

## R-DFOE-AE-0002

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA, ÁREA DE FISCALIZACIÓN DE SERVICIOS AMBIENTALES Y DE ENERGÍA. San José, a las ocho horas del nueve de febrero de 2021.

**Se conoce el recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad concomitante contra el Informe de la Auditoría de carácter especial acerca de la prevención de riesgos asociados a los procesos de la CNE para la atención de la emergencia ocasionada por el COVID-19, n.º DFOE-AE-IF-00011-2020, interpuesto por Alexander Solís Delgado, en su condición de Presidente de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias (CNE).** -----

### RESULTANDO

1. Que el Área de Fiscalización de Servicios Ambientales y de Energía de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, emitió el 17 de diciembre de 2020, el informe n.º DFOE-AE-IF-00011-2020 producto de la Auditoría de carácter especial acerca de la prevención de riesgos asociados a los procesos de la CNE para la atención de la emergencia ocasionada por el COVID-19.-----
2. Que los resultados del Informe anteriormente citado fueron comunicados al Presidente de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias (CNE), así como a la Directora Ejecutiva y a la Auditora Interna, el 17 de diciembre de 2020, según consta en el expediente electrónico de esta auditoría que se ubica en el Sistema de Gestión Documental (SIGED) de la Contraloría General de la República.-----
3. Que mediante oficio CNE-PRE-UAL-OF-0215-2020 del 22 de diciembre de 2020 remitido el mismo día vía correo electrónico, el señor Alexander Solís Delgado, Presidente de la Junta Directiva de la CNE, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad concomitante contra el informe DFOE-AE-IF-00011-2020, por encontrarse inconforme con sus términos. En resumen se argumenta lo siguiente: 1) que los resultados de la auditoría se ven afectados al solicitar la Contraloría General información sin haber finalizado las etapas de la emergencia que establece el artículo 30 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, ley n.º 8488. 2) que la auditoría violenta las normas constitucionales y legales que establecen un régimen de excepción en situaciones de emergencia al realizar la fiscalización durante la emergencia y no una vez terminada la atención de la misma, según lo establece el artículo 31 de la ley n.º 8488 por lo que el informe deviene en nulo, 3) que las observaciones sobre las contrataciones se realizaron con base en el reglamento de contrataciones anterior y no con el nuevo reglamento aprobado en setiembre de 2020, 4) que no hubo análisis por parte del Órgano Contralor del nuevo Reglamento para las Contrataciones por el Régimen de Excepción y Funcionamiento de la Proveeduría de la CNE - publicado en la Gaceta el 2 de octubre de 2020-, 5) que la conformación de los expedientes de contratación efectuada en el marco de la emergencia COVID-19 no se encuentran completos por estar

DFOE-AE-0079

2

9 de febrero, 2021

todavía en ejecución dichas contrataciones, 6) que el informe es omiso en indicar cuales son los criterios técnicos, operativos o financieros para realizar las proyecciones financieras solicitadas y 7) que durante la emergencia se han realizado cambios sustanciales en el sitio web por lo que se reitera que los controles de fiscalización deben ser a posteriori. -----

4. Que el recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad concomitante pretende que se declare la nulidad absoluta, se proceda a revocar en todos sus extremos el informe DFOE-AE-IF-00011-2020 del 17 de diciembre de 2020 y se suspendan los efectos del acto mientras se tramita la resolución definitiva de este recurso-----.

### CONSIDERANDO

**I. Sobre la Admisibilidad.** De conformidad con lo establecido en el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública, ley n.º 6227 del 2 de mayo de 1978, y el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley n.º 7428 del 7 de setiembre de 1994, se dará por notificado al día siguiente hábil de la transmisión y el acto de impugnación deberá presentarse tres días hábiles después de su notificación.

Por su parte, con base en la Ley de Notificaciones Judiciales, ley n.º 8667 del 4 de diciembre del 2008, artículo 38, todo plazo empieza a correr a partir del día siguiente hábil de la notificación de todas las partes.

En función de lo anterior, el Informe DFOE-AE-IF-00011-2020 se notificó al señor Alexander Solís Delgado, Presidente de la Junta Directiva de la CNE el día 17 de diciembre de 2020 mediante oficio 20149 (DFOE-AE-0463), y el presente recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante se interpuso el 22 de diciembre del 2020, todo dentro de los plazos anteriormente señalados a pesar del receso institucional del Órgano Contralor entre el 19 de diciembre de 2020 y el 3 de enero de 2021; por lo cual, se da por admitido el recurso de revocatoria y apelación en subsidio e incidente de nulidad concomitante, y se procede a analizar por el fondo.

