



17 de febrero del 2021
MIDEPLAN-AME-OF-0015-2021

Señora
María del Pilar Garrido Gonzalo
Ministra

Estimada señora:

En relación al recientemente aprobado proyecto de ley 21.180 "*Ley de Creación de la Agencia Nacional de Gobierno Digital*". quisiera externar algunos comentarios dados al respecto. En el oficio **AME-046-19 del 18 de marzo del 2019** esta Área brindó criterio técnico al respecto, ante consulta planteada en oficio DM-087-2007 del 12 de marzo del 2019 por parte del Ministerio de la Presidencia de la República, criterio que fue remitido al señor Luis Adrián Salazar Solís, entonces Ministro de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones a través del oficio DM-390-2019 del 18 de marzo, dentro de este análisis técnico se indicó:

*"2. Desde el punto de vista de la conformación estructural del sector público costarricense, el proyecto de ley crea una nueva institucionalidad pública, la cual se denominará **Agencia Nacional de Gobierno Digital**, la cual contará al menos con un Consejo Directivo y una Secretaría Técnica.*

Al estar creando una nueva dependencia, el proyecto de ley no está cumpliendo con los sanos propósitos de racionalización del gasto público, aun cuando su objetivo es buscar una transformación y modernización del Estado, mediante herramientas tecnológicas para la eficiencia del accionar de las instituciones, y que coordine e integre todos los esfuerzos de las acciones en tecnologías de información del Estado. Pero el mismo debe darse dentro de los términos de simplificar y hacer eficiente el esquema institucional ya existente, a través de los ministerios e instituciones que ya han emprendido algunas acciones, ya que el problema a solucionar no es crear una nueva instancia, sino más bien es evitar la dispersión de acciones en este campo, tratando de unificar y aprovechar al máximo las tecnologías de información con las que cuenta el Estado costarricense.

(...) 4. El proyecto de ley -en el artículo 4- establece la creación de la Agencia Nacional de Gobierno Digital, con personalidad jurídica propia, con objetivos y funciones que podría suponer que estamos ante una institución de corte autónoma, ya que no la vincula con ningún ente superior. Por lo que dicha Agencia será la encargada de impulsar una Sociedad de Información y del Conocimiento y de promover el buen uso de las Tecnología de la Información y Comunicación (TIC). De esta manera, el proyecto se encuentra creando institucionalidad pública, de naturaleza jurídica independiente y cuyo financiamiento procede, en gran parte, del Poder Ejecutivo, lo cual conlleva costos en el gasto público y ante los esfuerzos de la actual administración de contener el mismo sería

improcedente. Asimismo estaría siendo contradictorio, al crear un ente de naturaleza autónoma, ligada en su accionar al Poder Ejecutivo; situación que también se evidencia cuando en la conformación del Consejo Directivo se incluye a la persona del Presidente de la República o su representante, desvirtuando la naturaleza de personalidad jurídica propia que se le atribuye a la Agencia para desempeñar sus funciones.

De esta forma, es imprescindible tener claro que al dotar de personalidad jurídica a dicha Agencia, en el artículo 4, están creando una nueva institución pública en forma de ente descentralizado, con todo el aumento de costes financieros, materiales y de recurso humano que ello implica, en tiempos de crisis fiscal. Pero además, es necesario que se tenga claro que con la creación de esta nueva institución se está descentralizando, y por tanto cercenando al Poder Ejecutivo, una competencia estratégica para su futuro accionar y desempeño, como lo es la gobernanza pública.

(...) 7. La exposición de motivos es clara en justificar la evolución de las nuevas tecnología de información y comunicación que se vienen desarrollando y que impactan los canales de comunicación, que cada vez incorporan mayores tecnologías para mejorar el intercambio de información y la prestación de servicios hacia el ciudadano por parte del Estado. Ya que el contar con una herramienta digital por parte del Estado costarricense se convierte en un instrumento que podría propiciar la eficiencia de su accionar y hasta el momento los mismos no han sido aprovechados de la mejor forma, por lo que se requiere contar con una instancia que regule por parte del Estado tales acciones en dicho campo.

