

Al contestar refiérase
al oficio N.º **00050**

06 de enero de 2020
DFOE-IFR-0003

Licenciado
Javier Paulino Cordero González
Auditor Interno
RADIOGRÁFICA DE COSTA RICA S.A (RACSA)

Estimado señor:

Asunto: Se emite criterio sobre la competencia de declarar la confidencialidad de los informes de control interno y otros productos de la Auditoría Interna.

Se atiende la gestión presentada bajo oficio AU-267-2019, remitido a la dirección de correo electrónico de la Contraloría General de la República el día 22 de noviembre de 2019, mediante el cual, solicita criterio sobre la procedencia de declarar la confidencialidad de los informes de control interno emitidos por la Auditoría Interna basados en aspectos de estrategia empresarial previamente calificada como confidencial, a pesar que se vean involucrados fondos públicos. Además, se consulta si la Junta Directiva de RACSA cuenta con la facultad de declarar confidencial un informe de control interno u “otro servicio de la Auditoría Interna” que no contó previamente con tal declaración por parte del Auditor Interno de dicha empresa pública.

El solicitante externa su parecer respecto a los temas aludidos, respaldándose primeramente en lo estipulado en el artículo 30 de la Constitución Pública y los artículos 21 y 25 de la Ley General de Control Interno, e indica que la facultad para declarar la confidencialidad de los informes de control interno u otros productos de la Auditoría Interna corresponde al Auditor Interno y no al Jerarca, siendo que, al estar los servicios de la auditoría interna dirigidos a resguardar la rendición de cuentas y la transparencia en la función pública ante la ciudadanía, debe ser el Auditor Interno quien debe considerar la pertinencia de emitir la confidencialidad de sus productos.

Asimismo, -considera el solicitante-, que si bien el universo auditable está basado en los servicios de la estrategia empresarial, previamente declarada como confidencial por el Jerarca, el contenido final de los informes se concentra en identificar “deficiencias y debilidades de control interno” a subsanar por la Administración, por lo que ésta no podría categorizar dichos productos como confidenciales únicamente por tener su origen en dicha estrategia.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De manera inicial, debemos señalar que la Contraloría General de la República ejerce la potestad consultiva cuando la temática que presenten los sujetos legitimados tenga relación con los componentes y el ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública, lo cual está regulado en el artículo 29 de su Ley Orgánica, N.º 7428 y en el “Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República”¹ con el propósito de emitir criterios jurídicos que constituyen insumos para la toma de decisiones por parte de los sujetos consultantes, sin que ello exima al propio consultante de efectuar su valoración del tema, ni le sustituya en la toma de decisiones en esferas que le son atinentes de manera exclusiva.

Del análisis de los requisitos indispensables previstos en el citado reglamento para la atención de las consultas presentadas en esta instancia, se constata la legitimación del consultante, la emisión de su criterio con respecto a la temática formulada y el planteamiento en términos generales de la primera cuestión de interés.

Sin embargo, la segunda consulta pretende someter al órgano consultivo la resolución de una circunstancia concreta, propia del ámbito de competencias legales y reglamentarias de la Junta Directiva de la empresa pública, por lo que en circunstancias normales, ese proceder facultaría al Órgano Contralor a rechazar y archivar la consulta (Art. 10 del Reglamento de consultas); no obstante lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del numeral 9 del reglamento de marras, el Órgano Contralor puede valorar circunstancias de excepción relevantes, según las cuales resulte procedente admitir la consulta y consecuentemente emitir criterio.

Así las cosas, el asunto sometido a nuestro conocimiento se ajusta al anterior supuesto excepcional, toda vez que el tema presentado resulta relevante en materia de control interno y el alcance de la confidencialidad en informes de auditoría, por lo que no existiría obstáculo para referirse al tema consultado, aclarando que dicho tópico será analizado de manera genérica.