**II. Sobre el fondo.** La Contraloría General de la República una vez analizados los argumentos expuestos en el recurso, se referirá a los aspectos impugnados, en el mismo orden en que fueron planteados en el recurso de revocatoria y apelación en subsidio. En el recurso se solicita la declaratoria total de nulidad del informe impugnado y también se realizan observaciones concretas a las disposiciones 4.4., 4.5, 4.6, 4.7 y 4.8 del informe de fiscalización DFOE-AE-IF-00011-2020.

1. Como argumento general se señala en el recurso que al realizar la Contraloría General de la República la fiscalización durante la emergencia provocada por el COVID-19 y no al momento de su finalización, o conforme vayan precluyendo las etapas contempladas en el artículo 30 de la Ley

DFOE-AE-0079

3

9 de febrero, 2021

Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, ley n.º 8488, se violentaron las normas constitucionales y legales sobre la atención de las emergencias.

Es importante indicar en primer término que el régimen de excepción que prevé la Constitución Política en su artículo 180 párrafo tercero, es una autorización expresa al Poder Ejecutivo para variar el destino de los créditos o partidas presupuestados o autorizar créditos adicionales en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública, es decir en situaciones excepcionales, entendiéndose éstas últimas como el estado de necesidad y urgencia debidamente decretadas por el Poder Ejecutivo. Con referencia a este enunciado la Sala Constitucional ha establecido que *“a partir de esta norma, se ha entendido que existe una autorización implícita para el Poder Ejecutivo de dictar decretos de emergencia, que le permiten ajustar la normatividad vigente a las condiciones excepcionales, como herramienta para combatir los efectos de la emergencia. Este último es el tema objeto de esta consulta. De todos modos, cualquier restricción que surja como consecuencia del ejercicio de estas potestades, debe ser absolutamente necesaria para lograr conjurar los peligros provocados por la situación excepcional, y deben prolongarse únicamente por el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su finalidad. (...)*” (resaltado propio, Voto 2005-08675 de las 9:56 del 1 de julio de 2005)

Si bien esta autorización en situaciones de emergencia permite un régimen de excepción para atender lo estrictamente relacionado con la emergencia, en ningún momento se deriva de la norma constitucional que la actuación de las instituciones públicas están exentas de la observancia de trámites o procedimientos mínimos, ni del cumplimiento de otras obligaciones.

Por su parte, el artículo 31 de la ley n.º 8488, establece el alcance de la declaratoria de emergencia al permitir un tratamiento de excepción ante la rigidez presupuestaria en virtud del artículo 180 constitucional anteriormente mencionado, relacionando dicha excepción en forma restrictiva única y específicamente a temas presupuestarios, a razón de rendir cuentas a posteriori sin indicar que el momento de realizar ésta rendición de cuentas será una vez terminada la emergencia o mucho menos terminadas las etapas establecidas en la ley. Recientemente la Procuraduría General de la República manifestó que el régimen de excepción es fundamentalmente financiero, presupuestario y contractual al referirse de la siguiente forma:

*“La emergencia permite variar el destino de las partidas presupuestarias en el tanto en que ese cambio sea necesario para atender la situación provocada por la emergencia. Así, como se excepcionan las reglas de contratación administrativa y de empleo público para enfrentar la emergencia. Estas excepciones son temporales y debe presentarse un nexo de causalidad entre la situación que configura la emergencia y los daños que se pretende solucionar a través de la modificación del presupuesto”.* Dictamen 358 del 7 de setiembre de 2020.

DFOE-AE-0079

4

9 de febrero, 2021

Como se puede observar la competencia del Poder Ejecutivo en su calidad de gestor de la administración pública se amplía para hacer frente a una necesidad urgente o imprevista, causada por una emergencia así decretada pero acotada a la posibilidad de modificar el presupuesto para la atención de la emergencia, lo cual comprende las regulaciones presupuestarias, así como de disposición y administración de los recursos públicos. Lo anterior no exime expresamente en ningún momento la posibilidad de que el Órgano Contralor en su calidad de órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superior según el artículo 183 constitucional y el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley n.º 7428 realice en cualquier momento sus labores fiscalizadoras.

A mayor abundamiento, en la opinión jurídica 070-J del 1 de octubre de 2012, la Procuraduría General de la República concluye que *“la flexibilización de las disposiciones jurídicas aplicables a la atención de la emergencia se muestra en los medios requeridos para esa atención y, en particular, en la regulación del financiamiento de las acciones para atender la emergencia. Por ende, el régimen de excepción comprende regulaciones presupuestarias y de disposición y administración de los recursos públicos.”* Observándose allí la delimitación de esas normas a la atención directa de la emergencia y al tema presupuestario, sin excluir la posibilidad de rendición de cuentas, transparencia, control externo y fiscalización sobre el uso de los fondos públicos.