Pese a esto, el proyecto no establece claramente la necesidad de crear un ente u órgano público para regular lo correspondiente, ya que no muestra información respecto a impactos, necesidades, análisis costo – beneficio, análisis de otras instituciones que pueden desarrollar estas funciones conforme a sus competencias, entre otros aspectos que son necesarios al momento de considerar el establecimiento de una determinada institución, órgano o ente público. En este sentido, el proyecto asume que no existe una instancia donde muchas de las funciones se encuentran bajo un sistema muy diferente y sin ninguna coordinación de lo que se lleva a cabo actualmente en esta materia y lo que se trata es de encauzar todas esas acciones dispersas sin distinción de ninguna institución que funcione actualmente. Pero hay que tomar en cuenta que se está aumentando la institucionalidad del país, al proponer un órgano más. Además el mismo, aunque se le atribuye personalidad jurídica, no se menciona que tipo de naturaleza jurídica tendrá.

De esta forma, no hay fundamento técnico que justifique la creación de una institución pública para llevar el tema de Gobierno Digital. Asimismo, se identifican duplicidades con las funciones, objetivos y propósitos que finalmente se buscan con esta Agencia, al compararlo con RACSA y con el MICITT, pensando en la recientemente creada Dirección de Gobernanza Digital.

Al respecto, es necesario hacerse estas preguntas en relación a la creación de cualquier institución pública:

- *¿Cuál es la necesidad técnica que exige la atención del tema?*
- *¿Existe forma de atender dicha problemática por medio de estrategias que no impliquen la creación de una institución pública?*
- *¿Se han investigado opciones o alternativas desde el sector público para atender la situación?*
- *¿Se puede realizar una intervención institucional para el abordaje de la situación por medio de una(s) institución(es) ya creada?*
- *¿Cuál es la necesidad de atender dicha situación con la creación de una institución pública?*
- *¿Existe alguna institución pública que pueda asumir las funciones propuestas en el proyecto de ley?*
- *¿Se identifican duplicidades en el proyecto de ley con otras instituciones ya creadas?*

Más allá de no existir una base técnica que justifique la creación de la Agencia, es importante destacar que no queda clara la naturaleza jurídica de la entidad, aunque la personalidad jurídica propia remite a la creación de una institución autónoma.

Asimismo, no menciona a instituciones que han asumido tareas asociadas a las TIC como RACSA, ICE, MICITT, omitiendo el trabajo que realizan y que han venido desarrollando hasta la fecha.

(...) 10. Resulta jurídicamente inviable la creación de un Consejo Directivo que se constituya como jerarca de la Agencia, máxime que en este tendrían participación el mismo Presidente de la República y un representante del "sector privado", sin que -de paso- se defina qué se entiende por tal sector y como se nombraría tal representante. Esta inviabilidad se fundamenta en que, siendo la Agencia un ente descentralizado, resulta del todo impropio que para el ejercicio de sus competencias -que se supone que son exclusivas del ente- el Poder Ejecutivo pueda ingerir en ellas de forma directa, constituido en su jerarca, lo cual implicaría una evidente desnaturalización de la figura de la descentralización administrativa. Lo técnicamente apropiado y consecuente en un caso como este, es que se le nombre a la Agencia una junta directiva, o mejor aún, un jerarca unipersonal, que responda a directrices del Presidente de la República y su ministro del ramo, dependiendo de las circunstancias." (El subrayado no corresponde al original)

Posteriormente, a través del oficio **AME-174-19 del 29 de julio del 2019**, esta Área vuelve a emitir criterio técnico de este proyecto de ley, propiamente respecto a un texto sustitutivo, ante consulta planteada por la Comisión Permanente Especial de Ciencia, Tecnología y Educación de la Asamblea Legislativa, mediante el oficio AL-CPECTE-C-49-2019 del 22 de julio del 2019, criterio que parte fue remitido en oficio DM-1156-2019 del 31 de julio del 2019 a dicha Comisión. Dentro del análisis técnico realizado de este texto sustitutivo se determinó lo siguiente:

