

Auditoria Interna

San José, 18 de marzo 2020

JD-INTA-039-2020

Auditoria Interna

Señores (as):
Junta Directiva
INTA

Asesoría: Sobre la posibilidad de sesiones virtuales de Junta Directiva.

Estimados señores (as):

La Auditoría Interna del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (**INTA**) acorde a las competencias establecidas en el artículo N°22 de la Ley General de Control Interno, N°8292, (LGCI 8292) que señala como una competencia de las Auditorías Internas el "(...) **asesorar, en materia de su competencia, al jerarca del cual depende** (...)", procede a brindar este servicio preventivo a la Junta Directiva con respecto a la posibilidad de realizar sesiones virtuales, debido a la situación de emergencia que está pasando nuestro país por el brote del virus COVID-19, al respecto procedemos a señalar alguna jurisprudencia administrativa emitida por la Procuraduría General de la República, sobre el tema que nos compete:

1-Dictamen PGR – C-298-2007: la Procuraduría General de la República en este dictamen explica extensamente la consulta realizada por el Auditor Interno de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), sobre los siguientes temas:

- a- “¿Se ajustaría al ordenamiento jurídico actual, vigente para el sector público, el poder realizar sesiones de junta directiva en las que los miembros del órgano no estén ubicados en un mismo sitio?”
- b- En caso que la duda anteriormente planteada tenga sustento legal, ¿permitiría esto el poder efectuar sesiones de junta directiva integrando dentro de ellas a miembros que se encuentran fuera del país?
- c- ¿Podría considerarse el uso de teléfonos para conferencias, correos electrónicos y chats instrumentos aceptables de comunicación con el órgano colegiado en el desarrollo de este tipo de sesiones?
- d- ¿Qué elementos habría que considerar para el levantamiento del acta?
- e- ¿Tendría derecho a recibir el pago de la dieta el directivo que participa haciendo uso de los distintos instrumentos tecnológicos sin estar físicamente integrado al órgano colegiado?”

El subrayado no es del original.

Auditoria Interna

Las conclusiones de la PGR se detallan a continuación:

A- “El régimen de funcionamiento de los órganos colegiados está determinado por los principios de colegialidad, simultaneidad y de deliberación, principios que deben ser respetados para la debida formación de la voluntad colegial.”

- **Colegialidad:** La PGR señala que la colegialidad se refiere a que el colegiado es un órgano, y por tanto está que está integrado por varias personas físicas que se encuentran en un plano horizontal, lo que significa que los miembros del órgano tienen una posición de igualdad para el ejercicio de su actividad, la cual se resume en deliberar y votar las propuestas de acuerdo.
- **Simultaneidad:** este principio se refiere a que las personas físicas que integran el órgano colegiado deben concurrir en forma simultánea a la formación de la voluntad imputable al órgano. La simultaneidad que es en sitio, se da precisamente para que los miembros del órgano colegiado puedan intercambiar argumentos a favor y/o en contra de los distintos temas que requieran de un acuerdo, en resumen, este principio permite la deliberación entre sus miembros.
- **La deliberación:** en el órgano colegiado se requiere la deliberación para que el voto sea producto de esa deliberación y no de acuerdos predeterminados, durante ese proceso se plasman no solo el criterio mayoritario sino también el individual, permitiendo que en el debate se forme la voluntad colegiada. En definitiva, la PGR indica en su dictamen *“el proceso de formación se caracteriza por la oralidad y es esa característica la que va a imponer otro requisito sustancial: la necesidad de que se levante un acta que dé fe de las decisiones del órgano y de los motivos que llevaron a su adopción.”*

B- Principios del órgano colegiado versus ausencia de una norma legal: la PGR reafirma que no existen disposiciones legales en relación a las sesiones virtuales de los órganos colegiados, precisamente porque el legislador no vislumbró la presencia virtual y partió de la presencia física, presencial y participativa, pero nunca virtual

Ahora bien, a falta de regulación en la Ley, la Administración debe privarse en forma absoluta del uso de tecnologías, la PGR señala que es factible establecer mecanismos virtuales que permitan obtener los fines queridos por el legislador sin violentar el marco legal existente, y el ente estima que el uso de esas tecnologías por la Administración no debería resultar prohibido en el tanto en que los principios que determinan la necesidad de la presencia de los miembros directivos del colegio sean respetados por la regulación que permita la sesión virtual. Señala, además:

“Las nuevas tecnologías de la informática y la comunicación son hoy día parte esencial de la Administración. Su empleo se propicia como una forma de modernización administrativa”. (...). “El uso de esta tecnología innova, (...) así, aparece el expediente electrónico y, por ende, la posibilidad de procedimientos administrativos utilizando la electrónica. Asimismo, las nuevas técnicas de transmisión de información empiezan a manifestarse en la notificación y publicación de los actos administrativos”.