El artículo 32 de la ley n.º 8488, como señala el recurrente, ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y establece que el régimen de excepción es comprensivo de la actividad administrativa siempre y cuando sea estrictamente necesario para resolver las imperiosas necesidades de las personas y proteger los bienes y servicios públicos, entendiendo que para cualquier medida que se tome debe existir un nexo de causalidad entre el suceso provocador del estado de emergencia y los daños provocados basado en un estado de necesidad y urgencia, de manera que el alcance de éste régimen de excepción no cobija o excluye los mandatos constitucionales y legales de la facultad de fiscalización que tiene el Órgano Contralor..

Según lo argumenta la CNE, la atipicidad de la emergencia declarada por la enfermedad Covid-19 no permite delimitar la temporalidad de cada una de las fases de la emergencia establecidas en el artículo 30 de la ley de emergencias. Ello supone la simultaneidad de las fases de respuesta, rehabilitación y reconstrucción en el marco de la emergencia Covid-19, lo cual ha obligado a que instrumentos para la atención de la emergencia como el plan de atención, el plan de emergencia, los planes de inversión, el manejo de donaciones, el plan de compras y sus respectivos reglamentos se realicen al mismo tiempo que se desarrolla la emergencia o el suceso de forma continuada, sin descuidar los controles internos y externos de su gestión.

DFOE-AE-0079

5

9 de febrero, 2021

En razón de lo anterior y ante la incertidumbre acerca del término de la emergencia o de la preclusión de cada fase, en tanto se involucren recursos de la Hacienda Pública, es potestad del Órgano Contralor fiscalizar con la finalidad de agregar valor público y coadyuvar en la mejora de los procesos y rendición de cuentas por parte de la Administración.

Por último, el artículo 51 también es claro en otorgar la facultad de fiscalización a la Contraloría General sobre la administración, uso y disposición de los recursos del Fondo Nacional de Emergencia; y en este sentido la actividad extraordinaria que desarrolla la CNE en el marco de la atención de la emergencia por el Covid-19 se efectúa con recursos de este Fondo. Así, suponer que la fiscalización es a posteriori entendiendo la CNE que a posteriori significa hasta que la emergencia termine, implica postergar en el tiempo la oportunidad de mejorar procesos, optimizar el uso de los fondos públicos o incluso disponer de insumos para la toma de decisiones; así como anular las funciones constitucionales y legales que ostenta el Órgano Contralor.

Al respecto, la Sala Constitucional manifestó en la resolución n.º 07077-2013 del 24 de mayo del 2013, para el caso de la Ruta 1856 que *“De igual manera, aunque se permite variar procedimientos, siempre existen elementos y principios básicos que deben ser respetados como, por ejemplo, los controles de legalidad necesarios, mantener la sana administración, escoger la mejor oferta, entre otros. Desde esta perspectiva, la declaratoria de emergencia en el caso concreto, no implica en modo alguno carencia de controles ni mucho menos que los recursos asignados, puedan ser utilizados para propósitos diferentes de los que fueron aprobados. No se trata entonces de una especie de cheque en blanco con el que cuenta la Administración porque siempre existen mecanismos para ejecutar los actos de emergencia y ejercer control sobre estos en las vías correspondientes (...).”*

Por su parte, los artículos 183 y 184 constitucionales le otorgan la potestad de absoluta independencia funcional y administrativa a la Contraloría General de la República —así reiterado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley n.º 7428—, para el desempeño de sus labores en la vigilancia de la Hacienda Pública, pudiendo así, como órgano de control y fiscalización superior, disponer facultativamente el momento para la realización de la fiscalización que le ordena la Constitución, aún y sin terminar la emergencia, con el fin último de vigilar el buen manejo de la Hacienda Pública. Facultad que no se puede desconocer conforme lo expresado por la Sala Constitucional en la resolución n.º 06611-2007:

*“ Así, es con fundamento en lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política que se le ha delegado la importante función de la fiscalización superior, jurídica y financiera del manejo de la hacienda pública; de manera que se trata de una competencia dada por mandato constitucional, por lo que se ha indicado que se trata de una competencia que el legislador no puede desconocer, rebajar, disminuir, suprimir o atribuírsela a otros órganos públicos, sino que está en la obligación de reconocer a fin de no quebrantar las normas y principios constitucionales que*

DFOE-AE-0079

6

9 de febrero, 2021

*rigen esta materia. (...) La labor de fiscalización de la hacienda pública faculta a la Contraloría a ejercer control en todos los ámbitos que le conciernen, esto es, en los procedimientos de la contratación administrativa, en el manejo de los presupuestos de las diversas entidades descentralizadas, y por supuesto, en la gestión financiera que los funcionarios públicos hacen de estos recursos (administración, custodia, conservación, manejo, gasto e inversión).” (el subrayado es nuestro)*