CRITERIO JURÍDICO SOBRE LA PROCEDENCIA Y LEGITIMACIÓN PARA DECLARAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS INFORMES DE CONTROL INTERNO

En primera instancia, es importante señalar que el libre acceso a la información custodiada y producida por las dependencias de la Administración Pública, es un derecho consagrado a nivel constitucional, en el artículo 30 de la Carta Magna, garantizando al ciudadano el conocimiento sobre asuntos de interés público, derecho que se ve complementado por los principios generales de responsabilidad, publicidad y transparencia de la acción del Estado.

¹ Emitido mediante la resolución N.º R-DC-197-2011 del Despacho de la Contralora General de la República, dictada al ser las ocho horas del trece de diciembre de dos mil once.

DFOE-IFR-0003

3

06 de enero, 2020

El artículo 7 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N.º 8422, ratifica la expresión constitucional y precisa que es de interés público la información relacionada con el ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información relacionada con hechos y conductas de los funcionarios públicos.

El texto legal define que al menos los datos antes detallados deben ser expuestos para garantizar precisamente el control público de la acción estatal, quedando fijada toda fiscalización de fondos públicos y de la actuación administrativa dentro de la categoría de información de interés público.

Debe considerarse que la Auditoría Interna tiene por objetivo contribuir a que la Administración auditada alcance los objetivos institucionales, mediante la evaluación sistémica y profesional de la efectividad de su gestión, así como de la administración del riesgo, del control y sus procesos de dirección. Además, de brindar a la ciudadanía una razonable garantía de que la actuación de los funcionarios se ejecuta conforme a la legalidad, la técnica y las sanas prácticas.

Los informes de auditoría acreditan los hallazgos más relevantes producto de estudios esencialmente financieros, operativos o especiales; el destinatario es la Administración Pública en ellos referenciada, con el objeto de que mejoren los sistemas de control interno, adopten medidas correctivas, o bien dejen de incurrir en conductas viciadas o contrarias a los intereses de la Hacienda Pública, todo lo cual debe ser de seguimiento oportuno por parte de la propia Auditoría Interna.

Dada su naturaleza, una vez puestos en comunicación de la Administración Pública referida, son de libre acceso por parte de cualquier persona pública o privada que ostente y acredite un interés público para ello, sea o no sujeto pasivo de fiscalización, no existiendo en principio, restricción ulterior en cuanto a su acceso.

Bajo este razonamiento, la confidencialidad o la reserva administrativa de las actividades que ejecute la Auditoría Interna debe ser considerada una excepción que se justifica únicamente, bajo circunstancias legalmente calificadas, cuando por su medio se protegen valores y bienes jurídicamente relevantes.

Ejemplo de lo anterior se aprecia en el artículo 6 de la Ley General de Control Interno N.º 8292 y en el artículo 8 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N.º 8422, en cuanto señalan la confidencialidad de los denunciantes y los estudios que originan la apertura de procedimientos administrativos para definir la responsabilidad del funcionario público.

Las relaciones de hechos constituyen documentos públicos de acceso limitado, en los cuales la Auditoría Interna evidencia ante el Jefe o Autoridad competente actuaciones que pueden generar responsabilidad en los órdenes civil, administrativa y penal, la nulidad de actos o contratos administrativos, o ambos supuestos.

En estos documentos se hace un juicio de probabilidad sobre el grado de participación de las personas involucradas en los hechos descritos, su culpabilidad en las actuaciones cometidas, la responsabilidad a la que pueden verse sometidos, el grado de irregularidad que presenta el acto o contrato viciado de nulidad, etc., todo lo cual será objeto de un procedimiento administrativo que se ordena iniciar a la administración que se trate o que se sustancia en la misma Contraloría General, o bien de una investigación penal cuando las relaciones de hechos se trasladan como denuncia al Ministerio Público.

A partir de lo anterior se determina que durante la tramitación, tanto de un estudio de Auditoría como de una Investigación, el acceso a la información es restringido para cualquier persona, esto por cuanto de un estudio de auditoría pueden extraerse elementos de eventuales responsabilidades, por lo que hasta que se emiten los productos, se tendrá certeza de los resultados del estudio².

