**SCI-842-2018**

**Comunicación de acuerdo**

|  |  |
| --- | --- |
| **Para:** | Dr. Julio Calvo Alvarado, Rector  Lic. Isidro Álvarez Salazar, Auditor Interno |
| **De:** | Dr. Julio Calvo Alvarado, Presidente  Consejo Institucional |
| **Fecha:** | **17 de octubre de 2018** |
| **Asunto:** | **Sesión Ordinaria No. 3092, Artículo 11, del 17 de octubre de 2018. Solicitud a la Administración de informe del estado de los convenios de permiso de uso entre el ITCR y las asociaciones solidaristas, y eventual plan de acción.** |

Para los fines correspondientes se transcribe el acuerdo tomado por el Consejo Institucional, citado en la referencia, el cual dice:

**RESULTANDO QUE:**

1. La Ley General de Control Interno, No.8292, en su Artículo 12 “Deberes del jerarca y de los titulares subordinados en el sistema de control interno”, establece:

“*a) ...*

*b) …*

*c) Analizar e implantar, de inmediato, las observaciones, recomendaciones y disposiciones formuladas por la auditoría interna, la Contraloría General de la República, la auditoría externa y las demás instituciones de control y fiscalización que correspondan.*

*…”*

**CONSIDERANDO QUE:**

1. La Secretaría del Consejo Institucional recibió oficio AUDI-AD-006-2018, con fecha de recibido 28 de setiembre de 2018, suscrito por el Lic. Isidro Álvarez Salazar, Auditor Interno, dirigido al Dr. Julio Calvo Alvarado, Presidente del Consejo Institucional, en el cual remite Informe de Advertencia sobre permisos de uso de espacios físicos institucionales, en los siguientes términos:

*“El “Informe de advertencia sobre permisos de uso de espacios físicos institucionales, se origina en consulta realizada por la Federación de Estudiantes del Instituto Tecnológico de Costa Rica (FEITEC) acerca de las condiciones contractuales para el arrendamiento del local para el préstamo de servicios de librería a la Asociación Solidarista de Empleados del Instituto Tecnológico de Costa Rica (ASETEC) por parte del Instituto Tecnológico de Costa Rica (ITCR).*

*La FEITEC, externa su preocupación[[1]](#footnote-1) respecto a que las instalaciones de la Librería, el Gimnasio y las Sodas (las denominadas soda del Lago y la soda ubicada cerca del pretil), sean explotadas comercialmente por la ASETEC, sin que se haya adjudicado la instalación física por parte del ITCR por medio de un proceso licitatorio.*

*La Auditoría Interna solicita información a la Administración del ITCR y confirma que no se han promovido procesos de contratación administrativa para la adjudicación de los locales que actualmente utiliza la ASETEC para el desarrollo de las actividades comerciales de la librería y las sodas señaladas.*

*El artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República[[2]](#footnote-2), le otorga al Auditor Interno de las Instituciones Públicas, potestad consultiva ante dicho Órgano, por lo que con fundamento en dicha potestad se solicita, a la Procuraduría General de la República, el criterio técnico jurídico para atender, de manera adecuada, la atención de las consultas planteadas por la FEITEC.*

*La solicitud que se dirige a la Procuraduría General de la República, se tramita con el oficio AUDI-113-2017[[3]](#footnote-3), y es atendida mediante oficio C-227-2018, del 10 de setiembre de 2018; la copia de esos documentos se adjuntan al presente informe. En resumen, lo consultado refiere a:*

*- Si la eventual incompatibilidad para que una institución pública pueda concesionar de espacios públicos con fines lucrativos, a su propia Asociación Solidarista, sin que se entre en un eventual conflicto de intereses, debido a que los socios de esa Asociación son los mismos empleados, entre los que puede figurar el representante legal u otras autoridades superiores de la institución concesionaria.*

*- Pueden las Instituciones Públicas firmar convenios con sus propias Asociaciones Solidaristas, para otorgar el uso en precario u otra figura de tipo legal, distinta a la establecida para la concesión de espacios físicos según lo establece la Ley General de Contratación Administrativa en el artículo 72, siguientes y concordantes.*

***RESULTADOS:***

1. *La Procuraduría General de la República, después de un amplio análisis jurídico sobre el tema consultado concluye lo siguiente:*

