

Al contestar refiérase
al oficio N° **9463**

28 de junio de 2021
DJ-0883-2021

Señora
Ericka Maria Alvarez Ramirez
Presidenta Junta Directiva
CONAPDIS
palfaro@conapdis.go.cr
srojas@conapdis.go.cr

Asunto: *Solicitud de criterio sobre alcances de confidencialidad de las investigaciones de las Auditorías Internas.*

Estimada señora:

Nos referimos a su oficio JD-48-2020 de fecha 17 de mayo de 2021, mediante el cual solicita criterio jurídico con relación a los alcances de la confidencialidad de las investigaciones de las Auditorías Internas frente a la potestad disciplinaria y obligación de recuperación de daños y perjuicios por parte de la Administración Pública.

I. OBJETO DE LA CONSULTA

La presidenta de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad -en adelante CONAPDIS-, consulta lo siguiente:

1. En caso que el máximo jerarca de una institución, en este caso la Junta Directiva del CONAPDIS, solicite una investigación de la Auditoría Interna y esta determine la posible comisión de acciones u omisiones potencialmente acreedoras de sanción disciplinaria y generadoras de daños y perjuicios, por ello ¿es correcto afirmar que la Administración y/o el máximo jerarca solicitantes pueden acceder a los informes de la Auditoría para así determinar si procede o no la apertura de un procedimiento administrativo?
2. Tomando en cuenta que la Junta Directiva del CONAPDIS al ser parte del sistema de control interno, está llamada a tomar todas aquellas acciones necesarias para la protección y uso eficiente de los fondos públicos, y que por ello requiere del

insumo de los informes de la Auditoría Interna, ¿es incorrecto calificarla como un tercero al cual se le puede negar el acceso a las results de la investigación?

3. ¿Puede afirmarse que el deber de confidencialidad no puede obstaculizar el ejercicio de potestades disciplinarias y recuperación de daños y perjuicios e impedir que la institución pueda proceder a la apertura de un procedimiento administrativo para determinar la verdad real manteniendo por supuesto la confidencialidad del expediente según el artículo 272 de la Ley General de la Administración Pública?
4. ¿Qué camino debe tomar la Administración en caso de que no pueda recuperar los daños y perjuicios de parte de funcionarios públicos que fueron incluidos en las results de las investigaciones que la Auditoría Interna ha declarado confidencial y que dispone no compartir con los funcionarios a cargo de la toma de decisiones disciplinarias y recuperación de daños y perjuicios?
5. Dentro del marco que da la Ley General de Control Interno, ¿es jurídicamente incorrecto que la Auditoría Interna comparta un informe y sus conclusiones con una dependencia judicial y negárselo a la Administración y/o el jerarca que solicitó esa investigación?

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En primer término, es necesario indicar que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se regula en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994) y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (Resolución N° R-DC-197-2011), publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 244 del 20 de diciembre de 2011.

Asimismo, es esencial destacar que de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, este órgano contralor, en el ejercicio de su función consultiva, **no se refiere a situaciones concretas**, las cuales deberán ser resueltas por las instituciones públicas en el ámbito de sus competencias, todo ello, sin perjuicio de las funciones que corresponden a este órgano contralor por la vía de la fiscalización posterior.

Por lo tanto, debe quedar claro que el presente **criterio vinculante** emitido en ejercicio de la potestad consultiva tiene un carácter general cuyo propósito es servir de insumo, junto con los elementos fácticos y jurídicos del caso, que permitan orientar la toma de decisiones de los gestores públicos directamente responsables de la buena marcha de los asuntos que les competen.

III. CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR

Se reitera que el criterio que se brindará será en términos generales, materializado en un insumo de orientación para la toma de decisiones, por lo que será responsabilidad de cada administración, realizar las acciones, ajustes o actuaciones que consideren pertinentes. Así las cosas, procede este Despacho a referirse a la consulta de interés en los términos señalados.

Con el propósito de orientar el desarrollo de la presente consulta, debe de manera preliminar realizarse un análisis del principio de legalidad que rige en las actuaciones de las administraciones públicas, un desarrollo general sobre los órganos del sistema de control interno así como de las funciones de las auditorías internas y el manejo de la confidencialidad de sus productos para posteriormente realizar un análisis de lo planteado por la consultante.

a. Sobre el principio de legalidad.

