

R-DFOE-EC-3-2015

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Área de Fiscalización de Servicios Económicos. San José, a las once horas del 30 de septiembre de dos mil quince.

VISTO el Recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por el licenciado Dennis Meléndez Howell, en su condición de Regulador General de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) en contra de los puntos 2.38 y 2.39 del informe DFOE-EC-IF-23-2015 *“Auditoría de carácter especial sobre la ejecución de Proyectos y Actividades realizadas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”*.

RESULTANDO

1. Que el 23 de julio de 2015 se remitió el borrador del informe *“Auditoría de carácter especial sobre la ejecución de Proyectos y Actividades realizadas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”* al Regulador General, Licenciado Dennis Meléndez Howell.
2. Que el 3 de agosto de 2015, mediante nota 684-RG-2015, el Lic. Dennis Meléndez Howell presentó las observaciones de ARESEP al borrador facilitado. Observaciones que fueron analizadas con base en la evidencia aportada y la recopilada por el equipo de fiscalización para fundamentar los resultados del estudio, tomándose en cuenta para efectos del informe, e incorporándose a los comentarios correspondientes, las que brindaron elementos adicionales a los que habían sido aportados en su oportunidad o por las cuales se estimó necesario hacer alguna aclaración.
3. Que el 26 de agosto de 2015, la Contraloría General remitió la versión final del informe DFOE-EC-IF-23-2015 *“Auditoría de carácter especial sobre la ejecución de Proyectos y Actividades realizadas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”* al señor Regulador General.
4. Que el 31 de agosto de 2015, se presentó ante este órgano de fiscalización superior formal recurso de revocatoria con apelación en subsidio en el que solicita se eliminen los párrafos 2.38 y 2.39 del informe de fiscalización citado
5. Que las argumentaciones presentadas por el Regulador General para interponer el recurso en cuestión, son las siguientes: Primero: *“que el informe del Órgano Contralor, no menciona la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, norma que es de rango especial y que por tanto es indispensable en un análisis que pretende ser objetivo, cuando se trate de ejecución de proyectos basados en licitaciones públicas”*. Segundo: que las labores de supervisión, control y seguimiento realizadas por el Grupo Decisorio del Proyecto (GDP) de implantación del Sistema de Administración Financiera fueron las que determinaron los incumplimientos de plazo y los defectos de calidad de los productos entregados por el contratista de la Licitación Pública 2011LN000003-ARESEP, por lo que,

R-DFOE-EC-3-2015

2

30 de septiembre, 2015

a su criterio, no es correcta la tesis de la Contraloría General de que existen problemas de planificación, ejecución supervisión, control y seguimiento del proyecto, porque es la acción del GDP la que permitió detectar todas las fallas del contratista, lo que concluyó con un procedimiento de resolución contractual. Tercero: si se acredita el incumplimiento contractual del contratista, las situaciones indicadas en el párrafo 2.39 no serían atribuibles a la Autoridad Reguladora.

6. Que para atención del recurso de revocatoria se ha cumplido con la normativa prevista sobre el particular en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en la Ley General de la Administración Pública.

CONSIDERANDO

I. Legitimación y admisibilidad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428, los actos finales que dicte el Órgano Contralor estarán sujetos al régimen común de impugnación de los actos administrativos, contenidos en la Ley General de la Administración Pública. El informe aquí impugnado contiene disposiciones dirigidas al Lic. Dennis Meléndez Howell en su condición de Regulador General de la ARESEP o a quién llegue a ocupar dicho cargo, por lo que se encuentra, a criterio de esta Área de Fiscalización, legitimado para presentar los recursos ordinarios correspondientes. De igual manera, el recurso se estima presentado dentro del plazo establecido por el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública.

II. Sobre el fondo.

El recurso de revocatoria con apelación en subsidio lo presenta el señor regulador con el propósito de que se eliminen del informe recurrido los párrafos 2.38 y 2.39 que indican:

“2.38 De lo anterior, debe señalarse que las situaciones encontradas en la implantación del Sistema Administrativo Financiero en la ARESEP corresponden principalmente a debilidades en la planificación, ejecución, supervisión, control y seguimiento del proyecto por parte del Director de Operaciones, la Dirección Administrativa Financiera y el Grupo Decisorio del Proyecto, así como de la DGEE en su función de supervisor de la ejecución de los proyectos que se realizan en la ARESEP.

