

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **09826**

08 de Octubre, 2010
DJ-03813-2010

Señora Diputada
Viviana Martín
Presidenta
Comisión Especial de Tránsito
ASAMBLEA LEGISLATIVA
Fax: 2243-2440

Estimada señora:

Asunto: Consulta sobre el proyecto de ley denominado “texto sustitutivo del expediente 17.485, *“Reforma a varios artículos de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres número 7331 y sus reformas”*”.

Se refiere este Despacho a su oficio número CET-057-10 de fecha 14 de septiembre de 2010, recibido en esta Contraloría General en fecha 16 de septiembre del año en curso, mediante el que consulta el criterio de este órgano contralor sobre el texto sustitutivo de la ley denominada “Reforma a varios artículos de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres número 7331 y sus reformas”, iniciativa que se tramita en el expediente legislativo N° 17485.

I. Criterio de la División.

Con respecto al contenido de la iniciativa de ley que nos ocupa, haremos mención de algunos elementos generales que se aprecian en el texto sustitutivo sometido a criterio de este Despacho y de algunos artículos que atribuyen o confieren funciones a la Contraloría General de la República, cuya procedencia y alcance deben precisarse. Al efecto, de manera puntual, se presentan las siguientes observaciones.

Consideraciones Generales.

De previo a referirnos en concreto al articulado del proyecto en consulta, considera este Despacho que han de indicarse dos aspectos relevantes que se aprecian en el texto sustitutivo sometido a criterio.

En primer lugar, llama la atención de este órgano contralor el hecho que varios de los artículos del nuevo texto sustitutivo, ya habían sido analizados cuando se gestionó un criterio bajo el mismo expediente legislativo No. 17485 y al cual se le dio respuesta mediante el oficio No. 00118 de fecha 7 de enero de 2010.

No obstante, se aprecia de la simple lectura de estos artículos que mantienen -en su mayoría- la redacción anterior, pese a las manifestaciones hechas por este órgano contralor. Esto preocupa de manera significativa a este Órgano Contralor, porque pese a que el criterio refiere a aspectos que directamente vinculan a esta institución y al ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, no se logra apreciar que se esté tomando en cuenta por parte de la respectiva comisión legislativa.

De ahí la excitativa para que, tratándose, sobre todo de aspectos que determinan el quehacer de esta Contraloría, el legislador se muestre mucho más celoso al momento de decidir los aspectos que va a incorporar normativamente y en ese sentido, se sirva utilizar como insumo imprescindible lo que esta institución le aporta.

En segundo término, resulta oportuno hacer ver a la Comisión Especial de Tránsito el hecho que en el presente texto sustitutivo, resulta sumamente difícil entender si estamos frente a la reforma de “algunos o varios” artículos a la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres No. 7331 y sus reformas, puesto que no se indica de manera precisa cuáles son los artículos reformados, si se adicionaron algunos, o -por el contrario- si lo que se pretende es derogar la ley anterior de manera tácita, bajo los términos del artículo 293 del mismo texto sustitutivo.

De ahí que alertemos sobre los términos en que se plantea este texto sustitutivo y la dificultad que existe para los alcances y efectos de la reforma propuesta, incluso para los propios administrados en cuanto a las variaciones o reformas que se realicen a la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres vigente, ya que dicho texto no es claro en indicar cuales artículos son los reformados de manera precisa (dado que incluso se ha incrementado el articulado de la presente ley con el proyecto de reforma), o si lo pretendido es una “reforma total”, en cuyo caso lo que correspondería sería una derogatoria.

III. Sobre el articulado del proyecto de ley.

- Artículo 255 y 292.

El artículo 255 refiere a la creación del “Fondo para la jurisdicción de tránsito” y el artículo 292 consiste en la reforma del artículo 10 de la Ley de Administración Vial, que en síntesis refiere al “Fondo de Seguridad Vial” y sus recursos.

Sobre el particular, se reitera que en su momento, este órgano contralor, mediante oficio No. 00118 de fecha 7 de enero de 2010, indicó -en lo conducente- que la normativa propuesta no era precisa en cuanto al ámbito de responsabilidad que enfrenta la Administración con respecto al manejo de los fondos creados y además, el hecho que se debe delimitar el alcance de las potestades de control y fiscalización del órgano contralor con respecto a la gestión administrativa y control interno, propios de las Administraciones Públicas.

