

ASESORÍA LEGAL

TEL.: (506) 2299-5800 Ext.: 5730 y 5951 Fax: (506): 2291-5762

26 de marzo de 2019
AL-0037-2019

Licenciado
Víctor Ramírez Montero
Jefe
Departamento de Servicio al Turista

Asunto: Respuesta a oficio DST-0077-2019, sobre la solicitud de colocar revistas y material publicitario y promocional en oficinas de información turística.

Estimado señor:

En respuesta a la consulta formulada sobre la posibilidad que, en las oficinas de información se permita la distribución de revistas o material promocional a empresas que no cuentan con declaratoria turística, se señala como criterio técnico que se:

[...] muestra un concepto informativo que podría ser de mucha utilidad para el turista; [pero] no todas las empresas que se publicitan, cuentan con Declaratoria Turística.

Para dar respuesta a su consulta, esta Asesoría Legal se manifiesta en los siguientes términos:

1. Competencia del Instituto Costarricense de Turismo:

El Instituto Costarricense de Turismo, en adelante "ICT", como parte del aparato estatal, ostenta competencias, es decir, atribuciones, funciones y potestades que son concedidas por disposición legal [Ley Orgánica, Ley Nº 1917, del 30 de julio de 1955 y artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública] las cuales son inherentes e irrenunciables, en otras palabras, el ICT es titular de ciertas potestades en materia de turismo, las cuales no pueden ser asumidas por otro ente estatal.

ASESORÍA LEGAL

TEL.: (506) 2299-5800 Ext.: 5730 y 5951 Fax: (506): 2291-5762

En los artículos 4 y 5 de la Ley del ICT dispone claramente esa competencia, enmarcada en las finalidades y funciones señalándose en lo conducente:

Artículo 4º.- **La finalidad principal del Instituto será la de incrementar el turismo en el país:**

a) Fomentando el ingreso y la grata permanencia en el país de los visitantes extranjeros que busquen descanso, diversiones o entretenimiento;

[...]

d) Promoviendo y vigilando la actividad privada de atención al turismo.

[La negrita no es del original]

Artículo 5º.- El Instituto tendrá las siguientes funciones:

[...]

c) Promover y estimular cualesquiera actividades comerciales, industriales, de transporte, deportivas, artísticas o culturales, que traten de atraer el turismo, brindándole facilidades y distracciones o que den a conocer al país en sus diversos aspectos, especialmente el folklórico;

[...]

g) Proteger por todos los medios a su alcance los intereses de los visitantes procurándoles una grata permanencia en el país;

[...]

Por tanto, la competencia del ICT, es el incremento del turismo, tanto nacional como extranjero [por lo que, cuando en este oficio se hable de turista debe entenderse nacional y extranjero], para cumplirlo debe realizar una serie de acciones, como por ejemplo la promoción del país, fiscalizar la actividad privada, incluso, de ser necesario operar medios de transporte [inciso d, artículo 5 Ley del ICT].

Ahora, bajo esa competencia, el ICT se encuentra encargado de favorecer la competitividad del sector turístico a través de estándares de calidad, promoviendo la sustentabilidad social, económica, cultural y ambiental.

Es por lo anterior que se generan mecanismos que velan por la implementación y aseguramiento de la calidad turística de las empresas y actividades del sector como

ASESORÍA LEGAL

TEL.: (506) 2299-5800 Ext.: 5730 y 5951 Fax: (506): 2291-5762

por ejemplo la Declaratoria Turística, o la Certificación para la Sostenibilidad Turística [CST], ambos completamente voluntarios y liderados por el ICT.

En el caso de la declaratoria turística [Reglamento de empresas y actividades turísticas, DE-41370-MEIC-TUR, del 19 de julio del 2018] se considera importante indicar que, el artículo 8 entre otras obligaciones estipula:

- d) Otorgarles asistencia técnica y asesoría, e incluirlas en su promoción, publicidad y programas de capacitación, de acuerdo con sus posibilidades.

Por su parte, el Reglamento del Programa de Sostenibilidad Turística, DE-41415-MINAE-MCJ- MEIC-TUR, del 17 de setiembre del 2018, dentro de los beneficios a los cuales se hacen acreedoras las empresas que cuentan con CST, el numeral 21 indica:

Artículo 21. Beneficios. Las empresas u organizaciones turísticas titulares del CST vigente, tendrán los siguientes beneficios:

[...]

b) Material promocional específico del Programa CST.

c) Promoción diferenciada en actividades y ferias turísticas a nivel nacional e internacional y apoyo técnico y logístico prioritario para su participación en las mismas.