Este principio establece que las actuaciones de la Administración Pública y sus servidores se encuentran sometidas al bloque de legalidad; puntualmente el artículo 11 de nuestra Constitución Política, establece: *“(...) Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella.(...)”*, en el mismo sentido la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP), señala que *“(...) la administración pública puede actuar solamente en la medida en que se encuentre autorizada para hacerlo por el ordenamiento jurídico (...)”*.

En ese sentido, la Sala Constitucional mediante la resolución n° 897-98 del 11 de febrero de 1998, estableció lo siguiente:

“(...) Este principio significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el ‘principio de juridicidad de la Administración’. En este sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación.”

De manera que tanto la Administración como sus funcionarios se encuentran sometidos al bloque de legalidad, conforme el cual, si no existe una habilitación legal para el ejercicio de determinada conducta y esta se realiza, se estaría incurriendo en el ilícito de emitir o realizar actos no autorizados.

b. Órganos del sistema de control interno y sus funciones.

La Ley General de Control Interno -en adelante LGCI- establece en su artículo 9 los componentes orgánicos del sistema de control interno -en adelante SCI-, al indicar:

“(...) Artículo 9º-Órganos del sistema de control interno. La administración activa y la auditoría interna de los entes y órganos sujetos a esta Ley, serán los componentes orgánicos del sistema de control interno establecido e integrarán el Sistema de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública a que se refiere la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. (...)”

Estos componentes deben interactuar entre sí para promover el logro de objetivos institucionales de acuerdo con su función estableciendo dos componentes orgánicos, la administración activa y la auditoría interna.

En tal sentido la administración activa ejecuta las acciones del sistema de Control Interno y es el responsable de que el mismo sea adecuadamente definido, implementado y operado, así mismo los funcionarios de la institución deben realizar de manera oportuna, efectiva y observando las regulaciones aplicables, las acciones que les corresponda y atender los requerimientos para el debido diseño, implantación, operación y fortalecimiento de los distintos componentes funcionales del SCI, recordando que en el SCI existe una mayor exigencia sobre el jerarca y titulares subordinados y deberán velar porque los funcionarios apliquen los controles definidos para la gestión institucional según sus respectivas obligaciones, así como analizar las observaciones que les manifiesten sobre el particular, de manera que los 5 componentes del SCI se fortalezcan.

Así mismo, según el artículo 12 inciso c) del mismo cuerpo normativo el jerarca y los titulares subordinados deberán *“(...) Analizar e implantar, de inmediato, las observaciones, recomendaciones y disposiciones formuladas por la auditoría interna, la Contraloría General de la República, la auditoría externa y las demás instituciones de control y fiscalización que correspondan(...)”*

Por su parte, la Auditoría Interna según el artículo 21 de la Ley supra indicada es la actividad independiente, objetiva y asesora, que proporciona seguridad al ente u órgano, puesto que se crea para validar y mejorar sus operaciones. Contribuye a que se alcancen los objetivos institucionales, mediante la práctica de un enfoque sistémico y profesional para evaluar y mejorar la efectividad de la administración del riesgo, del control y de los procesos de dirección en las entidades y los órganos sujetos a esta Ley. Dentro de una organización, la auditoría interna proporciona a la ciudadanía una garantía razonable de que la actuación del jerarca y la del resto de la administración se ejecuta conforme al marco legal y técnico y a las prácticas sanas.

En tal sentido, debe brindar servicios orientados a fortalecer el SCI según su competencia institucional y la normativa jurídica y técnica aplicable, es responsable directa de la aplicación del SCI a la administración activa, que es el componente orgánico que reúne al jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios. En suma, la Auditoría Interna tiene una función de apoyo para el fortalecimiento del sistema, sin que pueda asumir una participación directa en las labores que competen a la administración activa, para proteger su objetividad e independencia como característica fundamental para su gestión profesional.

c. Informes de Auditoría y el manejo de la confidencialidad de sus productos.

A partir de lo que establece el artículo 35 de la LGCI¹, los informes de auditoría interna versarán sobre diversos asuntos de su competencia, así como sobre temas de los que pueden derivarse posibles responsabilidades para terceros, funcionarios y exfuncionarios de la institución.