Al respecto es importante indicar que el concepto amplio de Hacienda Pública no solo incluye los fondos públicos (recursos, valores, bienes y derechos de propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos), sino también las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos, y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario y la contratación administrativa, el control interno y externo, y la responsabilidad de los funcionarios públicos. (arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley n.º 7428). En resumen, y así señalado por la Sala Constitucional, “*no puede perderse de vista la máxima de que, ahí donde van los fondos públicos va el control, en este caso, el que ejerce la Contraloría General de la República*”. (Resolución número 15786-2010 de la Sala Constitucional del 24 de setiembre del 2010)

En ese sentido y en el marco de la emergencia es importante garantizar la protección del patrimonio contra la pérdida, el uso indebido y las irregularidades, asegurar la eficiencia y eficacia de las operaciones, la oportunidad de la información y el cumplimiento de la normativa aplicable; lo cual, desde una perspectiva de control interno es una responsabilidad que recae en la Administración, pero que también se ve fortalecida mediante el ejercicio de la fiscalización posterior que ejerce la Contraloría General.

De esta manera, con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales, así como en aplicación de las Normas Generales de Auditoría para el Sector Público (NGASP) publicadas en La Gaceta n.º 184 del 25 de setiembre del 2014, el Órgano Contralor mediante resolución R-DFOE-GE-I-01-2020, emitió los Lineamientos Generales para la ejecución de auditorías con enfoque ágil en la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa (DFOE), con el fin de dar cumplimiento a la necesidad imperiosa de fiscalizar la continuidad de las operaciones de la Administración Pública, la gestión de riesgo en el contexto de emergencia y el uso de los recursos destinados a la prestación de bienes y servicios, bajo un enfoque de sostenibilidad financiera, que permita a su vez la generación de resultados de fiscalización más oportunos para promover mejoras en la gestión.

Al respecto, es preciso aclarar que la modalidad de auditoría ágil, aplicable a las auditorías operativas y de carácter especial —cuyo objetivo es examinar la gestión pública en materia de razonabilidad de la información financiera, grado de cumplimiento de objetivos y metas, manejo de los recursos con

DFOE-AE-0079

7

9 de febrero, 2021

economía, eficacia, eficiencia y transparencia, y cumplimiento del ordenamiento jurídico aplicable al objeto de examen— busca la mejora continua de la gestión pública y la entrega del mayor valor público posible, en un entorno dinámico.

De esta manera, contempla fases más expeditas de planificación, examen y comunicación de resultados, relacionados a cada tema analizado, desarrollados en miniciclos y generando productos intermedios con el propósito de que la Administración pueda efectuar los ajustes correspondientes en relación con las situaciones reportadas; y un informe de cierre al final del proceso de auditoría, que incluye un recuento de las situaciones encontradas, aquellas que fueron ajustadas por la Administración, y las que no; sobre estas últimas se giran disposiciones de acatamiento obligatorio de manera que se solventen las causas de las debilidades encontradas.

En línea con lo anterior, la Contraloría General realiza una auditoría con visión integral orientada a contribuir, mediante el análisis del cumplimiento razonable de la CNE del ordenamiento jurídico, así como de los principios de estado emergencia y otros principios generales de la administración pública y de contratación administrativa, en procura de la protección y el control eficiente de la Hacienda Pública.

Sobre la labor de control, en la Revista de Derecho de la Hacienda Pública, volumen I del 2013, el Órgano Contralor ha citado al tratadista argentino Roberto Dromi quien manifestó: *“Esta función de control a cargo de la Auditoría puede efectuarse en cualquier momento del acto que se trate, atendiendo la amplitud de la expresión utilizada por el texto constitucional al señalar que abarca “toda la actividad de la Administración”, “cualquiera fuera su modalidad de organización”. De ahí que, dada la variedad de situaciones y en orden a la eficacia del control, este puede requerirse en forma anterior, concomitante, simultánea o posterior. (...) La actividad de control de la Auditoría es abarcativa de toda la Administración Pública centralizada y descentralizada, (...) la Administración centralizada del Poder Ejecutivo; la descentralizada, las entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades anónimas y mixtas, donde el Estado tenga participación significativa e incluso donde existan fondos públicos derivados aún bajo forma de subsidio.”*<sup>1</sup>

También resulta relevante invocar el artículo 176 constitucional que establece el mandato de conducir la gestión pública en forma sostenible, transparente y responsable en procura de la continuidad de los servicios que se presta.