Nótese entonces que las condiciones excepcionales para la determinación y el debido trámite de la información que maneja en el ejercicio de sus funciones legales la Auditoría Interna como confidencial se encuentran fijadas en la Ley, no siendo posible realizar una interpretación extensiva o aleatoria de la norma jurídica para justificar un comportamiento administrativo fuera del regulado.

Una vez comunicado oficialmente el informe de auditoría sin determinarse la existencia de posibles responsabilidades, tanto este producto final como los papeles de trabajo que lo respaldan son de carácter público, salvo aquella información que por disposición legal esté protegida, siendo confidencial únicamente el documento o documentos que hagan referencia directa o indirecta a esa información.

Asimismo, es relevante acotar que, de acuerdo con el principio de legalidad³ que rige toda actuación del funcionario público, no existe, de parte del ordenamiento jurídico, una habilitación expresa para que la Auditoría Interna decrete por sí, la confidencialidad de la información que tiene bajo su dominio. En este sentido, se aclara que la Ley define qué datos tienen ese carácter, otorgándoseles por dicha vía, a los funcionarios de la Auditoría Interna el deber de resguardar tal condición y limitar el acceso de terceros no autorizados.

El artículo 32, inciso f) de la Ley General de Control Interno señala dentro de los deberes del auditor interno, el subauditor interno y los demás funcionarios de la auditoría interna, guardar la confidencialidad del caso sobre la información a la que tengan acceso. Además, el inciso e) de ese artículo les establece la prohibición de revelar información sobre las auditorías o los estudios especiales de auditoría en proceso y sobre aquello que determine una posible responsabilidad civil, administrativa o eventualmente penal de los

² Es criterio reiterado por parte del Órgano Contralor que la garantía que desarrolla la normativa obliga a la Administración Activa y a la Auditoría Interna, a respetar la confidencialidad de los denunciantes, denunciados o indagados, la información, documentación y otras evidencias que sustentan las investigaciones en ejercicio y hasta que concluya debidamente el proceso administrativo.

³ Expuesto Constitucionalmente en su artículo 11 y replicado a partir del artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública N.º 6227.

DFOE-IFR-0003

5

06 de enero, 2020

funcionarios de los entes y órganos sujetos a esa Ley.

Ahora bien, es notorio que la confidencialidad de los productos que emite la Auditoría Interna es una condición excepcional y limitada legalmente. Es la propia norma la que determina qué actuaciones y productos de la Auditoría Interna mantienen esa condición. La norma no habilita al Auditor Interno a decretar la confidencialidad de sus productos, sino que le otorga un deber de resguardo de tal condición, cuando éste detecte que se cumplen los parámetros descritos en la norma legal.

El deber de resguardo de la confidencialidad que tiene todo funcionario de Auditoría Interna⁴ se extiende también a otro tipo de datos que, desde el ámbito constitucional⁵ o legal⁶ sean determinados.

En estos casos, cuando en el ejercicio de sus funciones, la Auditoría Interna accede a información confidencial debe mantenerla así ante terceros no autorizados, siguiendo los postulados de los artículos 32 f) y 33 de la Ley General de Control Interno.

Del mismo modo, conforme con el artículo 35 de la citada Ley, al comunicar oficialmente al jerarca o a los titulares subordinados de la administración activa los hallazgos, las conclusiones y recomendaciones, mediante la emisión de informes de auditoría, debe garantizar el resguardo de dicha información y advertirles el mantener dicha información fuera del conocimiento general.

Si las derivaciones efectuadas por la Auditoría Interna exponen directa o indirectamente los datos confidenciales, es pertinente advertir o recomendar a la propia Administración activa dicha circunstancia para que se mantenga el deber de resguardo ante el acceso de terceros no legitimados.