De tal manera que aunque ambas normas señalan que corresponde a la Contraloría General de la República fiscalizar el correcto uso de dichos fondos, es recomendable que esas disposiciones asignen de forma expresa la obligación a las respectivas Administraciones de

ejercer un uso correcto y control de dichos recursos. Lo anterior, sin demérito de la potestad de fiscalización y control superiores que detenta el órgano contralor sobre los recursos en cuestión.

Siendo en tal sentido que se advierte la necesidad de delimitar el régimen de responsabilidad de los gestores públicos, de modo que no se continúe con la práctica legislativa de asignar funciones de administración a los órganos externos de control.

El criterio emitido por este órgano contralor en su momento y que se resumió en líneas anteriores, se mantiene ante la consulta gestionada nuevamente a este Despacho. No obstante, se considera oportuno y conveniente ratificar algunas ideas en este mismo sentido.

Primeramente, hemos de manifestar que es criterio del ente contralor que resulta innecesario que le establezcan, mediante estos artículos específicos, a la Contraloría General de la República, la función de fiscalizar dichos fondos, por cuanto ya este órgano posee dicha potestad encomendada incluso a nivel constitucional.

Asimismo, el hecho de señalar de manera expresa la fiscalización por parte de este Órgano Contralor, en cuanto a los fondos regulados en los artículos en estudio, resulta inadecuado porque genera una imprecisa expectativa de fiscalización sobre esos fondos, dado que, como se indicó arriba son las propias administraciones las primeras obligadas a dicha función de control y la Contraloría lo que le compete, únicamente, es a ejercer su genérica potestad de fiscalización posterior que tiene asidero constitucional en el artículo 183 de la Carta Magna y cuya planificación se basa en riesgos para determinar las áreas prioritarias que requieren de dicho control.

En consecuencia, se debe llamar la atención sobre el hecho de que el control adecuado del uso de esos fondos son responsabilidad del administrador del fondo, por lo tanto, establecer que la Contraloría General de la República va a ejercer esa fiscalización es conferirle una función de co-administración que no le corresponde, lo cual puede implicar -a su vez- un debilitamiento de las responsabilidades que tiene esa Administración sobre el fondo, al hacer copartícipe a este órgano contralor de una función que no le resulta propia de la fiscalización superior, promoviendo la posible irresponsabilidad del principal llamado a la vigilancia del fondo.

Por todo lo expuesto, se llama la atención del legislador en el sentido que, precisamente, este tipo de funciones “atípicas” que no le corresponden al órgano contralor fueron discutidas en el proyecto de ley 16790 que le dio origen a la Ley No. 8823, mediante la cual se devolvieron esas responsabilidades a quien naturalmente correspondían. De ahí que se insiste que debe existir claridad por parte del legislador respecto a la función de vigilancia de la Hacienda Pública que realiza la Contraloría General de la República, para que pueda destinar sus recursos a las funciones esenciales que como entidad de fiscalización superior le competen.

Ahora bien, en cuanto al artículo 292 que autoriza al Consejo de Seguridad Vial para constituir fideicomisos para la administración de recursos del Fondo de Seguridad Vial, conviene hacer las siguientes acotaciones:

En primer lugar, la norma resulta confusa, en tanto, por un lado, autoriza al Consejo de Seguridad Vial (COSEVI) para constituir fideicomisos para la administración de los recursos del Fondo de Seguridad Vial. Sin embargo, en el párrafo siguiente dispone, en forma imperativa, que los recursos deben ser depositados en una cuenta especial en un Banco del Estado. Ante ello, obsérvese que la constitución de este tipo de fideicomiso, implicaría la imposibilidad de cumplir con la obligación de depositar los recursos del fondo en una cuenta especial en un Banco del Estado, a la orden del COSEVI.

En todo caso, es necesario tener presente que, uno u otro mecanismo de administración financiera, deberían ser acordes con lo dispuesto por el artículo 185 de la Constitución Política y el Art. 66 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley No. 8131 del 18 de septiembre de 2001.