Por todo lo expuesto, se rechaza el argumento general de la Administración sobre este particular en cuanto que la CGR no puede fiscalizar durante la emergencia y se reitera que precisamente en atención a lo indicado por la CNE de que la emergencia causada por el Covid-19 es atípica,

<sup>1</sup> Dromi, Roberto. Derecho Administrativo (Buenos Aires, Argentina, 1997). 755-756.

DFOE-AE-0079

8

9 de febrero, 2021

continuada en el tiempo respecto de sus diferentes fases, lo cual ha implicado una vasta erogación de recursos económicos, humanos y financieros, es que la Contraloría ejerce su facultad y mandato de auditar en forma ágil y oportuna en diferentes momentos sobre diversos temas de la emergencia.

2. Sobre las disposiciones 4.4 y 4.5 se argumenta en el recurso que las observaciones emitidas al reglamento de contrataciones fue del reglamento anterior y no del que se encuentra actualmente vigente aprobado en Junta Directiva del 23 de setiembre del 2020 y publicado en la Gaceta del 2 de octubre de 2020. Indica el recurrente que esta recomendación debe eliminarse hasta que la Contraloría realice un análisis detallado de la nueva normativa.

Al respecto, se le indica a la Administración que las disposiciones recurridas se vinculan con los párrafos 2.1. al 2.27 del informe y en ellos se hace una exposición de las debilidades encontradas con respecto a las contrataciones tramitadas al amparo del Reglamento para las Contrataciones por el Régimen de Excepción y Funcionamiento de la Proveeduría Institucional del 2014 o del Procedimiento de Adquisición de bienes o servicios por extrema urgencia 2016. Por otro lado, se aclara que el Órgano Contralor sí analizó el Reglamento para las Contrataciones por el Régimen de Excepción y Funcionamiento de la Proveeduría Institucional de la CNE, publicado el pasado 2 de octubre de 2020, reiterando que las revisiones en el transcurso de la auditoría se hicieron con base en la normativa vigente al momento de las contrataciones.

Es así como en los párrafos 2.23, 2.24 y 2.25 del informe se indica, entre las causas de las debilidades, la falta de definición de los responsables de acreditar el cumplimiento de cada uno de los requisitos de las contrataciones, la especificación de los documentos necesarios para acreditar el nexo de causalidad tanto en la justificación como en la verificación de la entrega de los bienes y servicios, así como controles que permitan asegurar la completitud de la información que respalda las actuaciones de la CNE en el proceso de contratación.

De esta forma, el Órgano Contralor consideró oportuno disponer la reforma del Reglamento para las Contrataciones por el Régimen de Excepción y Funcionamiento de la Proveeduría Institucional de la CNE del 2020, a fin de atender las debilidades evidenciadas y contribuir con la tramitación de las compras públicas que efectúa la CNE, procurando la transparencia en el uso de los recursos públicos y la trazabilidad de la información.

No obstante lo anterior, analizados los argumentos del recurrente en relación con las disposiciones previstas en los párrafos 4.4 y 4.5 se observa que la inconformidad planteada no versa sobre las debilidades señaladas en el hallazgo sino sobre la procedencia de reformar el Reglamento de contrataciones recientemente emitido; al respecto la CNE tampoco presenta una propuesta para solventar lo observado en el informe. Por ello, la Contraloría General considera que las debilidades pueden ser atendidas mediante un procedimiento más operativo que a nivel interno le permita a la

DFOE-AE-0079

9

9 de febrero, 2021

CNE establecer la trazabilidad y puntos de control sobre el cumplimiento de la normativa. En atención a la potestad de revisión de sus propios actos, el Órgano Contralor deja sin efecto la disposición del párrafo 4.4 y reformula la redacción del párrafo de la disposición 4.5 a efecto de que la CNE analice y defina el esquema de contratación aplicable, e implemente los mecanismos que aseguren su cumplimiento, a efecto de solventar las causas de las debilidades detectadas en la auditoría.

Finalmente, se aclara que la pretensión por parte de la Contraloría General, no es equiparar los procedimientos de contratación administrativa de la CNE, emitidos para atender emergencias declaradas, a los procedimientos ordinarios contenidos en la Ley de Contratación Administrativa, ley n.º 7494, sino coadyuvar en la tramitación de los procedimientos existentes en atención a los principios constitucionales de contratación administrativa y al fortalecimiento del control interno institucional.