2.39 La situación señalada ha incidido tanto en los costos del proyecto como en el plazo de puesta en marcha, lo que ha afectado directamente a los usuarios en virtud de los cobros de un canon desde el 2012 por un proyecto que se visualizaba como el instrumento necesario para dar transparencia a la gestión financiera de la ARESEP y que no se encuentra, a la fecha, en operación, como se ha mencionado”.

R-DFOE-EC-3-2015

3

30 de septiembre, 2015

Señala el recurrente que solicita la eliminación de los párrafos señalados debido a que este Órgano Contralor realizó a su juicio una incorrecta valoración de los hechos acontecidos en relación con el proyecto de implantación del Sistema Administrativo Financiero de la ARESEP, con fundamento en los siguientes argumentos:

A. De la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa

Indica en primera instancia que la Contraloría General *“...decidió en este informe otorgarle a las "sanas prácticas en la materia" mayor rango jerárquico normativo que a la misma Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Tal violación al principio de jerarquía de las normas agrede cualquier "sana práctica" en la materia de fiscalización, porque prefieren basarse en principios jurídicos indeterminados, que en reales normas jurídicas de rango especial y superior”*.

Afirmación que resulta incorrecta por parte de la ARESEP, al confundir la metodología y las normas que regulan un proceso de fiscalización y de auditoría, como el que nos ocupa, con las normas propias de la materia de fondo que regulan las materias del quehacer cotidiano de cada institución.

La sección de metodología a la que hace referencia el recurso planteado, se refiere puntualmente al marco jurídico del proceso de auditoría únicamente, como puede constatarse, tampoco hace referencia esta sección a normas como por ejemplo la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República o la misma Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, lo cual, evidentemente no significa que este órgano contralor pretenda en ningún momento ni obviar su existencia ni mucho menos promover su incumplimiento.

No debe perderse de vista que el objetivo de la auditoría de carácter especial que nos ocupa era examinar la formulación y ejecución de los proyectos y actividades contenidos en los Planes Operativos Institucionales (POI) de la ARESEP, y en ningún momento entrar a hacer una valoración de un contrato en específico, por lo que no resulta correcto afirmar que era necesario integrar las normas de contratación administrativa en el análisis efectuado para *“contar con un informe objetivo y completo”*.

Al no ser el contrato N° 004-ARESEP-2013 *“Contrato para la Adquisición de un sistema administrativo Financiero para la Dirección Administrativa Financiera”* el eje del estudio, el análisis específico de lo ocurrido en este proceso, corresponde a la gestión que realiza la Administración, competencia que en ningún momento fue afectada, mucho menos *“cercenada”* como infundadamente afirma el ente regulador, todo lo contrario, fue ratificada por medio de la disposición correspondiente, que -como el mismo recurrente afirma- fue modificada precisamente en atención a la información adicional brindada por la entidad reguladora y al proceso que tenía pendiente al momento de la emisión del informe y que finalmente indica:

“4.6 Informar a esta Contraloría General del resultado final del procedimiento administrativo ordinario de resolución contractual del contrato

R-DFOE-EC-3-2015

4

30 de septiembre, 2015

004-ARESEP-2013 y su adenda que lleva a cabo esa Institución con base en la resolución RRG-397-2015 del Regulador General. Sobre el particular, se le solicita remitir a esta Contraloría General en un plazo máximo de 10 días hábiles posteriores a la resolución del procedimiento administrativo, copia certificada de la resolución final del proceso. (Ver Hallazgo 2.2 Párrafos 2.30 a 2.39)".

Señala el recurrente que *"Lo que se hubiera esperado en la buena práctica, era al menos que se eliminara el contenido del punto 2.38 del informe, para esperar los resultados del procedimiento administrativo ordinario, que está realizando la Autoridad Reguladora, porque contaría con la plenitud de la información. Y no sólo tal como lo hizo con la "verdad a medias" y que "pareciera entonces que la única verdad que privaría en este caso sería la del Órgano Contralor, que pese a que no valoró todo el contexto del caso ni toda la normativa atinente para tener un panorama objetivo, ya dictó su sentencia".*

Afirmaciones que se rechazan en forma categórica, toda vez que, como se verá en el siguiente apartado, esta Contraloría General no hizo una valoración específica de un contrato en particular, y adicionalmente independientemente de cual sea el resultado del procedimiento que realiza la ARESEP, las eventuales responsabilidades que puedan determinarse respecto del contratista, no prejuzgan en modo alguno, respecto de las actuaciones de la Administración, las cuales evidentemente, aunque se encuentren vinculadas, son independientes.

