para otorgar beneficios patrimoniales, se aplica a fundaciones, al disponerse del patrimonio público con la finalidad de que sujetos privados custodien y administren esos fondos en la consecución de intereses de utilidad pública.*

*Ahora bien, en lo que se refiere a la utilización de la FUNA por parte de la Universidad Nacional para desarrollar los objetivos de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, Ley No. 7169, debe considerarse lo señalado en los artículos 94 y 95:*

*‘Artículo 94.- Las instituciones de educación superior universitaria estatal quedan habilitadas y autorizadas para la venta de bienes y servicios ligados a los proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales. Para mejorar y agilizar la venta de bienes y servicios, dichas instituciones también quedan habilitadas y autorizadas para **crear fundaciones y empresas auxiliares.***

*Artículo 95.- Se deberá establecer un procedimiento para que los recursos recaudados por venta de servicios sean trasladados en forma ágil y efectiva a los propios entes de investigación que los generaron, con el propósito de asegurar la disponibilidad oportuna de estos fondos y la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas.*

*Cuando se trate de la venta de servicios en los centros universitarios, los fondos se invertirán según el criterio de las autoridades universitarias, sin detrimento alguno de la autonomía que los caracteriza’ (El destacado es nuestro)*

*Estos artículos han sido interpretados por la Sala Constitucional, quien ha establecido categóricamente que las universidades estatales no se pueden aprovechar de la existencia de esa normativa jurídica especial para lucrar mediante*

*la venta de bienes y servicios, sino que de manera instrumental la creación de fundaciones o empresas en los términos transcritos procuran que las actividades de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales obtenidos a partir del conocimiento e información derivados de esos centros de enseñanza, puedan ponerse al servicio de terceros como una actividad complementaria del quehacer universitario, invirtiendo los recursos que se obtengan de esas actividades en los propios entes universitarios según la voluntad del legislador.*

*Al respecto, ese Tribunal Constitucional señaló en su Voto No. 6412-96 del 26 de noviembre de 1996, lo siguiente:*

*'V.- Ahora bien, el discurso anterior no puede conducir tampoco al extremo opuesto, en el cual podría estimarse que las entidades universitarias se pueden lanzar, sin más, a la venta de bienes y servicios, en irrefrenada competencia mercantil. Es claro que las universidades no tienen el carácter de empresas, ni siquiera de empresas públicas. No se encuentra en aparte alguno de la Constitución Política una disposición en este sentido. Esta conceptualización es fundamental para que se pueda asignar un recto entendimiento al deber que, respecto de las universidades, asigna al Estado el artículo 85 de la Constitución Política, al expresar que 'les creará rentas propias, independientemente de las originadas en estas instituciones'. En este contexto, 'rentas' debe equipararse a 'ingresos' y no propiamente a 'utilidades'; por tanto, se estaría asignando un desviado sentido al precepto constitucional, si estimáramos que el deber de generar rentas propias que tienen las universidades pudiera entenderse como un llamado a lanzarse en pos de las ganancias. Desde luego, no quiere decir con esto la Sala que no puedan las universidades recibir una utilidad razonable como resultado de una venta de bienes o prestación de servicios: lo que se busca subrayar es que la percepción de lucro no puede constituir jamás la razón de ser de la actividad de transferencia, de adonde queda claro que las decisiones que adopten respecto de vender bienes, prestar o no prestar servicios, no pueden ser tomadas —en ningún caso— en función de la ganancia que pueda arrojar o no la actividad. Y, en aquellas circunstancias en que se reporte una utilidad concreta, su destino específico estará determinado conforme al artículo 95 de la ley n° 7169, que —para el caso específico de las universidades estatales— es aquel que le den las autoridades universitarias en ejercicio de la autonomía que gozan.*

*VI.- De lo expresado en el acápite anterior, debe haber quedado claro que la actividad de las universidades, en el marco de la ley n° 7169, tiene como característica en común con la actividad de cualquier otro órgano o entidad pública, la de existir siempre e ineludiblemente en función de un fin, que es de interés público, señalado o autorizado por el ordenamiento. Si bien es un privilegio*

*innegable de los sujetos privados (particularmente de las personas físicas), que se mueven en un espacio de libertad, realizar u omitir actos sin necesidad de que medie siempre una clara finalidad o motivación, los entes u órganos de la Administración Pública, que se mueven en un espacio estricto de legalidad, solamente pueden realizar u omitir actos en función del fin público que los anima. Llevado este criterio al sub examine, debe deducirse sin dificultad que la venta de bienes o la prestación de servicios por parte de las universidades públicas sólo puede darse en respuesta al propósito de realizar una finalidad de orden público, asignada tanto por la Constitución como por la ley a esas instituciones: la de impulsar el progreso nacional por medio de sus actividades de investigación y transferencia científica y tecnológica. **Dicho de otro modo: las universidades no pueden ni deben dedicarse a la venta de bienes y servicios, tan sólo porque existe la posibilidad jurídica de hacerlo, a través del régimen de contratación administrativa. Si bien es cierto y sabido que cuando el legislador señala los fines, autoriza los medios (máxima que está implícita en normas escritas del ordenamiento, tales como el artículo 12.1 de la Ley General de la Administración Pública), no es cierto lo inverso: que sólo porque existan los medios (en este caso, la legislación sobre los contratos de la Administración) significa que no deba mediar un fin público concreto para echar mano de ellos (realizando, por ejemplo, una indiferenciada venta de bienes y servicios). Y, en el caso de las universidades estatales, lo fundamental, lo central, es que el fin primordial que inspire su actividad no puede ser, jamás, la búsqueda del lucro.**' (El resaltado es nuestro)*

*En el caso concreto, la Universidad Nacional optó por no constituir una fundación propia que le sirviera como instrumento para mejorar y agilizar la venta de bienes y servicios, en los términos definidos en los artículos 94 y 95 de la Ley No. 7169, sino más bien, convino años atrás con la Fundación Pro Ciencia, Arte y Cultura de la Universidad Nacional, en aumentar los derechos y obligaciones pactados en el convenio de 1985 refrendado por esta Contraloría, desarrollando conjuntamente hasta la fecha distintos proyectos de investigación científica y tecnológica de esa Universidad, encargándose la fundación del apoyo logístico en la captación y administración de dineros de aquellas contribuciones aportadas por particulares, otras instituciones públicas u organismos internacionales.*

*Lo anterior, sin que ello implicara que la FUNA dedicara su accionar exclusivamente para esos fines, sino que ella ha venido realizando otro tipo de actividades distintas a las determinadas en la Ley No. 7169, según sus objetivos constitutivos.*

*En ese sentido, cabe realizar una distinción patrimonial, pues como se indica en el fundamento legal adjunto y como lo ha reiterado la Sala Constitucional, los recursos que capte la FUNA o que le sean entregados a ésta por parte de la Universidad Nacional con el fin de promover la venta de bienes y servicios originados del quehacer universitario, de acuerdo con las pautas citadas por el legislador, son fondos públicos destinados exclusivamente para aquellos fines establecidos en el artículo 95 del cuerpo normativo supra indicado, es decir, para ser reinvertidos en los entes de investigación de esa Universidad que promueven proyectos o actividades científicas o tecnológicas, o bien, deben ser invertidos conforme al criterio que las autoridades universitarias establezcan cuando la venta de bienes y servicios se den en los mismos centros universitarios.” (Los destacados en letra itálica no pertenecen al original).*

Dado que la inquietud planteada por los consultantes, está directamente relacionada con la participación de la FUNDATEC en la compra del edificio en cuestión, la transcripción del texto anterior resulta fundamental en el tanto establece criterios básicos del Órgano Contralor en torno a la venta de servicios por parte de las universidades estatales, **utilizando como intermediario a fundaciones**. En ese sentido, conforme se vaya desarrollando la respuesta a las interrogantes presentadas por el ITCR, se irán citando a su vez otros extractos del mismo texto, cuyo contenido es de aplicación análoga al caso en estudio.