“1. Desde el punto de vista de la conformación estructural del sector público costarricense, el proyecto de ley crea una nueva institucionalidad pública, cuya naturaleza jurídica sería órgano desconcentrado del MICITT en grado mínimo con personalidad jurídica instrumental la cual se denominará Agencia Nacional de Gobierno Digital (ANGD), la cual contará al menos con un Consejo Directivo y lo que aparenta un traslado de la recientemente creada Dirección de Gobernanza Digital del MICITT a esta nueva Agencia. Al estar creando una nueva dependencia, el proyecto de ley no está cumpliendo con los sanos propósitos de racionalización del gasto público, aun cuando su objetivo es buscar una transformación y modernización del Estado, mediante herramientas tecnológicas para la eficiencia del accionar de las instituciones, y que coordine e integre todos los esfuerzos de las acciones en tecnologías de información del Estado. Pero el mismo debe darse dentro de los términos de simplificar y hacer eficiente el esquema institucional ya existente, a través de los ministerios e instituciones que ya han emprendido algunas acciones, ya que el problema a solucionar no es crear una nueva instancia, sino más bien es evitar la dispersión de acciones en este campo, tratando de unificar y aprovechar al máximo las tecnologías de información con las que cuenta el Estado costarricense. (...)

2. Se debe valorar la gestión que desempeña la actual Dirección de Gobernanza Digital del MICITT, a efectos de determinar si lo que se le pretende atribuir a la Agencia, es desempeñado en la actualidad por dicha dirección y el hecho de convertir o trasladar esta unidad organizacional en una institución contribuiría en la mejora de la eficiencia del servicio que se brinda o más bien sería burocratizar el servicio y aumentar el tamaño del Estado en un contexto de crisis fiscal; pudiéndose brindar un adecuado servicio en calidad y efectividad, a partir del mejoramiento de la gestión de la mencionada dirección; maximizando los recursos que ya se disponen.

(...) 4. En relación con el artículo 4 inciso a); se puede indicar que coordinar las acciones que dicte un rector en materia de su competencia es un deber de cualquier entidad, según lo establecido en la Ley General de la Administración Pública, por lo que no debe calificar como objetivo de la ANGD. Incluso, podría ser más eficiente el desempeño de dicho objetivo siendo parte de la estructura interna del MICITT, dado que como órgano desconcentrado no se puede ordenar las funciones del inferior, solamente se puede orientar y guiar la acción de los órganos. Siendo un órgano desconcentrado se afecta el principio de jerarquía; principio que es de plena competencia para el ministro sólo si se mantiene como una unidad organizacional dentro del ministerio.

Aunado a lo anterior los objetivos señalados en los incisos c); d) y f) resultan ser tan amplios, generales y de competencia de todos los entes de la Administración Pública, que resultan ser una obligación sine qua non deben operar las instituciones del Estado.

En general este artículo presenta distorsiones propias del desconocimiento de las acciones que debe de realizar un órgano desconcentrado. Antes que nada, no es claro cuál es la competencia desconcentrada. Es absolutamente necesario entender que la desconcentración es una técnica para que una competencia que realiza un determinado

Ministerio, sea realizada por un órgano que tiene responsabilidades técnicas sobre dicha materia desconcentrada. En los objetivos no es claro comprender con exactitud cuál es la competencia desconcentrada, y aunque se infiere que es “Gobierno Digital”, ni siquiera existe una definición o una referencia explícita sobre el tema y lo que consiste en Costa Rica. Es decir, al ser este un proyecto de ley, debe quedar plasmado con mayor ahínco el objetivo primario que es el de fomento del Gobierno Digital, y no caer en la inconsistencia técnica de crear un órgano para cubrir un tema, cuando existen otro tipo de soluciones más prácticas y viables. Ese es un ejercicio que técnicamente desvirtúa los propósitos que podría tener la creación de este tipo de órganos que pretenden impulsar el tema de Gobierno Digital.

(...) 7. Respecto al artículo 7 referido al Consejo Directivo no se dilucida el sentido de su existencia ni de su conformación, es decir, la razón de establecer la participación de los ministros ahí señalados y la omisión de representantes de otros entes que podrían aportar aspectos de gran importancia para la temática. Aunado a ello, debe valorarse la cantidad de órganos colegiados a los que deben asistir los ministros, actividades que están consumiendo las diligencias de los jefes y los abstrae del trabajo estratégico.