Por las razones, antes expuestas, no es de recibo la afirmación efectuada por el recurrente en relación con la Ley de Contratación Administrativa, por lo que se rechaza este argumento.

B. Sobre lo actuado en relación con el proyecto del Sistema Administrativo Financiero

Señala el recurrente que *"Fue precisamente el ejercicio mostrado por el Órgano Contralor, como supuesta prueba para determinar que hubo problemas de supervisión, control y seguimiento del proyecto por parte de la Autoridad Reguladora, la prueba que utilizó como base el "Grupo Decisorio del Proyecto" (GDP), entre otros supuestos incumplimientos graves del contratista, para recomendar al Regulador General, el inicio de procedimiento administrativo de resolución contractual, tal como se desprende del oficio N0528-DF-2015 del 17 de abril de 2015. Dicho ejercicio lo realizó el mismo GDP precisamente en el marco de la intensa supervisión, control y seguimiento que se le brindó al proyecto desde su inicio hasta que se decidió informar a la Administración del presunto "incumplimiento grave"... fue precisamente de esos ejercicios y actividades que realizó el GDP, donde no sólo se referenciaron problemas por el incumplimiento de los plazos de entrega por parte de la empresa, sino tal como se desprende del texto, hubo defectos en la calidad, por la forma y en el contenido de los productos que debía entregar el contratista, así como otros problemas que se referenciaron no sólo en el informe base que realizó el GDP, informando sobre el presunto incumplimiento contractual, el 528-DF-2015 de abril de*

R-DFOE-EC-3-2015

5

30 de septiembre, 2015

2015, sino además de los oficios 736-DF-2015 y el 844-DAF-2015, tal como el abandono del proyecto, por parte de la empresa contratista”.

Sobre el particular es necesario indicar que las debilidades indicadas por esta Contraloría General en el párrafo 2.38 del informe DFOE-EC-IF-23-2015, se refieren a la gestión integral de la ARESEP en cuanto a las acciones ejecutadas desde el año 2012 relativas a contar con un sistema administrativo financiero acorde con las necesidades institucionales lo anterior de cara a las deficiencias en sistemas de información contable y financiera enunciadas por el informe DFOE-IF-EC-13-2012 y no específicamente a la gestión institucional relativa a la Licitación Pública 2011LN000003-ARESEP, misma que constituye el centro de los argumentos esgrimidos por el recurrente para pretender invalidar el contenido del párrafo 2.38.

En concreto, lo indicado en el párrafo de marras es el producto de la valoración hecha sobre la utilización de los recursos presupuestados por la ARESEP para implementar un sistema administrativo financiero -proceso que data del año 2012- y los resultados reales de dicho proyecto; siendo que, mientras que por un lado se han invertido cerca de ¢989,9 millones entre recursos presupuestados, pagos realizados por concepto de salarios, gastos de la gestión administrativa interna dedicada al proyecto y honorarios; y por otro se tiene que al 2 de febrero de 2015, el “...*avance real* [es]...*de un 12,25%...*” según lo indicó la Administración, lo que para los parámetros de este órgano contralor no resulta “razonable”, utilizando el mismo criterio esgrimido por dicha entidad, máxime que el mismo ente regulador tenía previsto que para esa fecha el avance real debería ser de 72,05% (Oficio N° 528-DF-2015 del 17 de abril de 2015).

En esta línea, en cuanto a los recursos recaudados vía Canon de Regulación e incorporados en los Planes Anuales Operativos y presupuestos de los años 2012 y 2013 se tiene que en lo relativo al año 2013, se determinó con base en información suministrada por la Dirección Financiera de la ARESEP, que con recursos asignados originalmente a la ejecución del SAF se financiaron, vía modificación presupuestaria, proyectos de otra índole, como por ejemplo el proyecto de opciones de pago electrónico en transporte público por autobús y el de evaluación y esquemas de rendición de cuentas de SUTEL¹; además, se evidenció que la ARESEP modificó el objetivo de recursos inicialmente asignados a la elaboración del SAF para dedicarlos al financiamiento del pago de salarios de la Reguladora Adjunta y de Directores de Recursos Humanos y de la Dirección de Tecnología e Información². Ambas situaciones constituyen evidencias contundentes para esta Contraloría General de las fallas en planificación y ejecución de los recursos presupuestados para el desarrollo del sistema financiero de marras mencionadas en el párrafo recurrido por la ARESEP.