Al respecto, este órgano Contralor en otra oportunidad indicó:

“Se deriva entonces que existen dos tipos de informes, los relacionados con las materias de su competencia sea el control

¹ Artículo 35.-Materias sujetas a informes de auditoría interna. Los informes de auditoría interna versarán sobre diversos asuntos de su competencia, así como sobre asuntos de los que pueden derivarse posibles responsabilidades para funcionarios, ex funcionarios de la institución y terceros. Cuando de un estudio se deriven recomendaciones sobre asuntos de responsabilidad y otras materias, la auditoría interna deberá comunicarlas en informes independientes para cada materia.//Los hallazgos, las conclusiones y recomendaciones de los estudios realizados por la auditoría interna, deberán comunicarse oficialmente, mediante informes al jerarca o a los titulares subordinados de la administración activa, con competencia y autoridad para ordenar la implantación de las respectivas recomendaciones.//La comunicación oficial de resultados de un informe de auditoría se registrará por las directrices emitidas por la Contraloría General de la República.

*interno y aquellos de los cuales se pueda derivar responsabilidad de los funcionarios. En el caso en particular que se está analizando, nos encontramos ante una relación de hecho (sic), en la cual se presenta una investigación preliminar con la cual se busca establecer las bases para un posterior procedimiento administrativo disciplinario. Ha indicado el Órgano Contralor sobre este particular, en diferentes oportunidades que “...según la LGCI, como parte de las materias objeto de examen de las auditorías internas, se encuentra los asuntos de los que se pueden derivar posibles responsabilidades para funcionarios, ex funcionarios de la entidad o de terceros, cuyo resultado también se cataloga como un insumo para el funcionario u órgano administrativo que posee la potestad disciplinaria, **quien tiene la responsabilidad de valorar si hay mérito para la apertura de un eventual procedimiento administrativo.** (El destacado no corresponde al original)”².*

Ahora bien, en la consulta planteada se entiende referenciada a una relación de hechos, es por esto que resulta necesario clasificar la investigación preliminar como tal, en dicho sentido la Sala Constitucional³ ha indicado que la investigación preliminar se puede definir como aquella labor facultativa de comprobación desplegada por la propia administración pública, de las circunstancias de un caso concreto para determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción, sea administrativa, civil o penal; para identificar a los presuntos responsables de ésta o recabar elementos de juicio que permitan efectuar una intimación clara, precisa y circunstanciada. Asimismo, permite determinar si existe mérito suficiente para incoar un procedimiento administrativo.

En suma, el Tribunal Constitucional ha indicado que “(...) los superiores y órganos encargados del procedimiento [administrativo] pueden realizar una investigación preliminar mediante la cual se pueda determinar la procedencia o no del inicio de un procedimiento sancionatorio (...)”⁴. El resultado de dicha investigación preliminar se constituye en un insumo para la eventual apertura del procedimiento administrativo correspondiente.

Asimismo, según la LGCI, como parte de las materias objeto de examen de las auditorías internas, se encuentran los asuntos de los que se pueden derivar posibles responsabilidades para funcionarios, ex funcionarios de la entidad o de terceros, cuyo resultado también se cataloga como un insumo para el funcionario u órgano administrativo que posee la potestad disciplinaria, quien tiene la responsabilidad de

² Oficio No. 10552 (DFOE-PG-0339) del 10 de julio, 2020.

³ Sala Constitucional votos Nros 2001-08841, 00795-2008

⁴ Sala Constitucional voto Nro. 2202-95,

valorar si hay mérito para la apertura de un eventual procedimiento administrativo⁵. En consecuencia, la propia ley posibilita dicha función a las auditorías internas en el ejercicio de su función de control, sin que ello implique el traslado de la responsabilidad que es inherente a la administración activa en el ejercicio de su potestad disciplinaria.

En suma a lo anterior, según los “Lineamientos Generales para el análisis de presuntos hechos irregulares” Resolución n.º R-DC-102-2019, el resultado final obtenido por la Auditoría Interna, deberá documentarse mediante acto debidamente motivado, en el cual se acrediten los elementos valorados para tomar la decisión. En caso de existir una denuncia como origen de la investigación, lo resuelto debe ser comunicado al denunciante, si este hubiere señalado lugar para atender notificaciones; si no se dispone de tal señalamiento, la Auditoría Interna debe elaborar el documento pertinente, de conformidad con su regulación interna, para hacer constar los resultados de la investigación y los motivos que imposibilitan su comunicación al denunciante. Dicho documento deberá integrarse en el expediente respectivo.