Auditoria Interna

La innovación tecnológica es un proceso que afecta necesariamente a la Administración Pública. Cuando la Administración recurre a nuevas tecnologías debe asegurar el cumplimiento de sus fines y la sujeción al orden jurídico.

- C- Telepresencia y comunicación virtual:** El uso de telecomunicaciones en las sesiones virtuales de los órganos colegiados es posible si la telecomunicación permite una comunicación integral, simultánea que comprenda video, audio y datos. Este es el caso de la videoconferencia, que permite una interacción amplia y circulación de la información con posibilidad de que los miembros se comuniquen verbal y visualmente.

La PGR considera factible realizar sesiones virtuales bajo las siguientes condiciones:

- **Tecnología utilizada debe ser la videoconferencia:** El órgano colegiado se rige por el principio de simultaneidad y requiere la deliberación como procedimiento de formación de la voluntad colegial, por tanto, el uso de tecnologías debe respetar esos principios, la telepresencia garantiza los principios de simultaneidad y de deliberación, los cuales solo se respetan cuando simultáneamente hay audio, video y transmisión de datos.

Una sesión virtual debe permitir a los miembros del órgano colegiado la presencia virtual no solo a través de la transmisión de la voz, de datos sino también visual.

La videoconferencia es un medio de comunicación simultánea que permite transportar voz, imagen por líneas telefónicas entre sitios dotados de equipos destinados para tal fin y que están conectados a las redes de transmisión de datos.

Realizar sesiones virtuales por medio de correo electrónico, fax, u otras formas, van en contra de los principios de simultaneidad y colegialidad, al no tener una comunicación integral y simultánea, no toda forma de teleconferencia es factible con las disposiciones y principios que regulan los órganos colegiados.

- **Sesión virtual debe ser excepcional:** concluye en su dictamen, que dado a la falta de una norma legal que autorice y regule las sesiones virtuales, el uso de las telecomunicaciones para la celebración de sesiones virtuales o no presenciales debe ser restrictivo, también señala que la asistencia de los miembros a las sesiones no sólo es un derecho sino un deber, por medio de esa asistencia se permite el normal y efectivo funcionamiento del colegio.
- **Sesión virtual deben estar justificadas en circunstancias especiales:** estima la Procuraduría que en razón de los principios que rigen la colegialidad el órgano colegiado no puede emplear las telecomunicaciones y aplicaciones informáticas si con si con ello se altera el sentido de la colegialidad y se vulneran las obligaciones que pesan sobre el miembro director, permutar la asistencia física a la virtual se afectaría el carácter sustancial y formal que la diferencian de otros modos de funcionamiento de la organización administrativa.

Auditoria Interna

En el pronunciamiento se hace referencia al tema de sesiones virtuales en otros países, por ejemplo, el Reglamento del Banco Central Europeo señala que el directorio puede tomar decisiones por teleconferencia si “circunstancias particulares” lo justifican.

En conclusión, la sesión podría ser virtual en caso de urgencia, supuesto en el cual es posible atemperar las reglas de funcionamiento del órgano, precisamente para dar continuidad y regularidad a ese funcionamiento, y en ningún caso dicha sesión virtual puede constituirse en el mecanismo normal de reunión del colegio.

- **Condiciones especiales que debe contemplar el acta:** de conformidad con el artículo 56 de la Ley General de Administración Pública N°6227, las actas de los órganos colegiados ben expresar” las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado” en caso de sesión virtual así deberá indicarse, anotando cuál de los miembros del colegio ha estado “presente” en forma virtual, en su caso mediante qué mecanismo tecnológico se produjo la presencia, identificación del lugar en que se encuentra el ausente, la compatibilidad de sistemas y las razones por las cuales la sesión se realizó en la forma indicada; así como los demás elementos que impone la Ley.
- **Norma legal que impida la sesión virtual:** la PGR advierte que las sesiones virtuales no podrán realizarse si existe una norma legal que prohíba al órgano realizar las sesiones en un sitio distinto aquél en que se ha previsto que tengan lugar, deberá entenderse como prohibida la realización de sesiones virtuales.