Se hará referencia entonces a la primera consulta expuesta por aquel instituto, en el sentido de conocer si la adquisición de un edificio en Barrio Amón —cuyo destino habría sido ubicar una de las escuelas del ITCR (Escuela de Arquitectura y Urbanismo)— contraría los principios de la contratación administrativa.

## **2. NATURALEZA DE LOS FONDOS ADMINISTRADOS POR FUNDATEC**

Según se comentó en el oficio transcrito, los fondos producidos por la actividad de investigación que desarrollan las universidades estatales, sea que los perciban por sí mismas o a través de fundaciones u otros organismos auxiliares, son fondos públicos. Téngase presente que su origen es, precisamente, el producto de la labor de los investigadores de esas entidades —cuyos sueldos son sufragados evidentemente con fondos públicos—, con el uso de la infraestructura y facilidades de las que dispone la universidad (renombre, experticia, laboratorios, aulas, materiales e insumos, etcétera), centros de estudio que a su vez han sido edificados, desarrollados y modernizados a través de los años con fondos públicos.

Es decir, que sin la participación directa del ITCR, con sus recursos humanos (personal docente y administrativo) y materiales (instalaciones, equipos, insumos, etc) —que en sí representan años de inversión del Estado costarricense en la formación de trabajadores y

profesionales destacados en su campo, así como en la edificación y manutención de instalaciones que respalden ese conocimiento avanzado— no habría actividad de investigación, y sin ésta, venta a terceros de servicios o cursos especiales derivados de esa investigación.

De modo que el primer aspecto que debe tenerse claro en este estudio, es que independientemente del sujeto que perciba y maneje el dinero que pagan terceros por servicios y cursos especiales derivados de la investigación y quehacer de las universidades estatales, se trata definitivamente de fondos públicos de conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que indica que los “*Fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.*” Claro está, los ingresos que perciban las personas privadas como contraprestación por administrar fondos públicos, es dinero de su propiedad.

Ahora bien, esos fondos públicos pueden ser recaudados y administrados por personas privadas, siempre y cuando así lo permita la ley y dentro de sus límites. Valga en este punto recordar que las universidades estatales, como sujetos de Derecho Público que son, se encuentran sometidas al principio de legalidad contemplado en el artículo 11, tanto de la Constitución Política de Costa Rica como de la Ley General de la Administración Pública.

En el caso concreto, la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, N° 7169, citada en el texto transcrito, contiene una autorización para que las universidades estatales constituyan fundaciones, con el objeto de mejorar y agilizar la venta de productos derivados de la investigación que se desarrolla en la universidad, así como cursos especiales. Esta autorización legal opera única y exclusivamente en torno a los fondos y productos (sean bienes muebles, patentes, derechos, etcétera) “...ligados a los proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales”, y no abarca lo producido por otras actividades ordinarias de aquellos centros de estudios superiores.

**Comentario [m1]:** En realidad la ley no autoriza el traslado de fondos públicos, sino tan solo la venta de los productos derivados de la investigación.

Otro aspecto que debe destacarse a partir del oficio 1027-2002 referido, es que la Ley de Fundaciones no es sustento jurídico suficiente para entender que a través de ésta el legislador autorizó a los entes públicos a constituir fundaciones, pues dicha autorización no se dio sino con la promulgación de la Ley N°7169, Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico. No obstante, lo anterior no impide que las fundaciones que fueron constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esa última ley, puedan ser elegidas por las universidades para mejorar y agilizar la venta de aquellos productos.

En efecto, si la ley citada autorizó la constitución de fundaciones por parte de los centros estatales de educación superior, resulta admisible a su vez que, en lugar de crear una fundación, esos centros resuelvan manejar dicha venta con fundaciones ya constituidas, en orden al principio jurídico de que quien puede lo más, puede lo menos. Lo anterior siempre y cuando se respeten las

restricciones dispuestas por la Ley No. 7169, así como los lineamientos internos que al respecto emitan los centros de educación.

Sobre este particular, en el citado oficio número 1027-2002 del 30 de enero de 2002, se indicó:

*“Como punto de partida, debe indicarse que el artículo 2 de la Ley No. 5338 establece la posibilidad de que una persona física o jurídica pueda constituir una fundación, esta norma por sí misma no constituye, una autorización a las instituciones públicas para la constitución de fundaciones, puesto que de acuerdo al principio de legalidad —de rango constitucional— requieren de una norma legal expresa para tal acto.*

*Al respecto en el dictamen de la Procuraduría General de la República No. C-210-2001 de fecha 30 de julio del 2001, ese órgano manifestó:*

*‘(...) Si bien la Ley de Fundaciones, N° 5338, artículo 2º, indica que la fundación puede ser una persona física o jurídica, por sí no habilita sin más a los entes públicos a intervenir —en solitario o como cofundadores— en la creación de esas personas jurídicas y estando sujetos al principio de legalidad, no podrían hacerlo sin respaldo en una disposición legal expresa. En este sentido, la Contraloría General de la República, en el pronunciamiento N°56 del 4 de enero de 1980, por ejemplo, negó al Museo de Arte Costarricense la posibilidad de constituir fundaciones por no estar facultadas para ello en su Ley de creación, N° 6091 de 7 de octubre de 1977(...)’*

*Un ejemplo de una habilitación legal como la descrita, se encuentra contemplada en la Ley N°7169, Ley de Desarrollo Científico y Tecnológico. Dicho cuerpo normativo, como se ha reiterado, establece la potestad de las universidades estatales para la constitución de fundaciones y empresas auxiliares con el objeto de agilizar y mejorar la venta de bienes y servicios, relativos a proyectos de investigación, desarrollo científico, entre otros provenientes de su actividad, aspecto aceptado por la propia Sala Constitucional.*

*En el caso en examen, la Universidad Nacional, no optó al tenor de la ley mencionada en constituirse como fundador de una de estas entidades, sino que decidió utilizar de manera instrumental la estructura organizativa de una fundación privada ya creada (FUNA), para la ejecución de las actividades de venta de bienes y servicios en los términos señalados.”*



Si bien es cierto que en el caso concreto del Instituto Tecnológico, el artículo 5° de su Ley Orgánica (Ley No.4777), lo autoriza para ofrecer bienes y servicios "(...) directamente o mediante sociedades en las que ejerza el control mayoritario y que podrán formar con establecimientos u organismos públicos de desarrollo, tanto nacionales como extranjeros...", es evidente que las fundaciones no constituyen "sociedades", o bien "organismos públicos de desarrollo". Además, en el supuesto en el cual un ente estatal conforma una sociedad en donde tiene el control mayoritario, se está ante una empresa pública, la cual se encuentra regida por legislación de naturaleza administrativa (aunque en algunos casos le resulta aplicable la normativa privada), siendo distinto el caso de las fundaciones, que son regidas por normas de naturaleza privada.