*“****III. - Conclusiones***

1. *El conflicto de intereses en la función pública surge cuando el funcionario pone en riesgo su Independencia en tanto la situación sobre la cual debe actuar le puede generar –en forma directa- un beneficio o provecho indebido para sí mismo o para terceros sobre los cuales tenga algún interés propio.*
2. *Si se otorga un permios de uso a una concesión a favor de la Asociación Solidarista del propio Instituto Tecnológico, esa situación, por sí misma, no conlleva un conflicto de intereses, porque los jerarcas que llegaren a tomar esa decisión (si son miembros asociados) no están colocados en una posición que pueda considerarse beneficiosa –indebidamente- para sus intereses personales. Es decir, no están obteniendo con ello un provecho propio que pueda estimarse contrario el correcto ejercicio dela función pública.*
3. *Existen algunas decisiones administrativas que eventualmente pueden llegar a tener relación o incidencia sobre los funcionarios que las adoptan, por el simple hecho de formar parte de la generalidad, de una colectividad determinada, de un grupo, de un gremio, de alguna organización social, de una comunidad, etc. En estos casos, si bien el servidor puede llegar eventualmente a constituirse en destinatario de algún servicio o beneficio, no lo hace en su carácter individual, directo ni personal, sino simplemente como parte de una colectividad.*
4. *Por esa razón, si esa entidad universitaria considera conveniente, apropiado y de interés institucional la concesión o permiso sobre algún tipo de instalación de su propiedad para que se desarrolle alguna actividad comercial o de servicios por parte de la Asociación Solidarista del mismo ITCR, no estimamos que se genere un conflicto de intereses para los funcionarios a quienes –siendo miembros de la asociación- corresponda adoptar esa decisión.*
5. *Sobre los bienes de dominio público puede otorgarse ya sea una concesión o un permiso de uso, ambas figuras debidamente reguladas en el ordenamiento jurídico. La concesión tiene por objeto el cumplimiento del fin público mediante la prestación de servicios complementarios, mientras que el permiso se brinda por mera tolerancia, en ejercicio de las potestades  discrecionales de la Administración.*
6. *Mediante la figura del permiso de uso de bienes de dominio público se genera una situación jurídica precaria, mientras que mediante la concesión se crea una situación jurídica consolidada que se encuentra sujeta a los parámetros contractuales que fueron pactados entre las partes.*
7. *Dado que los permisos se brindan a título precario, ello significa que en el momento en el cual la Administración necesite el espacio, puede revocar el permiso de uso sin responsabilidad alguna. Claro está, dicha revocación no debe ser intempestiva ni arbitraria, es decir, debe comunicarse –con antelación razonable- a quien usa el bien, que el permiso de uso se tiene por agotado.*
8. *El permiso de uso eventualmente puede otorgarse sin la fijación de una fecha límite o de expiración establecida prima facie, sin que ello signifique que el particular pueda entender que adquirió un beneficio a tiempo indefinido, toda vez que tiene claro que al momento en que se produzca una comunicación expresa de la Administración dando por terminado el permiso, pondrá a su disposición el espacio utilizado previamente, esto en razón del derecho que le asiste a la Administración para ocupar el bien con el objetivo de lograr el fin público de que se trate.”*

*El uso en precario de los bienes de dominio público conlleva a que si la Institución puede otorgar ese permiso sin la fijación de una fecha límite o de expiración, puede revocar el mismo, sin responsabilidad alguna, de una manera razonable ante quien usa el bien, ya que el permiso referido, no debe entenderse como indefinido, continúa concluyendo la Procuraduría General de la República.*

1. *El tema de permiso de uso de bienes de dominio público ha sido también analizado por la Contraloría General de la República. El oficio Nº ​02410, del 19 de febrero de 2018 DJ-0165, atiende una consulta sobre la posibilidad de que una Junta de Educación preste un terreno a una Asociación de Desarrollo Integral. El mismo contiene referencias importantes en relación con la legislación nacional y jurisprudencia de la Sala Constitucional, que permiten contar con mayor claridad sobre el tema tratado, entre otros, se señala lo que establece el Código Civil en su artículo 261, respecto a que los bienes públicos “Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público”.*
2. *El permiso de uso se considera un derecho expresa y válidamente a título precario, que se crea en un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, se consideran actos sencillos, que no tienen incidencia significativa en el bien usado, y por lo tanto no requieren obras permanentes de gran envergadura.*

*Los permisos de uso “se otorgan a título de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; requiriendo para legitimarlos un acto expreso de la Administración, que en el presente caso consiste en un permiso de uso otorgado vía resolución administrativa-(…) ”.*

1. *La Auditoría Interna, mediante oficio AUDI-159-2016[[4]](#footnote-4), señaló a la Rectoría que el permiso de uso de bienes por parte de la ASETEC, se fundamenta principalmente en el artículo 161 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y en criterios jurisprudenciales emitidos por la Contraloría General de la República sobre ese tema; sin embargo, por su naturaleza, dichos permisos deben motivarse en razones de oportunidad y conveniencia que así lo justifican, pues tal permiso resulta ser una excepción a las normas o reglas de la contratación administrativa, que exigen realizar un procedimiento licitatorio para concesionar espacios públicos, según lo establecen los artículos 92 y 160 del referido Reglamento. A la fecha del presente informe la situación sigue sin resolverse.*