[...]

Tenemos entonces que existe un compromiso formal por parte del ICT para promover al país, pero esta acción se realiza buscando contrapartes que, sea mediante declaratoria turística o CST, aseguren que la marca país se asocie a estándares de calidad.

2. Oficinas de información y regionales:

Como su nombre señala, la función de las oficinas de información es

[...] la ejecución de labores de información turística con énfasis en la promoción de los servicios a brindar por las empresas declaradas turísticas y distribución de material promocional confeccionado por el ICT, las cuales se derivan de las

ASESORÍA LEGAL

TEL.: (506) 2299-5800 Ext.: 5730 y 5951 Fax: (506): 2291-5762

finalidades contenidas en el artículo 4) incisos a) y d) de la Ley Orgánica del Instituto: fomento del ingreso y grata permanencia en el país del visitante extranjero que busque descanso y sana diversión o entretenimiento y promoción y vigilancia de la actividad privada de atención al turismo.

Por su parte, en el caso de las oficinas regionales, tenemos que es el mismo fundamento legal el que rige las funciones de éstas, aun cuando su finalidad principal sea “[...] acercar los servicios de la institución [sic] al sector turístico nacional, así como a los usuarios de los diferentes productos turísticos que el país ofrece a sus visitantes [...]”, más que brindar información, éstas son parte fundamental en el cumplimiento de los fines institucionales señalados en la Ley Orgánica del ICT, entre los cuales está la promoción del país.

Siendo un aspecto prioritario de ambas oficinas, al corresponder a un sitio oficial al cual se pueden acercar los turistas buscando ya sea colaboración, asesoría, presentar una denuncia, etcétera, que los documentos que se localicen brinden información acertada, actualizada y veraz sobre los servicios que pueden acceder los turistas.

3. Sobre la autorización a empresas que no cuentan con declaratoria turística de distribuir revistas o material publicitario no oficial vista desde la discrecionalidad y la responsabilidad administrativa:

La discrecionalidad administrativa “[...] debe entenderse como la flexibilidad que el ordenamiento jurídico le brinda a la Administración para elegir de entre varias alternativas, la que satisfaga de mejor manera los intereses públicos. No obstante, es imprescindible aceptar que la actuación discrecional tiene que mantenerse dentro de los parámetros jurídicos establecidos para mantener su validez y eficacia; este último rasgo aparta el acto discrecional de la actuación arbitraria, cuya actuación dista de los límites fijados para aquella [...]”¹

¹ Andrei Cambronero Torres, Iván Mora Barahona, Deslinde de Competencias entre las jurisdicciones Constitucional y Contencioso-Administrativa: Discrecionalidad Administrativa, Revista de Ciencias Jurídicas N0 137 (13-40) Mayo-Agosto 2015.

ASESORÍA LEGAL

TEL.: (506) 2299-5800 Ext.: 5730 y 5951 Fax: (506): 2291-5762

Por su parte, la Sala Constitucional ha señalado en el voto número 2232-91, del 4 de noviembre de 1991, en relación con el tema de la responsabilidad administrativa ha dispuesto:

No es posible bajo supuesto alguno, que el Estado –a priori- se exima de todo tipo de responsabilidad que pudiera derivarse del funcionamiento normal, anormal, legítimo o ilegítimo en el uso o explotación de las telecomunicaciones a que se refiere el presente Tratado. El Estado, como persona jurídica, ha de responder siempre de los actos u omisiones que surjan en el ejercicio de sus funciones, y ello es válido tanto en el orden interno, como de los que surjan con motivo de las relaciones internacionales. El principio de responsabilidad estatal es inherente a todo Estado de Derecho y forma parte de la contrapartida que asiste a todo individuo de obtener una tutela judicial efectiva [...]

De lo transcrito si bien, la Administración en general, o el ICT en concreto, posee una esfera de discrecionalidad, ésta no puede ser arbitraria ni antojadiza, debe contener fundamento técnico y legal que evidencie la necesidad de esa decisión y aun cuando conste este sustento, queda la posibilidad de incurrir en responsabilidad administrativa, razón por la cual la Administración debe ser meticulosa en su accionar.