Así entonces, al igual que la Universidad Nacional, el ITCR se encuentra en la posibilidad legal de tratar con una fundación ya constituida, en este caso la FUNDATEC (creada con anterioridad a la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico), para que ésta coadyuve en la mejora y agilidad de la venta de productos originados en el quehacer universitario, siendo éste el motivo fundamental y básico del vínculo entre ambas entidades.

### **3.- COMPETENCIAS Y RELACIONES ENTRE EL ITCR Y FUNDATEC**

Se tiene que los artículos 94 y 95 de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico señala como destino de esos dineros el siguiente:

*"Artículo 94.- Las instituciones de educación superior universitaria estatal quedan habilitadas y autorizadas para la venta de bienes y servicios ligados a los proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales. Para mejorar y agilizar la venta de bienes y servicios, dichas instituciones también quedan habilitadas y autorizadas para crear fundaciones y empresas auxiliares.*

*Artículo 95.- Se deberá establecer un procedimiento para que los recursos recaudados por venta de servicios sean trasladados en forma ágil y efectiva a los propios entes de investigación que los generaron, con el propósito de asegurar la disponibilidad oportuna de estos fondos y la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas./ Cuando se trate de la venta de servicios en los centros universitarios, los fondos se invertirán según el criterio de las autoridades universitarias, sin detrimento alguno de la autonomía que los caracteriza'*

De conformidad con el numeral 95 supra transcrito, aquellos dineros deben estar siempre dirigidos a la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas, e invertirse según el criterio de las autoridades universitarias, en el tanto sean generados por actividades desarrolladas en la sede del centro educativo. De este modo, la motivación de los actos que fundamenten las erogaciones en donde se utilizan los fondos mencionados, debe estar orientada en el sentido que

expresa esa norma, de forma que por una parte, se asegure la continuidad de aquellas actividades, o bien, que por otra se inviertan de conformidad con el criterio de las autoridades universitarias, cuando los servicios se presten en los centros universitarios.

En ese orden de ideas, en el tanto la FUNDATEC recaude o administre fondos públicos, deberá seguir los lineamientos que al respecto emitan las autoridades del ITCR., pues los fondos que obtiene con ocasión de la venta de bienes y servicios producto del quehacer universitario tienen tal carácter, y de conformidad con la ley, sólo pueden ser administrados por ella para los fines que expresamente contempla la misma legislación. Si la FUNDATEC maneja adicionalmente otros dineros que no tienen naturaleza pública, deberá entonces administrarlos en forma separada. En este sentido, se indicó en el oficio 2710-2002 citado, lo siguiente:

*“Por consiguiente, esa Universidad se encuentra en la obligación de velar para que los recursos que sean administrados o custodiados por dicha Fundación con sustento distinto al mencionado en la Ley No. 7169, sean manejados en forma independiente a los que se obtengan de la venta de bienes y servicios de la Universidad, pues estos últimos son recursos públicos con una finalidad especial, dentro de la promoción de la actividad científica y tecnológica...”*

Ahora bien, no consta en la documentación aportada al caso en estudio, el criterio de las autoridades universitarias sobre cómo la adquisición del edificio en Barrio Amón se relaciona con la mejora y agilización de la venta de bienes y servicios, pues según lo expusiera el mismo representante de FUNDATEC, ésta conocía la importancia de que la nueva carrera de Arquitectura (cuya apertura se dio en el año 2000) “(...) tuviera un espacio físico adecuado que le permitiera desarrollarse de mejor manera en sus funciones”, lo cual en principio, corresponde ser definido y tramitado por el mismo ITCR, pues no se trata esencialmente de la venta de bienes y servicios, sino de dotar de espacio físico a la nueva carrera.

También señala el Director Ejecutivo de FUNDATEC que “(...) la compra del edificio por parte de Fundatec obedece a la política (establecida en el año 2000), amparada a la acción estratégica de ‘Incrementar la Infraestructura de apoyo a los programas’ (establecida en el año 1999), a la necesidad de contar con activos que puedan ofrecer en garantía, para futuros desarrollos de los programas, al mejoramiento de la posición financiera de la fundación y su nivel de apalancamiento (ante organismos de cooperación nacional e internacional) y al fortalecimiento de la estructura de inversión a largo plazo.” Sin embargo, no desarrolla en su comentario el ligamen específico de su razonamiento con la actividad de mejoramiento y agilización de la venta de bienes y servicios; situación que hace poco clara la competencia de la FUNDATEC para adquirir un bien inmueble, con fondos públicos, con el objeto de dotar de espacio físico a la carrera de Arquitectura.

Téngase presente que no se cuestiona el esfuerzo de FUNDATEC en coadyuvar con el ITCR y su disposición para la mejor colaboración. Sin embargo, la norma que autoriza la recaudación y administración de fondos públicos por parte de esta fundación, señala a su vez la finalidad que tiene tal autorización: la mejora y agilización de la venta de bienes y servicios producto de las actividades de investigación, extensión y cursos especiales del ITCR. Así lo señala el artículo 94 de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico.

En relación con el papel de la FUNDATEC, el estudio elaborado por el licenciado Murillo Arias concluye que ésta no puede ser “(...) involucrable en cualquier tipo de finalidad. No puede asumir cursos formales universitarios o parauniversitarios, ni puede servir simplemente para evadir la normativa administrativo-financiera que alcanza al ITCR respecto de sus programas formativos.” (Página 22 del estudio citado).

La necesidad de espacio físico —así como otras necesidades básicas— es un aspecto que debe ser cubierto por el mismo ITCR, especialmente si existe, según lo menciona el Director Ejecutivo de FUNDATEC, un serio problema para disponer de infraestructura:

*“-Existen solicitudes verbales y por escrito de las escuelas de Comunicación, Física, Electrónica, Metalmecánica y Diseño, para que FUNDATEC colabore en la construcción de nuevas aulas en el campus de Cartago.*

*-Existen solicitudes de la sede de San Carlos para establecer aulas especializadas, laboratorios y nuevas edificaciones en otras localidades tales como Ciudad Quesada.*

*-Como ya se indicó existe solicitud verbal del exdirector y actual director de la Sede del ITCR en San José para que FUNDATEC apoye con nuevas edificaciones.*

*-El edificio de Zapote fue remodelado incorporando un nuevo laboratorio y una nueva aula, y aun así deja sin atender muchas actividades en las noches.*

*-Tanto en el campus del I.T.C.R., Barrio Amón, Zapote y en San Carlos no se han incorporado nuevas aulas en mas de 10 años en algunos casos.” (Ver oficio FUNDATEC-313-2001 del 16 de marzo de 2001, pág. 7)*

En ese sentido, los contratos que vayan a surgir con ocasión de la construcción de aulas, laboratorios e instalaciones en general, pertenecientes al ITCR, tendrán que ser tramitados por el ITCR, mediante el procedimiento de contratación administrativa que corresponda, según el monto u otras circunstancias particulares, de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa.