2- Dictamen PGR- C-241-2013: la PGR reitera el dictamen C-298-2007 resumido en el punto anterior del presente oficio, concluyendo los siguientes puntos:

- a- Si no existe disposición legal en contrario, los órganos colegiados pueden sesionar de manera virtual, siempre que se respeten los principios de colegialidad, simultaneidad y deliberación;*
- b- Por lo anterior, el método tecnológico empleado debe ser la videoconferencia, o aquella que garantice la trasmisión simultánea de audio, video y datos;*
- c- La posibilidad de sesionar de manera virtual siempre es excepcional, y debe responder a casos de urgencia, y para conocer asuntos especiales que no permitan esperar la sesión presencial;*
- d- Para que la sesión virtual sea válida, debe existir una plena compatibilidad entre los sistemas empleados por el emisor y el receptor, pues se debe garantizar la autenticidad e integridad de la voluntad y la conservación de lo actuado. Asimismo, debe evitarse la superposición horaria entre cualquier actividad pública o privada y la sesión del órgano colegiado;*
- e- El acta que se levante, deberá indicar cuál de los miembros del colegio ha estado “presente” en forma virtual, mediante qué mecanismo tecnológico se produjo la presencia,*

Auditoria Interna

identificación del lugar en que se encuentra el ausente, la compatibilidad y las razones por las cuales la sesión se realizó en la forma indicada. Deberá contener, además, la identidad y el número de miembros presentes en la reunión y el sentido del voto emitido por el miembro presente virtualmente;

- f- *El pago de la dieta se justificaría únicamente si el integrante participó de la totalidad de la reunión, y si además se garantizaron los principios de colegialidad, simultaneidad y deliberación;*

De conformidad a la jurisprudencia administrativa que ha emitido la Procuraduría General de la República (PGR) en relación a la posibilidad de realizar sesiones virtuales de los órganos colegiados y dada la situación especial por la cual está pasando nuestro país al enfrentar el brote de virus COVID-19, se concluye que existe viabilidad para **realizar las sesiones de órganos colegiados de forma virtual**, para ello **la Administración debe tomar acción para que en dichas sesiones virtuales se cumplan elementos fundamentales** mencionados ampliamente por la PGR en sus dictámenes C-298-2007 y C-241-2013, tales como:

- a- Que no exista **disposición legal que le impida a la Junta Directiva del INTA** a sesionar virtualmente.
- b- **En la sesión virtual se deberán respetar los principios de colegialidad, simultaneidad y de deliberación**, principios que deben ser respetados para la debida formación de la voluntad colegial.
- c- Tomando en consideración los principios que debe tener el colegiado, se considera que el método tecnológico a emplear debe ser la **videoconferencia**, o aquella que **garantice la trasmisión simultánea de audio, video y datos**.
- d- **La sesión virtual debe ser excepcional** y la realización de la misma debe estar **justificada por circunstancias especiales**.
- e- Al realizar las sesiones virtuales, **el acta** debe contener información importante: indicar cuál de los miembros del colegio ha **estado “presente” en forma virtual, mediante qué mecanismo tecnológico se produjo la presencia, identificación del lugar en que se encuentra el ausente, la compatibilidad y las razones por las cuales la sesión se realizó en la forma indicada**. Deberá contener, además, la identidad y el número de miembros presentes en la reunión y el sentido del voto emitido por el miembro presente virtualmente; todo lo anterior de conformidad con el artículo 56 de la LGAP N°6227.
- f- El pago de la dieta se justifica si **el miembro está presente en toda la sesión virtual**.

Ahora bien, mediante asesoría de esta Auditoria Interna enviada a la Junta Directiva (pendiente de revisar en sesión del órgano) por medio de oficio “JD-INTA-015-2020 Revisión de la propuesta del Reglamento para el funcionamiento de la Junta Directiva del INTA” del pasado 05 febrero, la propuesta del nuevo reglamento para el funcionamiento de la Junta Directiva, no regula el tema de las sesiones virtuales, para ello sería fundamental retomar la revisión del reglamento tal y como lo propuso la Administración, para ordenar el asunto de las sesiones virtuales.

Auditoría Interna

Es importante mencionar, que el servicio de asesoría que brinda las Auditoría Interna son para que la Junta Directiva y la misma Administración valoren las observaciones realizadas por esta Auditoría Interna, sin embargo, procedemos a indicar que por la naturaleza de nuestro producto, el mismo no es vinculante para la administración del INTA, pues reiteramos que con nuestras observaciones y comentarios, únicamente se pretende generar un refuerzo sobre temas de control interno y ordenamiento jurídico sobre la posibilidad de realizar sesiones virtuales de la Junta Directiva. Lo anterior no compromete nuestra independencia y objetividad en la ejecución de servicios posteriores vinculados con los asuntos tratados.

Sin otro particular, se suscribe atentamente;

Fanny Arce Alvarado
Auditora Interna
Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (INTA)

Cc: Archivo.