Así mismo, una vez concluido el análisis inicial de los hechos, la Auditoría interna deberá definir las acciones por realizar que tal y como lo establecen los citados Lineamientos podrá “(...) a) *Iniciar la investigación de los hechos presuntamente irregulares, considerando lo dispuesto en el Capítulo III de los presentes lineamientos.* 2.2 *Definición de las acciones a realizar.* b) *Remitir el asunto a las autoridades internas pertinentes de la institución, cuando se trate de casos que corresponda atender en primera instancia a la Administración Activa y ésta no haya sido enterada de la situación, o se encuentre realizando una investigación por los mismos hechos. De igual manera se remitirá el asunto cuando existan causales de abstención o conflictos de interés que puedan afectar al auditor o a algún funcionario de la Auditoría Interna.* c) *Remitir el asunto a las autoridades externas a la institución, según corresponda, sean administrativas o judiciales, por especialidad de la materia o porque en otra instancia exista una investigación avanzada sobre los mismos hechos. (...)*”

Decisión la cual deberá constar en el expediente mediante acto debidamente motivado con las valoraciones efectuadas para la selección del abordaje del caso.

Si la Auditoría Interna se decanta por realizar la investigación de hechos presuntamente irregulares, una vez ejecutada esa labor debe establecer si los elementos acreditados son suficientes para sustentar la apertura de algún tipo de procedimiento de responsabilidad en contra de los presuntos implicados; lo que dará lugar a la elaboración

⁵ Sala Constitucional voto Nro. 7190-1994

de alguno de los siguientes productos: desestimación y archivo, relaciones de hechos o denuncia penal.

Señalando que en el caso de que se decida elaborar una relación de hechos esta será remitida a la instancia que ejerce la potestad disciplinaria sobre el funcionario presuntamente responsable, o a la autoridad competente para su atención, según corresponda.

Sin embargo, será la auditoría interna quien en ejercicio de sus competencias y bajo los criterios eficacia y eficiencia y bajo el principio de objetividad determine la instancia que tenga la competencia para la apertura del procedimiento administrativo.

Ahora bien, en relación con la confidencialidad de las investigaciones tramitadas por las auditorías internas, el mismo lineamiento señala las reglas de confidencialidad que rigen durante la investigación de hechos presuntamente irregulares.

En tal sentido, las Auditorías Internas guardarán confidencialidad respecto de los expedientes de investigación en trámite y de la identidad de quienes presenten denuncias ante sus oficinas, incluso cuando el propio denunciante divulgue su identidad o cuando la Auditoría Interna sepa que ésta es conocida por otras instancias. La confidencialidad de la identidad del denunciante debe resguardarse aún concluida la investigación, recordando que el deber de confidencialidad no se extingue con la emisión del informe por parte de la Auditoría Interna, y por el contrario, no tiene límites temporales⁶.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto sobre esta materia en el artículo 6 de la Ley General de Control Interno (N.º 8292), así como en el artículo 8 de Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N.º 8422). Las Auditorías Internas deben, además, resguardar la confidencialidad de todos aquellos datos que por disposición específica del ordenamiento jurídico deben considerarse como tales, y de aquellos que así hayan sido declarados por un sujeto público con competencia.

Resulta relevante retomar lo señalado por el tribunal constitucional en la sentencia 13599-2015 de las 09:20 horas del 28 de agosto del 2015:

“Nótese que en el presente caso la denuncia interpuesta por el amparado fue archivada motivo por el cual la documentación que consta en ella debe mantenerse en el expediente levantado al efecto y ser accesibles a las partes y a terceros, salvo en lo que se refiere a la identidad del

⁶ Procuraduría General de la República Dictamen C-076-2004 de 04 de marzo de 2004.

denunciante y del denunciado. No hay ninguna razón que justifique la decisión de no darle acceso a la información a un ciudadano, porque las razones que podían justificar la confidencialidad, han desaparecido y se impone la accesibilidad a tales documentos en función del principio de transparencia y control ciudadano de las actuaciones de la administración. Así las cosas, la negativa de la autoridad recurrida en facilitarle al amparado tener acceso al expediente No. 64-2015 en cuestión vulnera lo dispuesto en el artículo 30 constitucional, motivo por el cual el presente recurso debe ser declarado con lugar, como en efecto se ordena. Se declara CON LUGAR el recurso. Se ordena a (...) ambos personeros del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, o a quienes en su lugar ocupen esos cargos, que dentro del plazo de 5 DÍAS contado a partir de la notificación de la sentencia se le facilite al recurrente el acceso al expediente número 64-2015, salvo en lo que se refiere a la identidad de los denunciados, además de cualquier otra información que consideren que constituyen datos sensible y de acceso restringido protegidos por el artículo 24 de la Constitución Política y la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley No. 8968.” (Los subrayados no pertenecen al original).