También resulta cuestionable que FUNDATEC adquiriera una edificación para sí, ya que en el punto h. de los “Lineamientos para FUNDATEC”, se establece lo siguiente:

*“La fundación mantendrá como activos de su propiedad aquellos necesarios para cumplir con su función de apoyo administrativo. Todas las adquisiciones o donaciones que se realicen para el funcionamiento y apoyo de las actividades o programas deben ser ubicados, tan pronto como sean adquiridos, como activos de los Departamentos Académicos o Centros de Investigación y Extensión correspondientes, mediante el mecanismo que existe en el ITCR; a menos que se demuestre inconveniencia institucional para hacerlo.”*

El objeto de la Ley de Desarrollo Científico y Tecnológico es que las fundaciones constituyan una plataforma tal que permita la mejora y agilidad en la venta de bienes y servicios producidos por la universidad, distinta es la actividad de adquisición de los insumos que la universidad requiere para producir esos bienes y servicios (instalaciones, personal, materiales, etc.) los que debe adquirir por sí misma, y no puede trasladar su actividad de contratación administrativa a una entidad de derecho privado que no está legalmente autorizada para tales efectos. De nuevo es fundamental recordar que lo que FUNDATEC recauda o administra son fondos públicos, pues independientemente de la vía por la cual ingresan a su administración, su origen es evidentemente público y su destino específico, señalado por ley; amén del hecho de que el texto de ley es sumamente claro en el sentido de que *“Se deberá establecer un procedimiento para que los recursos recaudados por venta de servicios sean trasladados en forma ágil y efectiva a los propios entes de investigación que los generaron, con el propósito de asegurar la disponibilidad oportuna de estos fondos y la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas”*.

Sobre la adquisición de insumos por parte de las entidades públicas, para el cumplimiento de sus actividades ordinarias y fines últimos, esta Contraloría General ha señalado lo siguiente:

*“(…) no quedan comprendidos en la noción de 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, etc.; ni los que se deban efectuar para su funcionamiento (arrendamiento o compra de equipos, vehículos, útiles, materiales, etc.); ni para el transporte de productos para su uso y comercio, ni la información u otra clase de prestaciones ajenas a la finalidad inmediata de su servicio. Así, y a manera de ejemplo, no se reconoció como actividad ordinaria de la empresa Compañía Nacional de Fuerza y Luz, la actividad de compra de suministros tales como cable eléctrico conductor, vehículos, herrajes eléctricos y transformadores, en cuanto que la adquisición de tales elementos constituye sólo un medio, entre muchos otros, logrado a través de la concurrencia de múltiples terceros (contratistas), que permiten el funcionamiento de la empresa, para hacer posible la prestación del*

*servicio de electricidad frente al usuario. En este caso, constituye actividad ordinaria la venta de electricidad a los usuarios del servicio.” (Oficio 7433 (DGCA-834-96) del 25 de junio de 1996).*

En otras palabras, los insumos que requiera el ITCR para llevar a cabo su actividad ordinaria —dentro de la cual se encuentra la investigación y desarrollo tecnológicos— han de ser adquiridos por él mismo y a través de los procedimientos de contratación administrativa.

De este modo, la venta (*no la producción*) de bienes y servicios “(...) ligados a los proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales”, es la que se puede ser administrada por FUNDATEC; para que ésta maneje otras actividades propias de la institución, que no se enmarquen dentro de las que se describen en aquella ley, tendría que encontrarse expresamente autorizada al efecto mediante norma legal específica.

De ahí que los bienes y servicios cuya venta puede ser mejorada y agilizada por la FUNDATEC, son aquellos derivados de la investigación, desarrollo, consultoría y cursos especiales, actividades cuyo contenido ha de ser definido por el ITCR dentro de los parámetros normativos existentes, y siempre acorde con la lógica, la razonabilidad y el objeto de cumplir el espíritu de la ley.

Es por lo anterior que la normativa de rango reglamentario —o en general inferior a la ley— que regula aspectos específicos de la relación entre el ITCR y FUNDATEC y que haya sido emitida con fundamento en la Ley de Fundaciones, ha de ajustarse a la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, la cual constituye el fundamento legal específico de ese traslado de fondos públicos, y es la que establece, según se ha comentado, los límites de actuación de la fundación al respecto. En este sentido, toda otra actividad desarrollada por el ITCR, que no constituya la mejora y agilización de la venta de un bien o servicio derivado de proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales, ha de ser manejada en estricto apego a la normativa que rige la actuación de aquella institución, ya que no le resulta aplicable la Ley N°7169 tantas veces citada.

De acuerdo con lo expuesto, resulta fundamental que el ITCR valore si existen nulidades absolutas, evidentes y manifiestas en la adquisición del inmueble referido por parte de FUNDATEC, ya que, en apariencia, fue adquirido con fondos públicos para el desarrollo de labores ordinarias del ITCR, sin que se siguieran para esa compra los procedimientos administrativos dispuestos por ley.

#### **4.- INGRESOS DEL ITCR DEPOSITADOS EN LA FUNDATEC**

Una de las inquietudes expresada por la Auditoría Interna del ITCR, cuestiona el que los recursos generados por la venta de bienes y servicios ligados a los proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales, sean depositados en la FUNDATEC, y no ingresen a la caja única del ITCR.

El Estatuto Orgánico del ITCR, dispone en su artículo 125 que una de sus fuentes de financiamiento la constituye “(...) el producto de la venta de sus bienes y servicios.” Señalando además sus artículos 126 y 127 lo siguiente:

*“Artículo 126: Todos los ingresos del Instituto deberán centralizarse en un fondo único. Las disposiciones de fondos y las inversiones se harán de conformidad con el presupuesto del Instituto y sus modificaciones./ Artículo 127: El presupuesto del Instituto será elaborado bajo la responsabilidad del Rector y para ello se considerarán los criterios y necesidades de todas las dependencias, así como la opinión de las unidades responsables de su ejecución.”*

Ahora bien, según se ha establecido anteriormente de conformidad con la Ley No. 7169, los ingresos por concepto de la venta de bienes y servicios ligados con proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales, tienen un *destino específico*: “...asegurar (...) la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas.”, y si se trata de “venta de servicios en los centros universitarios, los fondos se invertirán según el criterio de las autoridades universitarias, sin detrimento alguno de la autonomía que los caracteriza”. (Artículo 95 de la Ley No. 7169)

Lo anterior implica por una parte, que es el ITCR el que ha de decidir sobre el uso de esos ingresos, *que deben ser trasladados a su favor “en forma ágil y efectiva”*, de modo que no podrían permanecer en manos de FUNDATEC por más del tiempo estrictamente necesario, y por otra parte, que en efecto deben ingresar en el fondo único del ITCR, de modo que el manejo presupuestario que se le dé a dichos fondos garantice su inversión en la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas.