De esta manera, no se comparte la afirmación presentada por el recurrente en el sentido de que “... *como se ha podido probar, tanto el Director General de Operaciones, la Dirección Administrativa Financiera y el GDP, realizaron todas las gestiones necesarias para planificar,*

¹ Modificación Presupuestaria N° 2-2013.

² Modificación Presupuestaria N° 6-2013.

R-DFOE-EC-3-2015

6

30 de septiembre, 2015

ejecutar, supervisar, controlar y dar seguimiento al proyecto para contar con un sistema administrativo financiero acorde a las necesidades institucionales. Todo claro, bajo un nivel de razonabilidad”, afirmación, que además de provenir directamente del mismo Director de Operaciones según se desprende de lo afirmado por el recurrente en sus párrafos iniciales, obvia la verdadera problemática señalada por esta Contraloría General, según lo indicado en las líneas anteriores, cual es el costo que ha implicado para el país el desarrollo de este proyecto, sin que se tenga, al día de hoy, resultado alguno.

Por lo que se rechaza el argumento presentado por el recurrente.

C. De la recuperación del costo del proyecto.

Finalmente, indica el recurrente que:

“... si se acredita el incumplimiento contractual, las situaciones indicadas no serían atribuibles a la Autoridad Reguladora, sino al contratista. Conclusión que también, en este momento procesal (iniciado el procedimiento respectivo) sería anticipada y temeraria. Máxime que como lo expusimos en el punto anterior, que los montos presupuestados para los proyectos, sin ser el SAF la excepción, en los casos que no se ejecutan por diferentes situaciones al finalizar el periodo se convierten en superávit, que en el momento de llevar a cabo la formulación de los cánones del siguiente periodo, se acreditan según las disposiciones de la Contraloría General de la República”.

Sobre el particular, debe indicarse que el contenido del párrafo 2.39 hace referencia a los costos que ha implicado para la ARESEP y para el país, el desarrollo tanto de la Licitación Pública 2011LN000003-ARESEP como de los demás costos asociados, según se indicó supra; a la luz de los montos presupuestados en el período 2012-2015 para el desarrollo del sistema administrativo-financiero que nos ocupa. Así las cosas, el argumento de la ARESEP no resulta procedente, debido a que, como ya se indicó, parte de los recursos fueron redireccionados a proyectos que no solo no están asociados al proyecto que nos ocupa, sino que ni siquiera corresponden al mismo programa presupuestario. Por lo que, dichos recursos no se trasladaron directamente al superávit como lo indica erróneamente el recurrente.

Por su parte, debido a lo indicado en relación con la diferente naturaleza de los señalamientos efectuados por este Órgano de Fiscalización Superior, de manera que aún en el supuesto de que la ARESEP realizara los cobros que pretende al contratista, la realidad es que al día de hoy no se cuenta con un sistema que permita superar las deficiencias existentes en los sistemas de información contable y financiera de la ARESEP, por lo que el fin último cual es el interés público continúa sin verse satisfecho a pesar del tiempo transcurrido.

Así las cosas, argumentos esgrimidos por el ente regulador no contradicen lo indicado por esta Contraloría General en los párrafos 2.38 y 2.39, por lo que no existe fundamento alguno para eliminarlos del informe.

R-DFOE-EC-3-2015

7

30 de septiembre, 2015

POR TANTO

Con sustento en las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de respaldo a esta resolución, se declara sin lugar en todos sus extremos el recurso de revocatoria interpuesto. Se emplaza al recurrente ante el Despacho de la Contralora General de la República, dentro del plazo de tres días hábiles a partir de la recepción de la presente resolución, para que alegue lo que estime pertinente y se remite el expediente a efecto de que sea resuelta la apelación interpuesta. **NOTIFÍQUESE.**

Lic. Roberto Jaikel Saborío, M.Sc.
Gerente de Área

Lic. Carlos Guerrero Bazo
Fiscalizador

Licda. Ruth Houed Caamaño
Fiscalizadora - Abogada

RJS/RHC/CGB/mmd

NN: 14138 (DFOE-EC-0683)-2015

Ce: Despacho Contralor

Ni: 22929-2015

G: 2015000285-3