

AU-001-2021-AD
(CNE-AI-OF-149-2021)

**ADVERTENCIA
DISMINUCION DEL PRESUPUESTO DE LA AUDITORIA
EN CONTRAVENCION DEL ARTICULO 27 DE LA LGCI**

Contenido

1.	SOBRE LAS DISMINUCIONES AL PRESUPUESTO DE LA AI EN EL PERIODO 2021	3
2.	CRITERIOS LEGALES RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LA AI.....	4
3.	SOBRE LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO	6
4.	CONSECUENCIAS DEL ACTO EJECUTADO.....	8
5.	CONCLUSIÓN	9
6.	PETITORIA	10

19 de octubre de 2021

**Señores y Señoras
Junta Directiva CNE**

Estimados(as) señores(as):

Reciban un saludo cordial.

Con el debido respeto me permito solicitar la inclusión de esta advertencia en la sesión de mañana miércoles 20 de octubre de 2021. Esta petición encuentra sustento en lo establecido en la Ley de Control Interno N° 8292¹, en el “**Artículo 12.-Deberes del jerarca y de los titulares subordinados en el sistema de control interno**” que indica:

“En materia de control interno, al jerarca y los titulares subordinados les corresponderá cumplir, entre otros, los siguientes deberes:

...b) Tomar de inmediato las medidas correctivas, ante cualquier evidencia de desviaciones o irregularidades.

c) 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 tanto, en apego a las competencias que confiere el artículo 22 inciso d) de la citada Ley en cuanto a “**(...) advertir a los órganos pasivos que fiscaliza sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas o decisiones, cuando sean de su conocimiento...**”; esta Auditoría Interna se permite advertir sobre la contravención, por parte de la administración activa, del articulado citado en el título, que establece:

“Artículo 27.-Asignación de recursos. El jerarca de los entes y órganos sujetos a esta Ley deberá asignar los recursos humanos, materiales, tecnológicos, de transporte y otros necesarios y suficientes para que la auditoría interna pueda cumplir su gestión.”

¹ Publicada en La Gaceta N° 169 del 4 de setiembre de 2002.

*Para efectos presupuestarios, se dará a la auditoría interna una categoría programática; **para la asignación y disposición de sus recursos, se tomarán en cuenta el criterio del auditor interno** y las instrucciones que emita al respecto la Contraloría General de la República.*

La auditoría interna ejecutará su presupuesto, conforme lo determinen sus necesidades para cumplir su plan de trabajo.” (El destacado no es del original)

1. Sobre las disminuciones al presupuesto de la AI en el periodo 2021

Esta advertencia obedece a lo comunicado por el Sr. Danilo Mora Hernández, Director de Gestión Administrativa mediante oficio CNE-UDH-OF-540-2021 de 21 de setiembre 2021 que indica “**en el II Trimestre según reporte de Wizdom se hizo un rebajo al presupuesto de la partida de Actividades de Capacitación por un monto de 3.047.747”** (el destacado no es del original). Dicho comunicado más adelante consigna “...**dado el rebajo en el Presupuesto de la Auditoría, la parte del pago de la factura del Congreso de Auditoría, más los siguientes cursos en proceso, ya no cuentan con presupuesto para el 2021 en la partida de actividades de capacitación para nuevas actividades...**”. (el destacado no es del original)

La modificación para la disminución en el presupuesto de la Auditoría fue ejecutada sin comunicación previa a la Auditoría Interna y por ende sin tomar “*en cuenta el criterio del auditor interno*”, conforme lo norma el Art. 27 precitado.

Esta Auditoría considera agravante el hecho de que no es la primera vez, para este período 2021, que la administración activa efectúa rebajos de forma unilateral y contraria a la LGCI, tal y como se comunicó en el documento remitido a la Junta Directiva denominado “**AU-005-2021 “INFORME SOBRE LA AUTOEVALUACIÓN DE CALIDAD DE LA ACTIVIDAD DE AUDITORÍA INTERNA, PERIODO 2020”**”, apartado 4.1, según se detalla:

“...Se ejecutó en el periodo 2020, por parte de la administración, una disminución en el monto presupuestado para llevar a cabo el plan de trabajo 2021, el cual fue rebajado en un 65.66%, como se puede identificar en el cuadro siguiente.

De acuerdo con la información enviada mediante el correo electrónico de fecha 29 de junio 2021, (a petición de la Auditoría), se puede observar que el 14 de diciembre 2020 se notificó por parte de la Dirección Administrativa a la Dirección Ejecutiva, Presidencia, Planificación, Dirección de Gestión de Riesgo, Financiero, Proveeduría y las secretarías de Presidencia y Dirección Ejecutiva los cambios en el presupuesto, situación que no fue comunicada a la Auditoría. Así, la

disminución de partidas fue ejecutada por funcionarios administrativos sin la venia de la Auditoría, lo cual contraviene la LGCI.