En razón de lo anterior, se reformula la redacción del párrafo 4.5 del informe n.º DFOE-AE-IF-00011-2020, a efecto de que la disposición dirigida la Directora Ejecutiva de la Comisión Nacional de Emergencias, se lea de la siguiente manera:

**4.5** Analizar los diferentes procedimientos que conforman el esquema de contratación de bienes y servicios del régimen especial de excepción por emergencia utilizados por la CNE, con el fin de que se determine si el esquema y los controles previstos responden a los principios de oportunidad, razonabilidad y proporcionalidad. Establecer e implementar, para cualquier esquema que se determine, los mecanismos que aseguren su cumplimiento y solventen las debilidades señaladas en los párrafos 2.1 al 2.27. Remitir a la Contraloría General una certificación en la que conste el resultado del análisis, el esquema de contratación y los mecanismos de cumplimiento establecidos, a más tardar el 30 de julio de 2021; así como un informe del avance de la implementación de los mecanismos de cumplimiento, a más tardar el 30 de setiembre de 2021.

**3.** En atención a la Disposición 4.6 alega el recurrente que la conformación de los expedientes de contratación efectuada en el marco de la emergencia COVID-19 no se encuentran completos, debido a que algunas contrataciones todavía están en ejecución, por lo que no es posible tener completos todos los expedientes administrativos, cuando hay fases de las contrataciones que no han concluido.

Con respecto a la disposición contenida en el párrafo 4.6, la CNE no externa disconformidad con respecto a su cumplimiento, expresa que los expedientes de las contrataciones administrativas que han tramitado para atender la Emergencia COVID-19 no están del todo completos debido a que la emergencia no ha finalizado. En ese sentido, es importante aclarar que el Órgano Contralor, a través de la emisión de la disposición de marras, no pretende más que coadyuvar con la Administración para

DFOE-AE-0079

10

9 de febrero, 2021

mantener los expedientes de las contrataciones actualizados según la etapa de tramitación en que se encuentren, de modo tal que se atienda la acreditación de los actos procedimentales que establece la normativa interna de contratación bajo el régimen especial de excepción de la CNE.

4. Se alega que el informe y la disposición del párrafo 4.7 es omiso en indicar cuales son los criterios técnicos, operativos o financieros para realizar las proyecciones financieras solicitadas, plantea una supuesta falta pero no indica cuál sería la forma correcta de planificar los efectos financieros de un evento indeterminado, que puede o no puede ocurrir y que puede o no ser de carácter complejo. Además, se señala una carencia de fundamentación que invalida la recomendación (sic) y que solo demuestra una intención de señalar una falta inexistente o de pretender someter las emergencias nacionales a los rigores del procedimiento presupuestario ordinario.

En primer término, se aclara que la disposición del párrafo 4.7 relacionada con los párrafos 2.28 al 2.41 del informe, reviste particular relevancia en el contexto de la actual emergencia, al considerar su complejidad, los cambios en el entorno y la situación fiscal del país. Ello, en tanto pretende que la Administración solvente la ausencia de análisis prospectivos de ingresos y gastos para la gestión del Fondo Nacional de Emergencias, situación que actualmente restringe la posibilidad de establecer medidas para su sostenibilidad financiera, priorizar necesidades y gestionar los aportes necesarios; todo lo cual es contrario a lo establecido en los artículos 3, 19, 20 y 47 de la Ley n.º 8488 y artículo 180 de la Constitución Política.

En este sentido, procede indicar que tanto en el reporte n.º AUD-283 #ReporteCGR2 del 28 de octubre de 2020, como en el informe DFOE-AE-IF-11-2020 recurrido, la Contraloría General señaló a la CNE que los análisis prospectivos deben considerar todas las variables necesarias desde la perspectiva de los ingresos y gastos, así como otras que resulten determinantes para construir análisis integrales, como por ejemplo los elementos de riesgo o determinantes de cambio. Asimismo que no solo se debe incluir una evaluación de la línea base, sino también escenarios pesimistas que comprendan los retrasos en el financiamiento y las interrupciones en la recaudación de ingresos, con el fin de analizar sus efectos potenciales y buscar alternativas para la sostenibilidad financiera; todo ello con base en buenas prácticas internacionales señaladas por el Fondo Monetario Internacional.

También, en dichos documentos se hizo referencia a situaciones de riesgo o determinantes de cambio que dan mérito a la necesidad de contar con las proyecciones financieras para el Fondo, tales como los cambios normativos que han afectado la recepción de recursos, la perspectiva de disminución de los superávits de instituciones públicas que lo nutren y la tendencia a la baja de sus recursos libres. Así también, se hizo referencia a potenciales factores emergentes que pueden incidir en el aumento de las erogaciones y que por consiguiente generan presión sobre los recursos del Fondo.

**DFOE-AE-0079**

11

9 de febrero, 2021

En vista de lo anterior, extraña a la Contraloría General que la CNE argumente ausencia de fundamento en la disposición, y que desconozca el beneficio que conlleva efectuar proyecciones financieras para la sana administración de los recursos del Fondo y el cabal cumplimiento de las obligaciones que al respecto establece la ley n.º 8488.