En relación con este tema, en el oficio 1027 del 30 de enero de 2002, ya citado, se indicó:

*“Debe recordarse que los recursos que obtenga la Universidad de la venta de bienes y servicios, ya sea directamente o con la utilización de la FUNA —al haber sido designada como una fundación por la cual ese centro de enseñanza realizaría esas actividades— es esa Administración la encargada en todo momento de acordar en cuáles de esos proyectos le interesa participar, aún cuando la iniciativa surja de la Fundación Pro Ciencia, Arte y Cultura de la Universidad Nacional, entidad que*

*tan sólo ocupa un rol para agilizar y mejorar esa actividad de investigación científica.*

*Ello implica como ya se ha señalado, que todos los fondos que se obtengan de esos proyectos como consecuencia del conocimiento científico y tecnológico desarrollado por la Universidad deberán ser canalizados conforme lo indica el artículo 95 de la Ley No. 7169, al tener esos recursos un destino específico. (...)*

*(...) en los casos que la FUNA reciba en virtud de proyectos determinadas utilidades y ganancias, éstas deberán destinarse en el menor tiempo posible, según lo establecido por el numeral 95 de la Ley No. 7169.”*

## **6. REFERENCIA GENERAL A OTROS ASPECTOS CONSULTADOS**

Mediante oficio AU-54-2001 del 19 de marzo de 2001, la Auditoría Interna amplía su consulta inicialmente planteada, incluyendo una serie de cuestionamientos respecto del pago de honorarios profesionales para cubrir los gastos de la escritura de compra venta del edificio en comentario, a la luz del Código Notarial.

Dado que el punto en cuestión está siendo dilucidado por la Dirección Nacional de Notariado, órgano competente para resolver el asunto en particular, esta Contraloría General se abstiene de emitir criterio al respecto, lo anterior de conformidad con los artículos 4, 18, 22, 24, incisos c), e), j), k) y m), 138 y siguientes del Código Notarial, Ley No. 7764 del 17 de abril de 1998.

Adicionalmente, en oficio número SCI-297-2001 del 13 de agosto de 2001, el Presidente del Consejo Institucional, Ing. Alejandro Cruz Molina, remite a esta Contraloría General el Informe Final elaborado por la Auditoría Interna del ITCR, denominado “Programas Académicos administrados por la FUNDATEC, situación estudiantil, jornadas de trabajo y otros”, con el objeto de que la Asesoría Jurídica del Órgano Contralor lo analice y emita sus recomendaciones.

Al respecto valga aclarar que el Informe de Auditoría en cuestión contempla por sí mismo una serie de recomendaciones que la Auditoría del ITCR ha estimado necesarias para mejora de las situaciones encontradas, recomendaciones que en principio deben ser implantadas por la Administración del ITCR, a menos que ésta no coincida con ellas, caso en el cual tendría que justificar su discrepancia planteando una solución alternativa, o bien, presentar el respectivo conflicto de conformidad con el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Contraloría General.

No obstante lo anterior, y ante una serie de inquietudes de naturaleza jurídica que presenta el Informe de Auditoría en cuestión, se hará referencia, en términos generales, a algunos de los asuntos que dicho documento trata. Así las cosas, se expresan las observaciones pertinentes en el mismo orden que presenta el contenido del informe en cuestión:

**A) “A. Antecedentes./ 1. Caso Asesoría en el Área Informática Banco Popular y de Desarrollo Comunal”**

En relación con este caso, señala la Auditoría que no obstante haberse iniciado el procedimiento administrativo para señalar responsabilidades por problemas de control interno dados en esa asesoría, el procedimiento fue finalmente archivado luego de la declaratoria con lugar de un recurso de amparo interpuesto por los interesados contra el acto inicial.

Al respecto valga señalar, como único comentario, que no obstante se declare con lugar un recurso de amparo contra una determinada actuación del órgano director del procedimiento, el efecto principal es la obligación de volver a realizar dicha actuación, pero esa segunda vez, apegada a las reglas del debido proceso. Es decir, una vez declarado con lugar el recurso de amparo contra el acto inicial de un procedimiento, debió la Administración volver a dictar la apertura del procedimiento administrativo en estricto apego a las reglas del debido proceso, pues no se indica además las razones por las que decidió archivar el caso, en lugar de iniciarlo de nuevo.

**B) “2. Traslado de dineros del Fondo de Desarrollo Institucional para fortalecer la investigación y extensión mediante la administración financiera FUNDATEC.”**

Se comenta en el Informe de Auditoría que el Consejo de Investigación y Extensión había solicitado que los dineros depositados en FUNDATEC para el fortalecimiento de la investigación y extensión del ITCR, fueran administrados financieramente por la FUNDATEC, para responder con mayor agilidad a las necesidades institucionales.

Al respecto debe recordarse en este punto, el texto expreso del artículo 95 de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, que sobre el particular señala:

*“Se deberá establecer un procedimiento para que los recursos recaudados por venta de servicios sean trasladados en forma ágil y efectiva a los propios entes de investigación que los generaron, con el objeto de asegurar la disponibilidad oportuna de estos fondos (...)”*



La normativa es clara en establecer que no hay autorización para que las utilidades permanezcan en FUNDATEC, sino que, por el contrario, han de ser trasladadas en forma ágil y oportuna a la respectiva universidad.

**C) “3. Adquisición edificio en Barrio Amón por parte de la FUNDATEC.”**

Sobre este punto se emitió criterio en la primera parte de este memorial.

**D) “B. Observaciones en relación con el quehacer de la FUNDATEC y su vinculación con el ITCR./ 1. Aspectos académicos igualdad de oportunidades”**

Indica el Informe de Auditoría sobre este aspecto, que la FUNDATEC administra financieramente, no sólo cursos de idiomas, sino también programas académicos propios del giro fundamental del ITCR, existiendo además requisitos y costos diferenciados en torno a las carreras administradas por el ITCR y las que administra FUNDATEC, a pesar de que en ambos casos, los estudiantes reciben un título emitido por el ITCR, utilizan la infraestructura del instituto y reciben clases con profesores del mismo ITCR, que han sido contratados por la FUNDATEC.

La Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico es clara cuando hace referencia a las actividades que puede administrar una fundación: venta de bienes y servicios ligados a los proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales (artículo 94).

En ese sentido, el ITCR no le puede trasladar a FUNDATEC ninguna función que sea de su exclusiva competencia y que la ley no le haya autorizado trasladar. Estima en ese sentido este Despacho que la administración de los programas regulares de formación —que en principio no caben dentro de los términos contemplados en el artículo 94 referido— y que en el Informe de Auditoría se señalan como cursos de formación o conducentes a grados académicos (por ejemplo, diplomados, bachilleratos, licenciaturas, maestrías, etc.) son de exclusivo resorte del ITCR. Lo anterior, evidentemente, tampoco puede generar tratos diferenciados, entre alumnos que cursan un mismo programa académico.