(...) Cabe llamar la atención sobre **algunas de las partidas con asignación de recursos cero, para cumplir las competencias de Ley**, como por ejemplo las partidas de viáticos y la de servicios en ciencias económicas y sociales. En otras partidas el monto rebajado es aproximadamente el 50% de lo requerido para llevar a cabo la ejecución de dicho plan de trabajo...”

(...) Por lo anterior, la Auditoría Interna debió proceder a modificaciones presupuestarias con el propósito de cumplir con asuntos primordiales, teniendo así tener que disminuir algunas partidas aún más.” (El destacado no es del original).

2. Criterios legales relativos a la independencia funcional de la AI

Según criterio de la CGR en oficio 08766 (DFOE-IFR-0238) de fecha 19 de junio del 2015:

“(...) puede concluirse que la Auditoría Interna se encuentra investida de ciertas condiciones particulares que el ordenamiento jurídico le ha dado y que le permiten un trato diferenciado con respecto a otras unidades administrativas dentro de la institución en que se ubica. ... precisamente para efectos de garantizar el cumplimiento de la actividad de la Auditoría Interna, que la Ley General de Control Interno refuerza al establecer una serie de normas en procura de ello, como por ejemplo, la asignación de amplias competencias, potestades para su ejercicio, independencia funcional y de criterio, dotación de recursos...–las cuales la Ley es enfática en señalar que no deben afectar negativamente la actividad de Auditoría Interna.” (El desatascado no es del original)

Asimismo, la CGR también se ha referido mediante el oficio N° 12349, del 30 de octubre de 2003, de la siguiente manera:

*“(...) como parte de las condiciones fundamentales para el ejercicio de la auditoría interna, se estipula legal, técnica y doctrinariamente la independencia funcional y de criterio, lo cual entre otros, se prevé con lo dispuesto en el citado artículo 24. **La independencia funcional, en términos generales, se refiere a la posibilidad de cumplir los fines de la auditoría, sin que se den situaciones o restricciones que ubiquen al auditor y demás funcionarios de esa unidad en una relación de subordinación, de dependencia o similar, con respecto a alguno de los órganos sujetos a su fiscalización...**”* (El destacado no es del original)

Específicamente sobre el tema de esta advertencia, el ente contralor se ha referido en el documento DFOE-IFR-0243 de fecha 19 de mayo, 2017, de la siguiente forma:

(...) 3.5 Capacitación. Los recursos de la Auditoría Interna deberán incluir una asignación que permita a sus funcionarios participar en actividades de capacitación formal en los tópicos que, conforme con el plan de capacitación de esa unidad, se identifiquen como propicios para fortalecer y actualizar las competencias de la Auditoría Interna.

Artículo 82.-Programas de capacitación. Se deben establecer y mantener programas de capacitación y entrenamiento continuo para el personal de la Auditoría Interna, en las áreas acordes con las necesidades de la misma y relacionadas con sus áreas de trabajo.

Artículo 83.-Desarrollo profesional continuado. Todos los funcionarios de la Auditoría Interna serán responsables de continuar su formación a fin de mantener su competencia profesional, de manera que deben de tener un amplio dominio de las leyes, reglamentos, normas y lineamientos que regulan la Auditoría Interna, así como de las Normas que regulan la Auditoría en el sector gubernamental. Necesariamente deben estar en conocimiento de la normativa legal, reglamentaria y técnica que regulan los procesos de la organización que fiscalizan, así como un actualizado conocimiento de las nuevas tendencias en materia gerencial, administrativa y técnica.

Artículo 84.-Presupuestación del programa de capacitación. Cada año la Auditoría Interna preparará un programa de capacitación y entrenamiento para sus funcionarios, el cual será incluido en el presupuesto ordinario que se somete a aprobación de la Junta Directiva.

De acuerdo con lo anterior, en la dotación de recursos presupuestarios que respalda el plan de trabajo de la auditoría interna y el programa de capacitación, también se debe incluir una asignación para actividades de capacitación formal, en tópicos que sean propicios para fortalecer y actualizar las competencias de los funcionarios de la auditoría interna, de modo que se asegure su participación y el cumplimiento de tal objetivo, para lo cual se requiere el apoyo del jerarca no sólo en la dotación de los recursos necesarios, sino en facilitar oportunamente que la auditoría interna pueda ejecutar dichos recursos eficazmente...