Tampoco se vislumbra la importancia de la existencia del Consejo, dado que las funciones que se le atribuyen podrían ser ejecutadas por cualquier funcionario de rango directivo o gerencial, tal cual se realiza en la actualidad por parte de la Dirección de Gobernanza Digital; funciones que como están propuestas, no resultan sustantivas.

(...) 10. Según la práctica administrativa, resulta contraproducente establecer la composición orgánica de un ente a partir de una ley, tal como se establece en el artículo 10; esto por cuanto la modificación de una ley resulta muy complejo y la realidad institucional requiere de ajustes y transformaciones constantes que serían de gran complejidad realizar debiendo ser sometidos a la práctica legislativa.

En el artículo 10 se dicta que la ANGD estará a cargo la Dirección de Gobierno Digital, que actualmente es una dependencia administrativa del MICITT. Por cuestiones de semántica este artículo debe redactarse de otra forma para que se pueda entender si esta nueva agencia estará absorbiendo a la dirección o el caso contrario. Se recomienda que se señale en algún articulado que la Dirección de Gobernanza Digital del MICITT pasará a ser una instancia de la ANGD. Misma situación se estaría dando con las atribuciones que se le están dando a la Dirección de Gobierno Digital en relación al funcionamiento de la ANGD, en el cual no queda claro, cuál de estas dos instancias es el que va a llevar las acciones preponderantes para el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación de la Administración Pública.

Lo indicado en este artículo es un despropósito jurídico puesto que un órgano desconcentrado como es la ANGD, no puede estar a cargo de otra estructura interna como es la Dirección de Gobierno Digital. Un órgano desconcentrado es independiente en su esencia –no puede contar con línea jerárquica directa de nadie- en relación con el

desempeño de su propia competencia asignada, y deberá contar con su propio director o jefatura.

f) CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Se recomienda evitar la creación de más instituciones que vienen a generar más burocratización y menos valor público, debiéndose fortalecer la gestión que desempeñan las instancias que ya funcionan que los proponentes del proyecto puedan definir mejor la naturaleza jurídica que se le estaría atribuyendo a la Agencia en cuestión (aclarando el espíritu de la misma), y conocer sobre el papel que otras instancias en el país vienen realizando, en el campo de las tecnologías de información y comunicación digital, para así contar con un contexto integral y amplio de las diferentes acciones que se vienen ejecutando, procediendo de esta forma a proponer una estrategia más viable para el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación en el Estado costarricense. Dentro del cual una opción sería, que se fortalezca el accionar o ver la posibilidad de que una instancia ya existente como lo es RACSA o el MICITT pueda asumir esa responsabilidad y así evitar que se ensanche el entorno institucional costarricense.

(...) 4. Resulta vital tener absoluta claridad de la naturaleza jurídica, funciones y estructura organizacional de la Agencia, como parte del Poder Ejecutivo, pues a partir de su posición dentro de la administración pública, se podía estar determinando que su desempeño sea eficiente y eficaz, para las competencias para la cuales se estaría creando y para que así pueda impactar de forma positiva en la planificación del desarrollo digital que busca el país.” (El subrayado no corresponde al original)

Finalmente, en el oficio **MIDEPLAN-AME-OF-0022-2020 del 5 de marzo del 2020**, se vuelve a emitir criterio técnico de un segundo texto sustitutivo para la creación de esta Agencia, en el cual se reitera en gran medida lo indicado en los anteriores informes técnicos, rescatando lo siguiente:

“4. El artículo 3 señala la creación de la ANGD como un órgano de desconcentración mínima para administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiere; lo cual resulta improcedente, dado que la administración de recursos y presupuesto no son competencias delegables y tampoco son atribuibles a partir de una desconcentración mínima; lo que se desconcentran son funciones exclusivas en razón de la tecnicidad, la eficacia y eficiencia, imparcialidad y objetividad administrativas.