De esta forma, el desarrollo del modelo de proyecciones financieras solicitado tiene la finalidad de ser un instrumento de gestión de los recursos del FNE, y tal como se indica en la disposición del párrafo 4.7 debe partir de los supuestos y las fuentes de información disponibles en la Comisión. Por tanto, corresponde a la Administración definir los criterios y estructura del instrumento que le permita realizar las proyecciones financieras solicitadas y no puede la CNE esperar que la Contraloría General le sustituya en la toma de decisiones sobre este particular.

Así también, se aclara que el informe recurrido no refiere a la supuesta intención de someter los recursos del Fondo Nacional de Emergencias al esquema presupuestario ordinario, del cual se encuentra excluido por disposición de la ley n.º 8488.

Por lo anterior, se rechaza el presente alegato en tanto el modelo solicitado es una herramienta para la gestión de los recursos del FNE, correspondiendo a la Administración la definición de los criterios técnicos, operativos y financieros así como la elección del modelo financiero para la toma de decisiones con el fin de dar cumplimiento a la disposición del párrafo 4.7.

**5.** Por último, en cuanto a la Disposición 4.8 el recurrente indica que durante la emergencia se han realizado cambios sustanciales en el sitio web por lo que se reitera que los controles de fiscalización deben ser a posteriori. Pero que de igual manera se puede observar los cambios sustanciales en el sitio web según los compromisos de mejora en la transparencia de la información asumidos en la Plataforma MapaInversiones auspiciada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Al respecto es importante indicar en primer lugar que el análisis efectuado por la Contraloría tuvo como base lo publicado en la página web oficial de la CNE en la sección Nuestro quehacer en la pandemia. Con respecto a la Plataforma MapaInversiones auspiciada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la CNE señala que se comprometió a mejorar la transparencia de la información en la atención de la emergencia generada por el COVID-19, sin embargo no fue posible encontrar un vínculo en la página web de la Comisión que redirigiera directamente a esta plataforma y en todo caso esta información tampoco fue aportada durante la auditoría con el fin de que fuese considerada.

La disposición tiene como finalidad solventar la falta de criterios para definir la información relevante a publicar en el marco de la emergencia, por lo que busca propiciar el establecimiento e implementación por parte de la Comisión de esos criterios para garantizar la transparencia de su gestión. En ese sentido, los artículos 30 y 176 de la Constitución Política señalan que la gestión pública debe

DFOE-AE-0079

12

9 de febrero, 2021

conducirse de forma sostenible, transparente y responsable, y procurar la correcta fiscalización de la actividad estatal por parte de los ciudadanos.

Poner a disposición de la población y partes interesadas información completa, es esencial para la articulación de los órganos, estructuras, métodos, procedimientos y recursos de diferentes instancias públicas y privadas involucradas en la atención de la emergencia, así como para hacer confluir hacia un mismo fin las acciones de forma concertada y sistémica, de conformidad con el artículo 30 antes mencionado, de la Constitución Política de la República de Costa Rica, y los principios establecidos en el artículo 3 de la ley n.º 8488.

En ese sentido, con el fin de asegurar a las personas el efectivo ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública, los Decretos Ejecutivos n.º 40199-MP y n.º 40200-MP-MEIC-MC tienen por objeto poner a disposición de la población datos de carácter público como datos abiertos con el propósito de facilitar su acceso, uso, reutilización y redistribución, así como fortalecer la cultura de transparencia, acceso a la información, rendición de cuentas y participación.

Con base en estos reglamentos la información en forma oportuna, completa, precisa y exhaustiva debe ser fácilmente visible y gratuita en el sitio web oficial de las instituciones, con el fin de ser utilizada en la toma de decisiones incluyendo los datos de las etapas de los procesos de contratación administrativa de la institución, subsidios, becas, donaciones, exoneraciones o cualquier otra transferencia o beneficio a los particulares.

En relación con lo antes expuesto, conviene considerar que las competencias de la CNE se enfocan en gran parte en el manejo de las emergencias, siendo la información que genera en esta actividad de interés público y sujeta a fiscalización. Al respecto, la Organización Panamericana de la Salud (2009) señala que la información es el producto más valioso durante emergencias o desastres para tomar decisiones. Es el elemento principal en el proceso de evaluación de daños y necesidades y es la base para la coordinación y la toma de decisiones en situaciones de emergencia. Tiene un poderoso impacto sobre cómo se movilizan los recursos nacionales e internacionales, y es esencial para el análisis posterior a la acción, la evaluación y las lecciones aprendidas.<sup>2</sup>

Por lo antes expuesto, se rechaza los argumentos de la Administración y se mantiene la redacción de la disposición 4.8.