Desde esa perspectiva, es importante recordar que el negocio jurídico fiduciario, por su maleabilidad intrínseca, puede ser de mucha utilidad para la Administración Pública en determinadas circunstancias; tal es el caso, por ejemplo, de algunos fideicomisos de titularización¹. Sin embargo, en otro tipo de fideicomisos –como puede ocurrir con ciertos fideicomisos de administración o inversión– sus fines y objetivos pueden llegar a atentar contra el mismo interés público y la sana administración de los fondos públicos², y esa parece ser la situación inadecuada que podría ocurrir con el fideicomiso de inversión que se propone constituir con este proyecto de ley.

Obsérvese que el proyecto pretende entregar los recursos del Fondo de Seguridad Vial a un fiduciario, para que este invierta esos recursos en condiciones de bajo riesgo y alta liquidez. Ello implica, por lo general, que el fiduciario invierta esos fondos públicos en la compra de títulos emitidos por el Gobierno de la República.

¹ En cuanto a la distinción entre fideicomisos de administración y fideicomisos de titularización, y el distinto impacto que pueden tener para la consecución de los fines de la Administración Pública, véase: Contraloría General de la República, División de Contratación Administrativa, dictamen N° 12168 (DCA-3708) del 14 de noviembre de 2008.

² Es importante recordar que, cuando se autoriza que un órgano público administre su patrimonio mediante fideicomisos de administración, en la práctica ha ocurrido que –en vez de que el fideicomiso gestione y transfiera recursos al órgano para cubrir sus gastos–, el órgano público se ha trasladado de manera improcedente al fideicomiso. Lo anterior contradice la naturaleza jurídica del negocio jurídico fiduciario, se aparta de lo establecido en el ordenamiento jurídico y desconoce la naturaleza pública del órgano trasladado, además, de que atenta contra normas y principios constitucionales y legales que rigen la contratación administrativa y el empleo público. Asimismo, es claro que no resulta procedente que un ente u órgano público delegue en el fiduciario sus procesos de adquisición de bienes y servicios; es decir, el fiduciario podría contratar bienes y servicios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, mas no la compra de bienes y servicios para la entidad fideicomitente (funcionando como una oficina de proveeduría de esa institución). Al respecto véase la situación expuesta por esta Contraloría General de la República, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, dictamen N° FOE-AM-0122 del 27 de febrero de 2006, así como lo indicado en el dictamen de la División Jurídica, N° 7842 (DJ-0411) del 27 de julio de 2009.

En términos simples, esto podría implicar –en la práctica– que tendríamos al Estado pagando intereses por fondos públicos del propio Estado, con el consecuente incremento en el nivel gastos del Estado y el probable incremento en el financiamiento del déficit mediante deuda.

Ante ello, no es posible olvidar que, de conformidad con los artículos 176 y 185 de la Constitución Política, operativizados por los numerales 1 y 66 de la citada Ley No. 8131, los recursos líquidos de las entidades sujetas al Sistema de Administración Financiera del Estado – entre las que se encuentra el COSEVI³– deben formar parte de un fondo único a cargo de la Tesorería Nacional; para el control de la liquidez en función de una sana administración de las finanzas públicas, mediante cuentas separadas que garanticen el giro de los recursos a sus destinatarios de manera oportuna, para la satisfacción de los distintos programas y proyectos públicos.⁴

Es decir, si bien, este Órgano Contralor ha considerado que no existe una incompatibilidad *per se* entre la figura general del fideicomiso y el principio constitucional de caja única, ello es así en el tanto los fines del fideicomiso puedan ser llevados a la práctica, aún y cuando los recursos de ese patrimonio fideicometido se administren en las cuentas de la Tesorería Nacional. Así, el fideicomiso coexistiría con el hecho de que la mayoría de los recursos sean administrados por la Tesorería Nacional y únicamente ingresen al patrimonio fideicometido hasta el momento en que esos recursos se requieran.⁵

Es por ello que la Contraloría General ha señalado que –aún cuando pueden constituirse fideicomisos por parte de entidades públicas– es necesario considerar la finalidad que se persigue con éstos instrumentos de gestión, dado que representan un costo financiero, por lo que la decisión en torno a su creación debe atender a motivos de interés público, justificados a criterio y bajo la responsabilidad de la misma Administración.