Al respecto, la Procuraduría General de la República (PGR) ha indicado “Ahora bien, no se trata de cualquier tipo de competencia, sino de una competencia para resolver, para decidir en forma definitiva sobre una materia determinada por el ordenamiento. Esta atribución se funda en la necesidad de especializar ciertos órganos en materias específicas, de manera que se satisfagan en mejor forma los cometidos públicos.” (Dictamen 214 del 02/07/2004)

Siendo que a pesar de no ser recomendado para este caso específico, esto es atribuible solamente a partir de otorgar personalidad jurídica instrumental “La atribución de personalidad jurídica presupuestaria o personalidad instrumental implica la titularidad de un presupuesto y una ejecución presupuestaria autónoma, de modo que es la nueva “persona” la que toma las decisiones fundamentales en materia presupuestaria. Por esta vía se desea flexibilizar la aplicación de disposiciones de ejecución y control presupuestario, facultando una gestión financiera autónoma, sólo sujeta a las disposiciones expresamente establecidas por la ley al respecto. Por lo que, en principio, la persona presupuestaria podrá realizar directamente los contratos que requiera para el cumplimiento de sus fines. En ese sentido, es claro que los fondos asignados no pueden ser destinados sino para el cumplimiento de los fines previstos legalmente.” (PGR, Dictamen 214 del 02/07/2004)

De igual forma, lo dispuesto en este artículo es contrario a lo establecido en la Ley 9524 “Fortalecimiento del control presupuestario de los órganos desconcentrados del Gobierno Central”, cuyo artículo 1 establece lo siguiente “Todos los presupuestos de los órganos desconcentrados de la Administración Central serán incorporados al presupuesto nacional para su discusión y aprobación por parte de la Asamblea Legislativa.”

En este mismo artículo, sobre el principio de transparencia, debe aclararse que la información pública disponible y accesible sea la producida por el Estado, siempre y cuando no sea sensible o confidencial, en cuyo caso será accesible solo para la persona directamente concernida.”

Pese a lo externado por esta Área en los distintos criterios técnicos y conocedores de las competencias de la Asamblea Legislativa, el proyecto siguió su trámite dentro de la Comisión respectiva y fue aprobado por el Plenario Legislativo en segundo debate el pasado 21 de enero, ante lo que se procedió a revisar el texto dictaminado con el fin de conocer lo aprobado, encontrando lo siguiente:

- El artículo 1 indica que la Agencia será el ente rector en materia de gobierno digital y que será el órgano encargado de implementar y ejecutar los servicios y proyectos transversales y estratégicos para las instituciones de la Administración Pública en materia de gobierno digital (artículo 1).
- El artículo 4 se indica que la Agencia es un órgano adscrito y bajo la rectoría del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT) y que tendrá independencia operativa para el cumplimiento de sus funciones, las cuales se determinan en el artículo 6.
- En el Capítulo III (artículos del 8 al 15) se indica que contará con una Junta Directiva y una Gerencia dentro de su organización. La norma no determina expresamente que la Junta Directiva sea su máxima jerarquía, pero del análisis de las funciones establecidas en el artículo 10 se puede desprender que así es, ya que le corresponde, entre otras cosas, la aprobación de las normas, presupuestos, políticas, planes,

planes y proyectos, así como el nombramiento y destitución del gerente. En el caso del gerente (artículo 11) si se indica que este será el apoderado general y tendrá la representación judicial y extrajudicial de la Agencia.

- De igual forma, en los transitorios se brinda un plazo de seis meses para reglamentar la Ley por parte del Poder Ejecutivo, además de noventa días naturales adicionales -aproximadamente cuatro meses y medio- (una vez reglamentada la ley) para la constitución de la Junta Directiva. Asimismo, una vez constituida la Junta Directiva (inicio de operaciones de la Agencia), el MICITT deberá trasladar todos los proyectos en materia de gobierno digital que se encuentre realizando en un plazo máximo de seis meses. Es decir, en cuanto a plazos, la Agencia debería estar ejecutando sus funciones a más tardar a mediados del 2022.