---

<sup>2</sup> Information management and communication in emergencies and disasters, Pan American Health Organization, Washington, D.C. (2009). Tomado de:  
[https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/753BA3EC98D0AE21852576A40078B90C-PAHO\\_CommGuide\\_ResponseTeams\\_dec09.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/753BA3EC98D0AE21852576A40078B90C-PAHO_CommGuide_ResponseTeams_dec09.pdf)

DFOE-AE-0079

13

9 de febrero, 2021

### III. Conclusión

La Contraloría General de la República desarrolló la auditoría para determinar el nivel de cumplimiento de mecanismos de prevención de riesgos en los procesos ejecutados por la CNE para la atención de la emergencia ocasionada por el Covid-19.

En ese sentido, los resultados que se exponen en el informe tienen el particular interés de señalar las oportunidades de mejora que presenta la CNE, en forma ágil y oportuna durante el manejo de la emergencia, en aras del mejor uso de los recursos públicos, transparencia y rendición de cuentas.

Bajo este contexto, una vez realizadas las valoraciones correspondientes de los argumentos presentados dentro del recurso interpuesto, el Área de Fiscalización de Servicios Ambientales y de Energía de la Contraloría General no observó vicios en el desarrollo de la auditoría ni en el informe DFOE-AE-IF-00011-2020 que amerite declarar la nulidad de todo el informe. Asimismo, los argumentos presentados por la Administración no justifican la revocatoria parcial o total del citado informe. No obstante, en atención a la potestad de revisión de sus propios actos, el Órgano Contralor deja sin efecto la disposición del párrafo 4.4 y reformula la redacción del párrafo de la disposición 4.5 a efecto de que la CNE analice y defina el esquema de contratación aplicable al régimen especial de excepción por emergencia y establezca los mecanismos que aseguren su cumplimiento.

Además procede aclarar, que las disposiciones giradas por la Contraloría General de la República a los sujetos pasivos que fiscaliza son de acatamiento obligatorio, según lo establece el artículo 12 de su Ley Orgánica. Lo anterior, aún y cuando contra el citado informe se haya presentado recurso de revocatoria con apelación en subsidio; toda vez que, de conformidad con el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, consagrado en el artículo 146, párrafo primero, de la Ley General de la Administración Pública N° 6227: "...la Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar". Es decir, que los actos administrativos producen sus efectos contra los administrados, aún y cuando éstos se opongan a que dicho acto sea ejecutado. Ese privilegio conferido a la Administración por parte del ordenamiento jurídico, se justifica en razón de los intereses públicos involucrados en su accionar (en este caso, la Hacienda Pública). De allí, que no se acepta ningún extremo de la petitoria planteada.

DFOE-AE-0079

14

9 de febrero, 2021

**POR TANTO**

Con fundamento en lo expuesto y con sustento en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, 2, 4, 21 y 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley n.º 7428 del 7 de setiembre de 1994 y 261 de la Ley General de la Administración Pública, n.º 6227 del 2 de mayo de 1978, se resuelve: **I.** DECLARAR SIN LUGAR el recurso de revocatoria interpuesto contra el informe de fiscalización n.º DFOE-AE-IF-00011-2020 del 17 de diciembre de 2020, “Auditoría de carácter especial acerca de la prevención de riesgos asociados a los procesos de la CNE para la atención de la emergencia ocasionada por el COVID-19”, emitido por el Área de Fiscalización de Servicios Ambientales y de Energía de la Contraloría General de la República, el cual se mantiene en todos sus extremos. **II.** Rechazar el incidente de nulidad concomitante en razón de que tanto lo señalado en el Informe como lo desarrollado en la presente resolución, sustentan jurídicamente lo indicado por el Órgano Contralor. **III.** Dejar sin efecto la disposición del párrafo 4.4 y reformular la redacción del párrafo de la disposición 4.5. **IV.** Rechazar la solicitud de suspender los efectos del acto recurrido. **V.** Emplazar al recurrente para que se apersona, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la presente resolución, ante el Despacho de la Contralora General de la República para lo que corresponda según la ley. **VI.** Remitir el expediente administrativo a ese Despacho, a efectos de que proceda con el conocimiento del asunto. NOTIFÍQUESE-----

Atentamente,

Licda. Carolina Retana Valverde  
**GERENTE DE ÁREA**María Virginia Cajiao Jiménez, M.Sc  
**ABOGADA FISCALIZADORA**

CRV/MVCJ/mcmd

**Ce:** Despacho Contralora, CGR**G:** 20200000732-4**NN:** 1917**NI:** 102