Por tal razón, se ha indicado la conveniencia de revisar la permanencia de un fideicomiso, en aquellos casos en los que el manejo de los recursos en cuentas de la Tesorería Nacional deje sin contenido el objeto del fideicomiso. Bajo esa misma tónica, se ha requerido que, previo a la constitución de un fideicomiso, la institución fideicomitente realice siempre un análisis financiero, mediante el cual demuestre la relación costo-beneficio que se daría con un negocio jurídico fiduciario en tales circunstancias.⁶

³ Sobre la naturaleza jurídica del COSEVI como órgano desconcentrado con personalidad jurídica instrumental del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, véase, entre otros: Procuraduría General de la República, dictamen N° C-113-2006 del 16 de marzo de 2006.

⁴ En cuanto a la gestión de los recursos de los órganos y entidades públicas, en las cuentas que administra la Tesorería Nacional, véase el Reglamento para el funcionamiento de la Caja Única del Estado, Decreto Ejecutivo N° 33950-H del 26 de julio de 2007.

⁵ En ese sentido ver dictamen 12168 (DCA-3708) del 14 de noviembre de 2008, citado *supra*; así como, de esta misma Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica, el N° 6290 (DAGJ-0884-2009) del 12 de junio de 2009.

⁶ Sobre estos temas véase, entre otros: Contraloría General de la República, División de Contratación Administrativa, N° 4698 (DCA-1495) del 26 de mayo de 2008; División de Asesoría y Gestión Jurídica,

En consecuencia, la propuesta de administrar los recursos del Fondo de Seguridad Vial mediante un fideicomiso de inversión, resulta cuestionable por cuanto:

- a) Genera ciertas dudas en cuanto a su compatibilidad con el Art. 185 de la Constitución Política, operativizado por el numeral 66 de la Ley N° 8131, dada la conformación particular del fideicomiso que este proyecto de ley autoriza constituir.
- b) Dado que, muy probablemente, el fideicomiso invertiría en títulos del Gobierno, ello implicaría –dicho en términos llanos– el tener al Estado pagando intereses por inversiones que –al fin de cuentas– son fondos públicos del mismo Estado, con el consecuente incremento de la deuda interna.
- c) En caso de que excepcionalmente se autorizara su creación, bajo la condición de que los recursos se administren en cuentas de la Tesorería Nacional –y únicamente ingresen al patrimonio fideicometido hasta el momento en que esos recursos se requieran–, resultará necesario un análisis financiero que demuestre el costo-beneficio de constituir un fideicomiso de inversión en tales circunstancias.

En razón de todo lo anterior, recomendamos que este proyecto de ley sea consultado al Ministerio de Hacienda y a la Tesorería Nacional, haciendo especial énfasis en los mecanismos de gestión financiera que se proponen con esta normativa.

- Artículo 261.

El artículo en análisis refiere a los destinos específicos de la multa y en el párrafo último indica que los entes y asociaciones que reciban las transferencias anualmente presentarán un informe de liquidación presupuestaria de esos fondos ante el Consejo de Seguridad Vial, sin perjuicio de los que deban rendir ante la Contraloría General de la República.

En cuanto a esta disposición, considera este Despacho que la norma en mención debe circunscribirse al hecho de que la presentación de los informes sean suministrados al Consejo de Seguridad Vial como encargado de transferir los recursos, siendo innecesario que se indique o señale la intervención de la Contraloría General de la República, puesto que ya el ordenamiento jurídico dispone que este tipo de fiscalización está dentro de sus potestades.

De igual manera, considera este Despacho la conveniencia de que exista claridad y armonía en cuanto a los porcentajes asignados en este artículo, a fin de que sean bajo un mismo parámetro para evitar futuras dificultades presupuestarias.

- Artículo 285.

En primer término, cabe indicar que la redacción del artículo es imprecisa al manifestar “...*La aplicación y verificación del cumplimiento de las anteriores disposiciones están a cargo*”

de la Contraloría General de la República...” (la negrita no es del original) puesto que puede entenderse por anteriores disposiciones prácticamente toda la ley, aunque se venga hablando de disposiciones relativas a los vehículos y esto puede generar confusión, ante la interrogante de ¿cuáles anteriores disposiciones?.