A partir de la debida comunicación de los resultados a la Administración Activa, le corresponde a esta el deber de resguardar formalmente la información confidencial, debiendo para ello efectuar no solo las actuaciones materiales necesarias, sino mediante un acto administrativo fundamentado, justificar jurídicamente las razones de la restricción excepcional al acceso general a este tipo de información.

⁴ Al respecto las Normas Generales de Auditoría para el Sector Público dictada mediante resolución R-DC-64-2014 del Despacho Contralor a las quince horas del once de agosto de 2014 señala en la norma 103. "Durante la ejecución de la auditoría los papeles de trabajo son de acceso restringido, por lo que el personal que participa en el proceso de auditoría en el sector público debe mantener reserva y la discreción debidas respecto de la información obtenida durante el proceso de auditoría, y no deberá revelarla a terceros, salvo para los efectos de cumplir con requerimientos de las instancias públicas autorizadas legalmente"

⁵ El artículo 24 Constitucional garantiza a toda persona el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

⁶ Por ejemplo datos protegidos por la Ley N.º 8968 Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, o aquellos tutelados por la Ley de Información No divulgada N.º 7975, así como los datos establecidos en el artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de Entidades públicas del Sector Telecomunicaciones N.º 8660.

DFOE-IFR-0003

6

06 de enero, 2020

ACCESO Y MANEJO DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL DE ENTIDADES EN COMPETENCIA DENTRO DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES POR PARTE DE LAS AUDITORÍAS INTERNAS

La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones N.º 8660 establece, en el párrafo primero del artículo 35, que la información que obtenga el ICE y sus empresas de sus usuarios y clientes es de carácter confidencial, pudiendo únicamente ser utilizada para fines del negocio. Bajo este precepto, las entidades que conforman el Grupo ICE tienen el deber de restringir dichos datos del conocimiento de terceros no legitimados en la misma norma.

El párrafo segundo del artículo de cita otorga la potestad al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y sus empresas para calificar parte de la información relacionada con sus actividades como “secreto industrial, comercial o económico”, cuando por motivos estratégicos, comerciales y de competencia no es conveniente su divulgación a terceros. Al ser esta potestad, otorgada legalmente, una excepción al derecho de acceso a la información de interés general, esta debe ser interpretada de manera restringida, con el fin de conducir su ejecución conforme al propio ordenamiento jurídico.

Justamente, debe considerarse que tal atribución se enmarca precisamente en brindar a las entidades públicas que participan en el sector Telecomunicaciones elementos para competir en un mercado abierto, que comprende el uso y la explotación de las redes y la prestación de dichos servicios, mercado que surge a partir de la publicación de la Ley General de Telecomunicaciones N.º 8642, el 30 de junio de 2008.

Bajo este contexto, la Sala Constitucional⁷ ha interpretado que la información que puede ser declarada como confidencial por parte del ente habilitado es únicamente aquella relativa a los segmentos de actividad o función que han sido abiertos al libre mercado, “verbigracia la telefonía móvil o celular, y los servicios que por medio de dicha tecnología se brindan, de modo que resulta jurídicamente improcedente extender la confidencialidad de la información a otros sectores de su actividad, que no están plenamente abiertos al mercado.”

De tal manera, a partir de la delimitación realizada por la Sala Constitucional, únicamente se justifica la protección de la información del ICE y sus empresas ante terceros, cuando sea emitida por parte del Jerarca una razonada declaratoria de confidencialidad, sustentada en los parámetros legalmente establecidos, no siendo posible legalmente extender dicha tutela a otros sectores de su actividad ordinaria.

Ahora bien, el resguardo de la confidencialidad decretada no puede ser interpuesta contra la Auditoría Interna, órgano de control al que se le garantiza mediante el artículo

⁷ Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Voto 9455-2011 de las ocho horas cuarenta y tres minutos del 22 de julio de 2011. Voto 6123-2011 de las nueve horas quince minutos del 13 de mayo de 2011, Voto 11871-2012 de las dieciséis hora un minuto del 28 de agosto de 2012. Voto N.º 11526-2013 dictado a las diez horas cinco minutos del 30 de agosto de 2013. Voto N.º 6552-2014 dictado a las nueve horas del 16 de mayo de 2014.