Sobre este punto en particular, en su estudio jurídico el licenciado Murillo Arias, comentó que “(...) debe recordarse que las fundaciones universitarias son utilizables solo para agilizar la venta de ‘cursos especiales’ (94 de la Ley 7169, cit.), no para agilizar la venta de cursos regulares formativos”, señalando además en forma puntual que “definitivamente no cabe la figura de programas formales del ITCR ‘administrados financieramente’ por la Fundación...”. (Ver páginas 12 y 19 del estudio referido).

**E) “Base jurídica creación de la Fundación Tecnológica de Costa Rica”**

Para este comentario se aplica el comentario realizado en el punto anterior, así como las referencias hechas por este Despacho al referirse a la relación entre el ITCR y la FUNDATEC, en la primera parte de este memorial.

**F) “2. Remuneraciones. Jornada de trabajo.”**

Comenta el Informe que los pagos porcentuales a coordinadores de programas y proyectos (Directores de Departamento o Coordinadores de Programas del ITCR), así como el pago de honorarios a profesionales del ITCR que trabajan con FUNDATEC, corresponden a montos considerables que suponen el desarrollo de labores que consumen mucho tiempo, y podría entonces generarse superposición horaria. Cita como ejemplo el siguiente:

“(…) escuelas que cuentan con Programas de Bachillerato administrado por la Institución y Programa de Maestría administrado por FUNDATEC; es posible que en este caso exista limitación de recursos para desarrollar un Programa de Licenciatura administrado por la institución por cuanto los recursos humanos que son el insumo más valioso son limitados, las remuneraciones para lo profesores y el director son superiores por medio de la Fundación.”

En primer lugar, es importante reiterar lo dicho el punto D) anterior, en el sentido de que la FUNDATEC no está habilitada legalmente para administrar actividades propias del ITCR, que no se encuentran previstas en los términos de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico.

En segundo lugar, si se presume que puede existir una superposición horaria en perjuicio de la enseñanza regular de formación, administrada por el ITCR, resulta fundamental que se establezcan por parte de las autoridades universitarias las disposiciones y los controles necesarios para verificar, por medio de su oficina de Recursos Humanos, que tal situación no se dé, ya que de darse, se estaría generando un evidente perjuicio para el mismo ITCR y su futuro desarrollo.

Respecto del manejo de los horarios que los profesores del ITCR, utilizan para éste y para la FUNDATEC, el informe del licenciado Murillo señaló que “Las ‘adecuaciones de horarios’ de quienes prestan servicios a Fundatec deben regularse en detalle para que no se corra el riesgo de establecer adecuaciones que no son creíbles.” (Ver página 23 de ese informe).

**G) “3. Venta de servicios administrativos del ITCR a la FUNDATEC”**

Indica la Auditoría Interna que el Departamento de Admisión y Registro del ITCR vende los servicios de matrícula y mantenimiento de la base de datos de registro de estudiantes, a la

FUNDATEC, labores que se realizan por lo general fines de semana en las instalaciones y con los equipos del ITCR, sin que exista control al respecto.

Por el servicio de matrícula dicho Departamento cobra alrededor de ¢240,00 (doscientos cuarenta colones) por cada matrícula, y por el de mantenimiento ¢20,00 (veinte colones) por cada registro de información. Los montos totales son girados por FUNDATEC mediante cheque que confecciona a nombre del M.B.A. William Vives, quien dirige una parte a un fondo para atención específica de necesidades del Departamento y otra parte al pago de funcionarios que trabajaron en esas labores.

Sobre este particular, y de conformidad con lo que se ha comentado hasta ahora, la venta de bienes y servicios que no se encuentren ligados a los ámbitos descritos en la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico —que no incluye servicios de naturaleza administrativa— es de competencia y administración exclusiva del ITCR, cuya voluntad sólo puede ser expresada por su representante legítimo, o bien por quien ostente la capacidad para comprometer los recursos del instituto. En ese sentido, resulta improcedente que sea un Departamento en específico, que además no ostenta personería jurídica alguna, el que se dedique a vender servicios sin la intervención de la administración del ITCR, y aún más, que el manejo de los recursos obtenidos por ese servicio —para el cual se utiliza equipo e infraestructura del ITCR— sea ejercido por un funcionario ajeno a las autoridades de contabilidad, tesorería y administración del ITCR.

Resulta coincidente en este sentido, el criterio jurídico del asesor Murillo Arias que sobre ese aspecto señala que “No nos ofrece ninguna duda que cuando se trate de servicios meramente administrativos del ITCR a favor de la Fundación, que requieran la utilización de recursos del Instituto, es este quien formalmente debe venderlos. La Fundación no debería facilitar ninguna confusión al respecto.” (Página 15 del informe jurídico).

**H) “4. Distribución de excedentes.”**

Cuestiona la Auditoría Interna el fundamento con el que el documento denominado “Lineamientos para FUNDATEC” establece la distribución de los excedentes generados por la administración de esa fundación, ya que establece su repartición entre los Directores o Coordinadores de Programas, los diferentes departamentos o escuelas y un fondo de desarrollo institucional que administra el ITCR en general. Lo anterior, independientemente del monto de tales recursos, que en muchos casos es significativo.

Según se comentó con anterioridad, el fin último de los recursos generados por las actividades que tutela la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, es garantizar la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas en los centros estatales de educación

superior, permitiendo a las autoridades universitarias la inversión de los fondos generados según su mejor criterio, respaldando así su autonomía (artículo 95).

Estima este Despacho que dicha norma de rango legal, permite a las autoridades universitarias definir la inversión de esos recursos según su exclusivo criterio, de modo que se encuentran posibilitadas para organizarlos según lo disponen los lineamientos que el mismo ITCR dicta, claro está, siempre que se ajusten en todo momento a la consecución del fin último previsto por aquella ley y a los límites de la razonabilidad, proporcionalidad y sana administración, así como demás principios que rigen las decisiones discrecionales de la Administración Pública.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que el ITCR deba analizar la naturaleza de esos pagos porcentuales en favor de los Directores de Departamento y Coordinadores de Programa, por su participación en los proyectos de investigación cubiertos por la Ley No. 7169, en el tanto este Despacho estima en principio que se trataría de honorarios —como lo son las sumas que FUNDATEC paga a los profesores del ITCR que prestan sus servicios a la primera, en la participación de las actividades cubiertas por aquella ley— y que se entendería que como tales, se encuentran dentro de los gastos de administración que se reconocen a la FUNDATEC, como un 20% del total de las utilidades reportadas de conformidad con el lineamiento F.3 citado.

En ese sentido, es de suma importancia que no se confunda ese ingreso con salarios o incentivos, ya que resultaría cuestionable un reconocimiento de índole salarial, a partir de dineros que por ley tienen un fin específico.