Con fundamento en lo expuesto y, debido que esta Asesoría Legal en el oficio DL-0270-2005, del 24 de febrero del 2005, se pronunció sobre el tema consultado, posterior al estudio y no existiendo cambios en la normativa o situación fáctica que conlleven una modificación en el criterio antes vertido, se considera oportuno transcribir en lo conducente la posición emitida:

[...] para efectos de distribución libre y gratuita de folletos y otros materiales promocionales, que aunque no oficiales cumplan en su criterio con finalidades demostradas de información y sana promoción de actividades comerciales, industriales, de transporte, deportivas, artísticas o culturales, siempre relacionadas y acordes con el accionar institucional, es una facultad discrecional de la Institución, armónica con lo establecido en los incisos c) y g) del artículo 5 de la Ley Orgánica del I.C.T. **Lo anterior siempre y cuando se advierta al usuario que el Instituto no garantiza la calidad los servicios brindados por empresas no declaradas turísticas.** La negrita no corresponde al original.

ASESORÍA LEGAL

TEL.: (506) 2299-5800 Ext.: 5730 y 5951 Fax: (506): 2291-5762

Concluyéndose que, a efecto de permitir la existencia de material promocional no referido a empresas que cuenten con declaratoria turística, es responsabilidad de los funcionarios de las oficinas de información incluir de forma permanente, visible y clara y en los idiomas respectivos, en el stand dónde se coloquen las revistas o materiales promocionales el **descargo de responsabilidad**, además, se requiere de la **fiscalización permanente por parte de las Jefaturas responsables**, del cumplimiento de este aspecto.

4. Análisis del ejemplo incluido con el criterio técnico DST-0077-2019:

De la revisión y análisis del extracto de la revista “Guía Península de Nicoya” adjunto al criterio técnico DST-0077-2019, en ésta se incluye además de hoteles y restaurantes, que, no necesariamente cuentan con declaratoria turística, múltiples anuncios que hacen referencia a variados servicios, tales como: la venta de inmuebles [“real estate”], servicios de traslados [“shuttle service”], tours, joyerías, talleres mecánicos.

Ahora, si bien, todos los servicios citados están indirectamente conectados con el turismo, no debe olvidarse que dentro de las funciones del ICT claramente se manifiesta que se debe: “Proteger por todos los medios a su alcance los intereses de los visitantes [...]”, es decir, es una responsabilidad y obligación legal de la Institución velar por la seguridad de los turistas, lo cual no sólo implica campañas de promoción que incluyan empresas que cuenten con declaratoria turística y CST, si no, que en las oficinas se cuente con información oficial, de forma que se evite una posible responsabilidad administrativa como consecuencia de información desactualizada, folletos que fomenten la contratación de empresas de las cuales se desconoce si cuentan con todos los requisitos legales y técnicos para ejercerla [por ejemplo “rafting”, donde la seguridad física se puede ver amenazada], compra de inmuebles, que excede la competencia legal del ICT, servicios de transporte no oficiales, tampoco correspondiendo la fiscalización de este aspecto al ICT, etcétera.

5. Recomendación:

5.1. Como se señaló anteriormente, esa Dependencia técnica, bajo un análisis técnico, cumpliendo con la razonable fundamentación podría discrecionalmente

ASESORÍA LEGAL

TEL.: (506) 2299-5800 Ext.: 5730 y 5951 Fax: (506): 2291-5762

considerar, se recomienda que la toma de decisión se fundamente en un análisis costo-beneficio donde se valore y concluya que el incorporar este tipo de material en las oficinas de información y eventualmente en las oficinas regionales no implica responsabilidad para la Institución, lo cual queda directamente asociado a la esfera de competencia y responsabilidad del Departamento de Servicio al Turista.

5.2. Se sugiere se solicite a la Junta Directiva, en caso que técnicamente se considere viable, se emita una directriz que ordene la redacción de un procedimiento que regule la autorización a empresas que no cuenten con declaratoria turística o CST la promoción de sus establecimientos a través de folletos o revistas “turísticas” en las oficinas de información o regionales. En caso que no se considere procedente, de igual manera que mediante acuerdo se restrinja dicha posibilidad.

Atentamente,

Lic. José Francisco Coto Meza, MSc.
Asesor Legal

Licda. Silvia Villalobos Zamora
Abogada analista

NI: 0381

FCM/svz/documentos/contratación administrativa/servicio al turista

Cc

Dr. Alberto López Chaves, Gerente General

MBA. Gustavo Alvarado Chaves, Director Gestión y Asesoría Turística

Lic. Jorge Retana Navarro, Jefe Oficinas Regionales

Consecutivo/archivo