*Así, una vez aprobada la asignación y dotación de los recursos, lo que resta es su correcta ejecución para lo cual, según lo indicado líneas atrás, conforme al numeral 2.3 de las Directrices para la solicitud y asignación de recursos a las auditorías internas... **el jerarca debe girar las instrucciones pertinentes para que la auditoría interna pueda con libertad ejecutar, vigilar, administrar y disponer de los recursos asignados para cumplir con su plan de trabajo y su plan de capacitación, de ahí que cualquier cambio de destino de los recursos o la imposibilidad de su ejecución, debe someterse previamente al criterio de la auditoría interna** para contar con una adecuada valoración y comprensión de las situaciones sobrevenidas que provocan la situación, todo ello en respeto a su independencia funcional y a fin de no afectar la función de auditoría.*

Finalmente, se reitera lo establecido en el artículo 39 de la LGCI, en el sentido que el jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos, pueden incurrir en responsabilidad administrativa y/o civil, por el incumplimiento injustificado: de los deberes asignados en la LGCI o cuando con sus acciones u omisiones debiliten el sistema de control interno, o cuando no se asigne los recursos indicados en el artículo 27 a la auditoría interna o cuando se obstaculice o

retrase el cumplimiento de potestades de los funcionarios de la auditoría interna.” ...” (El destacado no es del original)

Como corolario del tema, la misma Contraloría mediante documento DFOE-IFR-0637 del 22 de diciembre, 2016 indica:

*“(…), para una efectiva ejecución de los recursos, corresponde al jerarca girar las instrucciones pertinentes para que la auditoría interna pueda con libertad ejecutar, vigilar, administrar y disponer de los recursos asignados para cumplir con su plan de trabajo, de ahí que **cualquier cambio de destino de los recursos debe contar previamente con el criterio de la auditoría interna, en respeto a su independencia funcional y de criterio, a fin de no afectar la ejecución de su plan de trabajo y consecuentemente la función de auditoría.**” (el destacado no es del original)*

Y según criterio del Lic. Jorge Valverde Retana, Asesor Legal externo de la Auditoría:

“(…) podemos concluir que el Jerarca Institucional, está obligado a acatar las disposiciones del numeral 27 de la Ley General de Control Interno, por lo que en materia de presupuesto, debe asignar a la Auditoría Interna una “categoría programática”, lo que exige la necesaria participación del Auditor (a) Interno (a) en la elaboración y conformación del presupuesto de la Auditoría Interna, actuando conjuntamente con el jerarca, pues ese presupuesto debe abarcar y contener todo el universo de auditoría, el cual es conocido únicamente por el encargado de esa unidad, a fin de evitar un debilitamiento del sistema de control interno y poner en riesgo la libertad e independencia de criterio que la misma ley exige y garantiza para el desempeño de la Auditoría Interna.”

*(…) De ahí entonces, que cualquier limitación presupuestaria que haga el jerarca administrativo, sin la debida consulta y aprobación del Auditor (a) Interno (a), aun cuando se base en una directriz presidencial o de la Autoridad Presupuestaria, **es ilegal y se expone a las sanciones que al efecto establece el numeral 39 de la Ley General de Control Interno.**”² (el destacado no es del original)*

3. Sobre la validez del acto administrativo

Para un mayor ahondamiento de la normativa aplicable al accionar de la administración, de manera general se procede a invocar la Ley General de Administración Pública en cuanto a los actos administrativos:

² Criterio de fecha 12 de julio, 2021.

Artículo 128.-Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta.

Artículo 129.-El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.

Artículo 134.-

1. El acto administrativo deberá expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias exijan forma diversa.
2. El acto escrito deberá indicar el órgano agente, el derecho aplicable, la disposición, la fecha y la firma, **mencionando el cargo del suscriptor.**

Artículo 141.-

1. Para ser impugnado, administrativa o jurisdiccionalmente, el acto deberá ser eficaz. En todo caso, **la debida comunicación será el punto de partida para los términos de impugnación del acto administrativo.**
2. Si el acto es indebidamente puesto en ejecución antes de ser eficaz o de ser comunicado, el administrado podrá optar por considerarlo impugnado desde que tome conocimiento del inicio de la ejecución.

Artículo 145.-

1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.
2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.
- 3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.**
4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

Artículo 158.-

1. **La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.**
2. **Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.**

CNE-AI-OF-149-2021

AU-001-2021 AD

Página 8 de 11

3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.

4. Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.

5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente.

Artículo 166.-Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Artículo 169.-No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución.

Artículo 170.-

1. El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar.

2. La ejecución por obediencia del acto absolutamente nulo se regirá por las reglas generales pertinentes a la misma.

Artículo 172.-El acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación.

Artículo 239.- Todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado, de conformidad con esta Ley.

Artículo 240.-

1.- **Se comunicarán por publicación los actos generales y por notificación los concretos.**

2.- Cuando un acto general afecte particularmente a persona cuyo lugar para notificaciones esté señalado en el expediente o sea conducido por la Administración, el acto deberá serle también notificado.