Por otra parte, aprecia este órgano contralor que en la normativa en estudio, nos encontramos ante disposiciones que refieren propiamente a control interno, ya que todo lo referente al manejo y disposición de los vehículos a nivel institucional se encuentra inmerso en el control interno que cada Administración debe ejercer y de tal manera, es la encargada de establecer los mecanismos a utilizar para lograr un control eficiente y eficaz.

En los términos en que está concebido el artículo bajo examen, en criterio de este Órgano Contralor, se establece una nueva función de co-administración, para lo cual remitimos a lo ya expuesto sobre este tema en líneas anteriores.

Además, se debe tomar en cuenta que el Manual de Control Interno para el Sector Público (N-2-2009-CO-DFOE) emitido el 26 de enero de 2009 y publicado en el Diario Oficial "La Gaceta" No. 26 del 6 de febrero de 2009, en su artículo 4, derogó el “*Manual sobre normas técnicas de control interno relativas al uso, control y mantenimiento de vehículos*” de noviembre de 1995, publicado en el Alcance N° 7 de La Gaceta N° 24 del 2 de febrero de 1996; de ahí que los vehículos institucionales se pueden considerar como activos de las Administraciones según el artículo 4.4.5 del nuevo Manual. Por lo tanto, son labores propiamente de control interno de cada Administración que no le deben ser encomendadas a este ente fiscalizador.

Finalmente, se debe hacer la observación que en el último párrafo del artículo en estudio, se hace referencia al hecho que cuando se observe al conductor o a los acompañantes bajo los efectos del alcohol o muestren una conducta anormal o rebeldía para someterse a una inspección de rutina, la autoridad procederá, a inspeccionar y redactar el informe correspondiente para que se tramite al Ministerio o la dependencia a que pertenezca y a la Contraloría General de la República.

Ante esta situación estima este Despacho que existe un erróneo enfoque por parte del legislador, ya que el hecho que un funcionario haya incurrido en conductas que le pueden acarrear o no responsabilidad administrativa, le corresponde definirlo directamente a la Administración para la que labora, quien estará obligada a realizar dicha determinación siguiendo previamente el debido proceso.

- Transitorio XV:

En este punto, se debe tomar en cuenta que el derecho transitorio es una técnica jurídica que busca dar respuesta a los problemas de aplicación de las normas en el tiempo, en virtud de producirse la derogatoria de una norma y la entrada en vigencia de otra, cuando se requiere necesariamente adaptar las situaciones prevalecientes a la realidad normativa o jurídica que se constituye con la nueva ley.

Bajo este orden de ideas, resulta oportuno observar que el texto de la norma en estudio, no constituye realmente una disposición transitoria, porque no establece una regulación provisional. Por el contrario, tiene una verdadera vocación de permanencia, pues deja a las instituciones comprendidas en esta normativa, obligadas sine die a cumplir con lo establecido.

Por tal motivo resulta conveniente que se defina de manera clara la naturaleza de esta norma.

Valga, además, hacer la aclaración que el sector no se denomina “transportes”, sino: “Infraestructura y Transporte”, según lo dispone el Decreto Ejecutivo N° 34582 del 14 de junio del 2008.

Asimismo, la norma ordena a las instituciones del sector trasladar un 10% del superávit. Sin embargo, no queda claro si se trata del superávit libre o el específico, el cual –además- se utilizará para la contratación de policías de tránsito. Por tal razón, resulta necesario analizar la compatibilidad de este transitorio con lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley No. 8131 del 18 de septiembre de 2001, que proscribe financiar **gastos corrientes** con ingresos de capital.

Por último, existen administraciones que, por disposición legal, no pueden disponer del superávit, o lo tienen comprometido. Por tal razón, para evitar dificultades en la aplicación de esta norma –que podrían llevar a su inaplicación parcial o total–, es importante que el legislador indique en el apartado de reformas y derogatorias, cuáles disposiciones legales pretende afectar con este transitorio y aclare, a la vez, si tal afectación sería transitoria o de carácter permanente, a fin de evitar dificultades presupuestarias.

Atentamente,

Licda. Rosa Fallas Ibáñez
Gerente Asociada

Licda. Karen Susana Zamora Gallo
Fiscalizadora Asociada

KSZG/ysp

NI: 17542

G: 2010000638-27