Resulta fundamental recalcar también en este punto, que los lineamientos establecidos por el ITCR en su relación con la FUNDATEC, sólo resultan aplicables para las actividades definidas por la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, ya que el resto de actividades realizadas por aquel instituto, y que generen ingresos, han de seguir las regulaciones existentes para el ITCR como tal.

#### I) “5. Reglamento de Dedicación Exclusiva”

Señala también el Informe de Auditoría que estima improcedente que los Vicerrectores y Directores que por Estatuto Orgánico se encuentran dentro del régimen de dedicación exclusiva, presten sus servicios a título personal a la FUNDATEC —utilizando en sus facturas el nombre del ITCR, la dirección domiciliaria y el teléfono de dicha institución—, tomando en consideración que tal condición es impuesta por dicho estatuto.

Estima este Despacho que si bien no es lo usual que la pertenencia a un régimen de dedicación exclusiva se establezca de manera obligatoria —en el tanto la naturaleza de este

régimen no implica obligatoriedad, siendo opción del funcionario acogerse o no (caso distinto es del la prohibición)— se considera que lo fundamental aquí es la verificación de que el funcionario esté percibiendo efectivamente dentro de su salario, un porcentaje adicional por concepto de dedicación exclusiva, ya que de ser así, se encuentra inhibido de desempeñarse en otras labores.

Asimismo, se considera que la norma que establece alguna excepción al régimen de dedicación exclusiva, debe estar prevista en *normativa del mismo rango* de la que define y desarrolla las disposiciones relacionadas con dicho régimen, lo anterior por cuanto si se está reconociendo un porcentaje adicional del salario del funcionario para que se dedique exclusivamente al ITCR, resulta contradictorio que se permita su desempeño en otras labores, de modo que una excepción a esta regla debe estar expresamente contemplada en el mismo cuerpo normativo que prevé el régimen de dedicación exclusiva y debidamente justificada.

En cuanto a este tema el licenciado Murillo Arias comenta en su informe que “(...) cuando haya prohibición remotamente el servidor no puede involucrarse prestando servicios a Fundatec. Cuando haya dedicación exclusiva, deberían excepcionarse solo servicios docentes a nivel universitario o de investigación y por no más de un cuarto de tiempo o equivalente. Las adecuaciones de horario de todos modos no siempre son razonables y deben limitarse claramente”, concluyendo al respecto que aquellos “(...) funcionarios sujetos a prohibición no pueden devengar remuneraciones en Fundatec. El régimen de dedicación exclusiva debe regularse de modo que no permita ilimitados servicios a Fundatec, en tiempo y en clase de servicios, para no desnaturalizar lo que debe ser una correcta dedicación exclusiva.” (Ver páginas 20 y 22 del informe citado).

#### J) “6. Criterio legal con posible conflicto de intereses”

Sostiene la Auditoría Interna que estima inconveniente que los abogados de la Asesoría Legal del ITCR continúen prestando sus servicios a la FUNDATEC, pues se podría generar un conflicto de intereses incompatible con la función pública.

El conflicto de intereses se previene en el ámbito nacional, a través de mecanismos expresamente previstos por ley. En ese sentido, los artículos 230 y 237 de la Ley General de la Administración Pública, señalan:

*“Artículo 230.- 1. Serán motivo de abstención los mismos de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, además, los que resultan del artículo 102 de la Ley de la Administración Financiera de la República./ 2. Los motivos de abstención se aplicarán al órgano director, al de alzada y a las demás autoridades o funcionarios que intervengan auxiliándolos o asesorándolos en el procedimiento./ 3. Sin embargo, cuando los motivos concurran*

*en un miembro de un órgano colegiado, la abstención no se hará extensiva a los demás miembros, salvo casos calificados en que éstos la consideren procedente.*

*Artículo 237.- 1. La actuación de funcionarios en los que concurran motivos de abstención implicará la invalidez de los actos en que hayan intervenido y, además, dará lugar a responsabilidad./ 2. Cuando los motivos de abstención sean los de impedimento previstos por el artículos 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o los del artículo 102 de la Ley de la Administración Financiera de la República, la nulidad será absoluta; en los demás casos será relativa./ 3. Los órganos superiores deberán separar del expediente a las personas en quienes concurra algún motivo de abstención susceptible de causar nulidad absoluta de conformidad con el párrafo anterior.” (El destacado no es del original)*

Valga aclarar al respecto, que los motivos de abstención, recusación o impedimento referidos que estaban previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se encuentran regulados actualmente en el Código Procesal Civil, en su Capítulo V, cuya Sección Primera se denomina “Impedimento, recusaciones, excusas y responsabilidad de los juzgadores”, y su Subsección Primera “Recusación de peritos”.

Ahora bien, corresponderá a las autoridades universitarias analizar en cada caso, si se configura alguna de las causales descritas en dicha normativa, respecto de algún funcionario asesor, tomando en consideración que la interpretación en esta materia ha de ser restrictiva, y siguiendo al respecto el procedimiento previsto por la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 230 a 238.

Debe comentarse finalmente, que los regímenes de dedicación exclusiva y prohibición, en específico este último, contribuyen a evitar los conflictos de intereses, en atención a la labor que desarrolla el funcionario público o al tipo de institución a la que sirve. Estima este Despacho además, que resulta aplicable en este tema la normativa que contempla derechos y obligaciones gremiales, y que rige la conducta del abogado y notario como profesional, sobre lo cual se podría consultar al Colegio de Abogados y a la Dirección de Notariado.

**K)** “7. Ingresos financieros por cobro de matrículas anticipadas y pago por contratación de profesionales.”

Señala el Informe en mención que a los estudiantes de FUNDATEC, se les cobra los cursos por anticipado y a los profesores se les paga vencido el trimestre (excepto en los cursos de inglés), de modo que se origina un ingreso financiero importante durante ese período, si se cuantifican las matrículas que se reciben en la FUNDATEC.

Como ya se ha indicado repetidamente, el artículo 95 de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico señala expresamente que los recursos que sean captados por las fundaciones han de ser “(...) trasladados en forma ágil y efectiva a los propios entes de investigación que los generaron...”. Desde este punto de vista, las utilidades que percibe FUNDATEC deben ser trasladadas al ITCR tan ágilmente como sea posible, de modo que sea éste el que defina cómo invertir esos recursos y reciba él los ingresos financieros respectivos. En ese sentido, la normativa o lineamientos internos que emita al respecto el ITCR como parte de su autonomía, deben ajustarse a lo dispuesto por aquella ley.

#### L) Representantes del ITCR en la Junta Directiva de la FUNDATEC

Según se ha señalado en párrafos anteriores, el ITCR se encuentra sujeto al principio de legalidad, en este sentido, tendría que existir una norma de rango legal expresa que autorizase a sus funcionarios a participar en la dirección de fundaciones. Ahora bien, también se comentó que la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico es la regulación específica que autoriza a las universidades a crear fundaciones, sin embargo, dicha normativa no hace referencia propiamente a la participación de funcionarios de esos centros de estudio superior, en la dirección de tales fundaciones.

Más aún, la normativa que rige el accionar de los funcionarios del ITCR, no establece dentro de sus funciones, el desempeño de un cargo de dirección en fundaciones u otras entidades de carácter privado.