(Los destacados no son del original)

4. Consecuencias del acto ejecutado

Tal y como se comunicó a la Dirección Ejecutiva con copia a la Presidencia mediante oficio CNE-AI-OF-135-2021 de fecha 24 de setiembre de 2021:

“La Auditoría a lo largo del año debe dar cumplimiento al Plan de “Desarrollo Profesional Continuo”, requerido por las Normas Generales de Auditoría para el Sector Público-NGASP (R-DC-64-2014). Dicho Plan de capacitación fue aprobado por la Junta Directiva en los acuerdos: N° 273-12-19, Sesión Ordinaria 23-12-19 del 18 de diciembre de 2019 Plan estratégico AI y N° 007-01-2021 Sesión Ordinaria N° 01-01-2021 del 06 de enero 2021 Plan de trabajo 2021.

En línea con lo anterior y con la normativa que indica “La auditoría interna ejecutará su presupuesto, conforme lo determinen sus necesidades ...”³ (el desatacado no es del original), actualmente se tiene en proceso de concretar capacitaciones “in house” en temas medulares para el desarrollo de nuestras labores y los cambios que se están dando en el entorno, a la vez que se está en la ejecución paulatina de otras capacitaciones para las profesionales; atendiendo las necesidades planteadas a priori y conforme el presupuesto en ese rubro para el periodo 2021.”

Por tanto, se debe contar con una solución pronta en cuanto a la forma en que se honrará el costo de los proyectos de “Desarrollo Profesional Continuo” pendientes de concretar y ejecutar, programados de previo conforme el presupuesto asignado originalmente a la Auditoría Interna en esa partida.

5. Conclusión

Por tanto, siendo el relacionado acto administrativo sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, pues se contrapone a lo ordenado por normas imperativas y expresas de la LGCI y de la LEGAP, nos encontramos frente a un **acto administrativo viciado de nulidad absoluta**, la cual es evidente y manifiesta, por contravenir normativa expresa; existiendo entonces obligación de la Administración Activa de **anular en sede administrativa ese acto**, mediante los procedimientos legales pertinentes y así de forma inmediata subsanar el perjuicio ocasionado; devolviendo esos recursos a la partida a la que originalmente pertenecían en la Auditoría Interna.

A lo anterior me permito agregar que ningún funcionario público debe ordenar ni ejecutar un acto administrativo obviando lo que al respecto establezca una Ley, como

³ Art. 27 LGCI.

en este caso el artículo 27 de la LGCI, de conocimiento y aplicación obligatoria para todas y cada una de las unidades administrativas de la CNE.

6. Petitoria

La Auditoría Interna se permite solicitar respetuosamente a la Junta Directiva:

1. Dar por recibido el documento **AU-001-2021-AD ADVERTENCIA DISMINUCION DEL PRESUPUESTO DE LA AUDITORIA EN CONTRAVENCION DEL ARTICULO 27 DE LA LGCI.**
2. Ordenar la anulación en sede administrativa, del acto administrativo por el cual se rebajó ilegalmente el presupuesto de la Auditoría Interna, sin previa consulta y aprobación de la Auditora Interna de la CNE.
3. Ordenar a la Dirección Ejecutiva, Dirección de Gestión Administrativa y Unidad de Recursos Financieros, que en adelante para toda modificación presupuestaria que toque partidas de la Auditoría Interna, es requisito ineludible que el Auditor(a) Interno(a) apruebe el ajuste propuesto, conforme lo confiere el Art. 27 de la LGCI.

Solicitar a la Presidencia:

4. Desarrollar, en los plazos y con los requisitos de Ley, un procedimiento administrativo con el objetivo de determinar las posibles responsabilidades y sanción disciplinaria aparejada, por la emisión y ejecución de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta.
5. Ordenar a la Unidad de Planificación Institucional, como unidad administrativa asesora en materia de control interno, retroalimentar a la administración superior y titulares subordinados sobre la posición de la Auditoría Interna en el organigrama institucional y el mandato legal de respetar en todo momento lo emanado en la Ley General de Control Interno y por la Contraloría General de la República en cuanto a **“la independencia funcional y de criterio”** de la Auditoría; así como advertir sobre los imperativos legales entre otros el dictado, eficacia, legitimidad, impugnación, invalidez, vicios de los actos administrativos

CNE-AI-OF-149-2021

AU-001-2021 AD

Página 11 de 11

(forma y fondo) y la eventual “**responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor**” por la emisión de actos administrativos al margen de la Ley.

6. Comunicar a la Auditoría Interna las acciones que ejecutará en relación con lo expuesto, en un plazo de 10 días hábiles contados a partir del recibo del acuerdo de Junta Directiva.
7. Mantener a la Auditoría Informada sobre el desarrollo, resultado del procedimiento administrativo y la aplicación de la eventual sanción, todo apegado al debido proceso y a los plazos de ley.

Atentamente,

Sandra Arias Salazar
Auditora Interna a.i.



Archivo
SAS