Conforme a lo anterior, conociendo que la propia Procuraduría General de la República (PGR) ha indicado que el término "*adscrito*" no tiene una definición en concreto en derecho, más allá de que "*pertenece a*", no queda claro de la propia normativa si se debe considerar a la Agencia como un órgano desconcentrado (en algún grado no definido en la norma) al MICITT o se deberá considerar como una Dirección más de dicho ministerio.

En caso de ser una dirección del MICITT, esto podría ser una nueva distorsión dentro del funcionamiento de la institucionalidad pública, ya que pese a que organizacionalmente el máximo jerarca es el Ministro (a) -jerarca unipersonal-, la Agencia debe cumplir con las instrucciones que le brinde la Junta Directiva -órgano colegiado-; asimismo, de la aclaración de tal situación depende el debido establecimiento del régimen recursivo, de cara al agotamiento de la vía administrativa.

Según nuestro análisis técnico - jurídico, pareciera que con la creación de esta Agencia, estamos en presencia de otra entidad de naturaleza jurídica indeterminada y confusa por de más, dado que tal y como está redactada la ley, pareciera que la Agencia en mención deviene en un órgano con desconcentración tácita, pero esta es una conclusión a la que solo la Procuraduría General de la República o los tribunales pueden arribar, de manera definitiva y vinculante, junto con la determinación del grado de desconcentración que tenga, una vez que el proyecto sea ley de la República. Por parte del área, solo podemos especular y fijar provisionalmente, una naturaleza jurídica que consideremos afín y pertinente.

Lo que sí resulta indudable es que esta Agencia es un simple órgano y no una institución, dado el grado de adscripción que se le está dando respecto del MICITT y su ausencia de personalidad jurídica propia y al creársele un órgano directivo que la regenta, pareciera que habría que descartar que se trate de una Dirección, o cualquier otra dependencia administrativa, por lo que su ubicación tendría que ser fuera del organigrama del sector público como órgano desconcentrado.

El motivo de este oficio es justamente recomendar la revisión de estos elementos señalados de manera que se valoren nuevamente las posibilidades que existen para que

los diputados debatan y corrijan los temas anteriormente mencionados antes de que se materialice en ley formal de la República.

Lo anterior se menciona dado que en este momento todavía se podría llegar a subsanar las inconsistencias y duplicidades que la creación de esta Agencia plantea, como producto de la indeterminada naturaleza jurídica que padece, ya que una vez que se dé el ejecútese por parte del Presidente de la República sólo queda como opción plantear la consulta ante la PGR para aclarar esta situación, siendo que lo adecuado y oportuno es corregir el problema en su origen, promulgando leyes claras y bien elaboradas.

Es por lo anterior que se sugiere que usted le planteé al señor Presidente, que vete este proyecto de ley, de manera que los diputados puedan corregir y dejar bien establecida la naturaleza jurídica de esta Agencia, así como su relación con la Dirección de Gobierno Digital, también del MICITT, respecto de la cual hay claro traslape de funciones y de autoridad por la materia que ambas abordan.

Es nuestro criterio que este tipo de situaciones, se pueden subsanar de previo si las señoras diputadas y los señores diputados, a la hora de debatir esta clase de proyectos, considerarán, con mayor atención, la rectoría y competencias que tiene el Ministerio en materia de gestión pública, estructura organizacional, institucionalidad pública y la determinación de naturaleza jurídica de entes y órganos.

Nuestra intención no es modificar la intención que tienen las personas diputadas de la República, sino tener claridad dentro del marco de competencias del Área, ya que eventualmente podría incluirse esta Agencia en el Listado de Instituciones y Órganos Públicos que mantiene la Unidad de Estudios Especiales y eventualmente se deberá realizar un proceso de reorganización administrativa, ya que si es una dirección del MICITT podría entenderse la Dirección de Gobernanza Digital, existente en la actualidad, como esta Agencia y si fuese un órgano desconcentrado, más bien debería trasladarse esta Dirección a la Agencia y desaparecer sus funciones del MICITT, para evitar caer en duplicidad de funciones.

Atentamente,

Luis Antonio Román Hernández
Gerente
ÁREA DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

C. Sr. Rolando Hidalgo Ramírez, Despacho Ministerial
Sra. María José Zamora Ramírez, Asesoría Jurídica
Archivo