Por lo anterior, se estima que no resulta procedente el nombramiento de funcionarios públicos de las universidades en los órganos de direcciones de fundaciones, salvo que así lo establezca expresamente la ley. En este sentido, el oficio número 1027-2002 citado al inicio de este memorial estableció en su página 10:

*“5. En relación con la Cláusula Sexta ‘Del Vínculo Estructural’ del convenio sometido a refrendo, en la que se prevé modificaciones a la estructura orgánica de la FUNA, debemos realizar algunas observaciones sobre las facultades que pretende asumir esa Universidad respecto al manejo administrativo de la Fundación.*

*Como punto de partida, debe indicarse que el artículo 2 de la Ley No. 5338 establece la posibilidad de que una persona física o jurídica pueda constituir una fundación, esta norma por sí misma no constituye, una autorización a las instituciones públicas para la constitución de fundaciones, puesto que de acuerdo al principio de legalidad —de rango constitucional— requieren de una norma legal expresa para tal acto.*

*Al respecto en el dictamen de la Procuraduría General de la República No. C-210-2001 de fecha del 30 de julio del 2001, ese órgano manifestó:*

*‘(...) Si bien la Ley de Fundaciones, N° 5338, artículo 2°, indica que la fundación puede ser una persona física o jurídica, por sí no habilita sin más a los entes públicos a intervenir —en solitario o como confundadores— en la creación de esas personas jurídicas y estando sujetos al principio de legalidad, no podrían hacerlo sin respaldo en una disposición legal expresa. En ese sentido, la Contraloría General de la República, en el pronunciamiento N° 56 del 4 de enero de 1980, por ejemplo, negó al Museo de Arte Costarricense la posibilidad de constituir fundaciones por no estar facultado para ello en su Ley de creación N° 6091 de 7 de octubre de 1977. (...)’*

*Un ejemplo de una habilitación legal como la descrita, se encuentra contemplada en al Ley No. 7169, Ley de Desarrollo Científico y Tecnológico. Dicho cuerpo normativo, como se ha reiterado, establece la potestad de las universidades estatales para la constitución de fundaciones y empresas auxiliares con el objeto de agilizar y mejorar la venta de bienes y servicios, relativos a proyectos de investigación, desarrollo científico, entre otros, provenientes de su actividad, aspecto aceptado por la propia Sala Constitucional.*

*En el caso en examen, la Universidad Nacional no optó al tenor de la ley mencionada en constituirse como fundador de una de esas entidades, sino que decidió utilizar de manera instrumental la estructura organizativa de una fundación privada ya creada (FUNA), para la ejecución de las actividades de venta de bienes y servicios en los términos señalados.*

*Lo anterior conlleva a dos consecuencias: la primera, referida a que la organización de esta Fundación debe estar conforme a la normativa plasmada en la Ley de Fundaciones, la cual indica en lo que interesa:*

*‘Artículo 3.-*

*Las fundaciones se constituirán por escritura pública o por testamento.*

*El fundador no podrá cambiar ninguna disposición constitutiva de la fundación, una vez que ésta haya nacido a la vida jurídica.*

*Artículo 11.-*



*La administración y dirección de las fundaciones estará a cargo de una Junta Administrativa./El fundador designará una o tres personas como directores y también deberá, en el propio documento de constitución, establecer la forma en que serán sustituidos estos miembros.*

*Si el fundador designa sólo un director, la Junta Administrativa quedará integrada por tres personas; si designa a tres, el número de directores será de cinco. En ambos casos los dos miembros que completarán la Junta Administrativa serán designados uno por el Poder Ejecutivo y el otro por la municipalidad de cantón en donde tenga su domicilio la fundación.*

*El cargo de miembro de la Junta Administrativa será gratuito.*

*Artículo 12.-*

*El fundador podrá dictar las disposiciones reglamentarias para regir la actividad de la fundación. Si no lo hiciere, deberá efectuarlo la Junta Administrativa dentro de los sesenta días siguientes a su instalación.’*

*Por consiguiente, la estructura orgánica de la FUNA ya fue determinada por sus propios fundadores, la cual, según los artículos transcritos, debe permanecer invariable por todo el período (sic) funcionamiento, conforme a su acto de constitución.*

*La segunda consecuencia, es que la FUNA para la agilización de la venta de bienes y servicios, deberá ajustarse en un todo a los parámetros y fines establecidos por la Ley No. 7169, inclusive la Universidad se encontrará facultada para establecer directrices y políticas a la FUNA, sin que ello signifique que la Universidad pueda arrogarse la potestad de dirigir y manejar la fundación, por cuanto ésta —como se ha mencionado— no fue constituida por la Universidad por un lado, y por el otro, tanto su organización como su dirección ya se encuentran definidas por la Ley de Fundaciones, así como su acto de constitución.”*

En ese orden de ideas, la situación de la FUNDATEC es análoga a la de la FUNA, en el tanto aquella también fue constituida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico, que es la norma específica que autoriza a las universidades a constituir fundaciones.

Finalmente, y en relación con los demás documentos entregados en este Despacho, denominados “Análisis del Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el Consejo de Transporte Público y la FUNDATEC” (Informe de la Auditoría del ITCR número AU-250-2001 del 8 de noviembre de 2001); “Venta de servicios de la Vicerrectoría Estudiantil a la Fundación Tecnológica de Costa Rica” (Informe de la Auditoría del ITCR número AU-257-2001 del 8 de noviembre de 2001) y “Análisis del saldo al 31 de agosto del 2001 de los proyectos de Escuelas o Departamentos según cuadro suministrado por FUNDATEC ‘En custodia de Proyectos al 31/08/2001’” (Informe de la Auditoría Interna del ITCR número AU-258-2001 del 8 de noviembre de 2001); este Despacho se permite únicamente comentar que el estudio que de ellos efectúe la administración del ITCR, debe contemplar lo señalado en este memorial, y principalmente, los parámetros de legalidad que rigen las distintas actividades de dicho instituto.

Atentamente,

Lic. Manuel Martínez Sequeira  
**Gerente de División**

Lic. Jesús Mora Calderón  
**Gerente Asociado**

Licda. Paula Serra Brenes  
**Fiscalizadora**

PSB/Rbr

NI: 4014, 5856, 5933, 6957, 7557 y 15496, todos del año 2001, 17150 del 2002.

CI: Lic. Jorge Corrales Quesada, Subcontralor General.

Lic. Carlos Arguedas Vargas, Asesor del Contralor General de la República.

Lic. Javier Masís, Gerente; Licda. Lidia Fallas, Abogada, Área de Servicios de Salud, D.F.O.E.

Licda. Vilma Gamboa, Gerente, Lic Renato Rey, Abogado, Área de Servicios de Educación, Cultura y Deportes, D.F.O.E.

Lic. Mercedes Valle, Secretaría Técnica, D.F.O.E.

Lic. Elías Delgado, Lic. Allan Ugalde y Licda. Cinthya Morales, Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones, División de Desarrollo Institucional.

☞ Criterios y dictámenes.