DFOE-IFR-0003

7

06 de enero, 2020

33, inciso a), de la Ley N.º 8292, el libre acceso, en cualquier momento a todo tipo de datos de la institución auditada. Bajo este supuesto, siguiendo lo establecido en los artículos 32 inciso f) y 34 inciso e), al funcionario de Auditoría Interna que acceda a este tipo de información se le impone el deber de resguardar dicha condición frente a terceros no autorizados legalmente.

Tal y como se trató en el punto anterior, ese deber supone resguardar debidamente la información confidencial accedida y advertir tal condición al comunicar el producto de auditoría a la Administración activa.

En cuanto a las derivaciones que pueda realizar la Auditoría Interna a partir del análisis de dicha información, debe tenerse presente inicialmente la naturaleza pública de tal acción, sin embargo, si en tales derivaciones se expone de manera directa o indirecta información confidencial, debe prevalecer el deber de resguardo y no desnaturalizar el objetivo legal de la aplicación de tal excepción al principio de publicidad.

De acuerdo con la exposición directa o indirecta de los datos confidenciales en los hallazgos, conclusiones y recomendaciones comunicados mediante el informe de auditoría, el Jerarca puede considerar mediante acto administrativo debidamente sustentado técnica y jurídicamente, el resguardar del conocimiento general dicho documento, con base en la trascendencia de datos confidenciales que por motivos estratégicos, comerciales y de competencia no resulte conveniente su divulgación.

CONCLUSIONES

1. La información relacionada con el ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información relacionada con hechos y conductas de los funcionarios públicos es de interés general.
2. La confidencialidad o la reserva administrativa de dicha información debe ser considerada una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas legalmente, cuando por su medio se tutelan valores y bienes jurídicamente relevantes.
3. El artículo 6 de la Ley General de Control Interno y el artículo 8 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establecen los criterios para identificar qué información debe ser tramitada por la Auditoría Interna como confidencial.
4. Si en el ejercicio de sus funciones, la Auditoría Interna accede a información confidencial, le aplica el deber de resguardo del acceso ante terceros no autorizados.
5. El Auditor Interno no tiene norma legal habilitante que le autorice a declarar sus productos como confidenciales, únicamente tiene el deber legal de resguardar la información que previamente, y con base en el orden jurídico, ha sido considerada confidencial.
6. Si un informe de auditoría evidencia de manera directa o indirecta información confidencial, el Auditor debe advertir tal circunstancia a la

DFOE-IFR-0003

8

06 de enero, 2020

Administración activa, la cual debe así mantenerla para cumplir el objetivo del tratamiento excepcional descrito en la norma habilitante.

7. El Jerarca institucional de las entidades habilitadas para ello, tiene la facultad de declarar confidencial parte de su información mediante acto formal, fundamentado jurídica y técnicamente, de acuerdo con los parámetros y objetivos pretendidos en la Ley habilitante.
8. En el pleno ejercicio de sus potestades y competencias, la Auditoría Interna mantiene el acceso irrestricto a la información de la Administración auditada, a pesar que tales datos hayan sido calificados por esa misma Administración como de carácter confidencial.
9. El Jerarca ante la advertencia que efectúa el Auditor Interno, con respecto a que un proceso de auditoría mantiene información confidencial y el propio informe evidencia directa o indirectamente dichos datos, debe resguardar la confidencialidad de la información frente a terceros no legitimados, con base en la trascendencia de datos confidenciales que por motivos estratégicos, comerciales y de competencia no resulte conveniente su divulgación.

De esta forma y sin otro particular, se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Gino Ramírez Solís
GERENTE DE ÁREA A.I.



José Francisco Monge Fonseca
FISCALIZADOR

lms
NI: 33167-2019
G: 2019004598
P: 1