Así mismo, refiriéndose de manera muy concreta a la condición de la investigación preliminar, señaló:

“(...) Así las cosas, resulta claro que la fase de investigación preliminar, como primera etapa procesal, está circunscrita por un elevado grado de confidencialidad respecto de la información indagada, incluso frente a las partes involucradas del proceso, es decir, el denunciante y el denunciado, ya que es necesario resguardar los elementos probatorios que se recogen durante la investigación en aras de determinar objetivamente la probabilidad de la falta denunciada, a priori de la apertura de un procedimiento, respaldado así ampliamente por el ordenamiento jurídico.” (Sentencia número de las 09:30 del 24 de setiembre del 2019) (El subrayado no pertenece al original).

Aunado a lo anterior, se reitera en este sentido lo indicado por este órgano Contralor al atender una consulta realizada por el Auditor interno del CONAPDIS por medio del oficio n.º 04023-2021 (DJ-0378) del 16 de marzo de 2021 donde puntualmente nos referimos a la confidencialidad establecida en el artículo 6 de la Ley General de Control Interno y el acceso a la identidad de las personas que se establecen como eventuales responsables en una investigación preliminar, donde -entre otras- cosas se concluyó:

“(...) 1. 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, disponen expresamente la confidencialidad de la identidad del denunciante en el marco de las diversas fases de la investigación de eventuales responsabilidades, asignando también tal condición a la

información, documentación y otras evidencias de las investigaciones respectivas.

2. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido abundante jurisprudencia, donde en el análisis de los alcances de dicha normativa, ha calificado asimismo con carácter confidencial, la identidad de las personas denunciadas o eventualmente responsables dentro de la investigación preliminar, en resguardo de sus derechos fundamentales.

3. Las investigaciones preliminares o relaciones de hechos que son remitidas por las auditoría internas a instancias externas, se encuentran además tuteladas por la normativa de confidencialidad que rija a esas instancias.(...)”

Además en esa oportunidad se indicó que en la etapa de investigación de irregularidades, tanto la identidad del denunciante, como la de las personas denunciadas se encuentran cubiertos por el régimen de confidencialidad característico de las investigaciones preliminares, todo lo cual responde a un criterio de presunción, de modo que no será sino hasta la finalización del procedimiento administrativo correspondiente, que en cumplimiento de la búsqueda de la verdad real de los hechos y del debido proceso, quedarán definidos los hechos finalmente acreditados, el derecho aplicable y sus responsables. Todo lo anterior, de conformidad con el artículo 39 constitucional, se garantiza el trato como inocente de toda persona sometida a juicio, así como proteger la intimidad y el honor del denunciado.

d. Conclusiones

Se resalta la importancia de la interacción de los componentes del Sistema de Control Interno para promover el logro de objetivos institucionales de acuerdo con su función.

La Auditoría Interna es la actividad independiente, objetiva y asesora, que proporciona seguridad al ente u órgano, contribuye a que se alcancen los objetivos institucionales, y es una garantía razonable de que la actuación del jerarca y de la administración se ejecuta conforme al marco legal y técnico y a las prácticas sanas.

Será la auditoría interna quien en ejercicio de sus competencias y bajo los criterios eficacia y eficiencia y bajo el principio de objetividad determine la instancia que tenga la competencia para realizar la investigación o apertura de un eventual procedimiento administrativo según corresponda.

El deber de confidencialidad (identidad del denunciante, la información, documentación y otras evidencias de las investigaciones respectivas así como la identidad de las personas denunciadas o eventualmente responsables) no se extingue

con la emisión del informe por parte de la Auditoría Interna, y por el contrario, no tiene límites temporales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley General de Control Interno (N.º 8292), así como en el artículo 8 de Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N.º 8422).

Por último, se reitera que esta Contraloría General, se encuentra imposibilitada para referirse a situaciones concretas, y que por el contrario brinda lineamientos generales a los consultantes, para que con base en los insumos, sea la propia Administración Pública consultante quien teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública y la normativa aplicable a cada situación adopte la decisión que en derecho corresponda.

En los términos anteriores dejamos atendida su consulta, no sin antes recordar la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web www.cgr.go.cr.

Atentamente,



Lic. Iván Quesada Rodríguez
Gerente Asociado

Licda. Pamela Carcache Castillo
Fiscalizadora

PCC/IQR
Ni: 14122
G 2021002099-1
CC auditor interno: wbarboza@conapdis.go.cr