***CONCLUSIONES***

1. *La Procuraduría General de la República, no estima que se genere un eventual conflicto de intereses, respecto al permiso de uso de instalaciones públicas por parte de la ASETEC, fundamentalmente porque la toma de decisiones conlleva un interés colectivo en ese ámbito y lo que se requiere es legitimar, mediante un acto expreso de la Administración, la situación.*
2. *El Instituto Tecnológico de Costa Rica, es responsable por el uso de los bienes de dominio público que le han sido conferidos para el cumplimiento de sus objetivos, por lo que le corresponde fortalecer el sistema de control interno creando situaciones jurídicas consolidadas en materia de uso de dichos bienes, estableciendo parámetros contractuales pactados entre partes, válidos y razonadamente justificados, cuando se requiera que terceros utilicen los mismos.*
3. *La licitación pública es el procedimiento de contratación por excelencia previsto en la legislación nacional, para los procedimientos de concesión de instalaciones públicas[[5]](#footnote-5), los permisos de uso, tal como los expone en el presente informe, se brindan por mera tolerancia y se constituyen en un derecho que se genera a título precario, que pueden ser revocados a título de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración.*

*Los procesos de revocatoria de los permisos de uso en precario, requieren de trámites formales que pueden eventualmente poner en riesgo el cumplimiento de objetivos institucionales, principalmente por la falta de oportunidad para disponer de las instalaciones físicas y resolver con prioridad las necesidades de infraestructura institucionales.*

***ADVERTENCIA:***

*Se advierte al Consejo Institucional, en razón de sus competencias como máximo jerarca en materia de control interno, sobre la necesidad de solicitar a la Rectoría que revise y resuelva, con la celeridad que corresponde, la eventual situación de precariedad en el uso de edificios institucionales que se pueda determinar de las relaciones que ITCR mantiene con la ASETEC, a efecto de que se ajuste a los procedimientos que exige la normativa aplicable y se consolide la situación jurídica en que se encuentran dichos bienes. En cada caso, se debe considerar las razones de oportunidad y conveniencia en el interés que le asiste.*

*El Artículo 2, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública, por lo que dicho análisis debe considerar en todos sus extremos lo señalado por ese Órgano en el oficio C-227-2018, del 10 de setiembre de 2018, dirigido a la Auditoría Interna.*

*Esta advertencia conlleva la posibilidad de que, en caso de ignorarse, se generen responsabilidades de tipo administrativo por no tomarse de manera oportuna las medidas que corresponda.*

*Se solicita informar, en un plazo de treinta días hábiles, sobre las acciones tomadas al respecto, para dar el seguimiento que a esta Auditoría Interna compete.”*

1. La Comisión de Planificación y Administración en la reunión No. 790-2018, conoce el Informe supra citado, analiza el tema ampliamente y dispone elevar la propuesta al Consejo Institucional, para solicitar a la Administración revise e informe al Consejo Institucional el estado y cumplimiento de los señalamientos realizados por la Procuraduría General de la República de los permisos de uso de espacios institucionales otorgados a la ASETEC y la ASET.

**SE ACUERDA:**

1. Solicitar a la Administración que presente un informe del estado de los convenios de permiso de uso entre el ITCR y las asociaciones solidaristas, ASETEC y ASET, de modo que se asegure la validez de sus parámetros contractuales y se encuentren debidamente justificadas las razones de oportunidad y conveniencia en el interés que les asiste. En caso de ser necesario, se adjunte el plan de acción que ajuste los convenios a lo que exige la normativa aplicable y se consolide la situación jurídica en que se encuentran dichos bienes. Este informe deberá ser presentado en un plazo de 20 días hábiles, contados a partir de la recepción de la comunicación de este acuerdo.
2. Comunicar.  **ACUERDO FIRME.**

**Palabras Clave: Plan – Acción – Permisos – Uso – Espacios – Físicos – Institucionales – Asociación Solidarista**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  | |
|  |  |  |  | |

**c.i. Auditoría Interna (Notificado a la Secretaria vía correo electrónico)**

ars

1. FEITEC-275-2017, del 10 de mayo de 2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. Modificado por el inciso c., del Artículo 45 de la Ley General de Control Interno No. 8292 [↑](#footnote-ref-2)
3. Del 01 de junio de 2017 [↑](#footnote-ref-3)
4. Del 02 de mayo de 2016. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 41, Ley 7494 Ley de Contratación Administrativa. [↑](#footnote-ref-5)