

DICTAMEN JURIDICO
RELACIÓN AyA-ASADAS
NATURALEZA JURÍDICA, DE LOS FONDOS PÚBLICOS Y
DE LA INFORMACIÓN QUE GESTIONAN LAS ASADAS

I. Potestades de dirección y de gobierno (rectoría) del AyA con relación a las ASADAS. Fundamento legal.

En el caso del AyA y las Asociaciones Administradoras, tenemos que la autoridad máxima es el AyA, quién tiene de conformidad con el artículo primero de la Ley Constitutiva las siguientes competencias en el campo: *“Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del estado”* y que ejerce esas potestades superiores respecto de un número determinado de sujetos independientes de la institución, pero que se encuentran sometidas a ella, por realizar o prestar la actividad sobre la cual la Institución es la autoridad máxima (ASADAS).

Partiendo de ello, tenemos que las Asociaciones Administradoras son sujetos independientes, tienen frente al rector (AyA) algún grado de autonomía (asuntos de organización), pero sometidas a una actividad pública, por tanto decimos que encuentran limitaciones, por la relación de especial sujeción o relación intensa que se da entre ellas y el AyA, tema que analizaremos más adelante, dado que es el Instituto quien planifica, dirige, coordina, controla y excepcionalmente ordena la actividad pública que es gestionada por las ASADAS.

Asimismo, la delegación en estas organizaciones encuentra fundamento en la misma Ley Constitutiva del AyA que en el artículo 2 inciso g) faculta al AyA a convenir con organismos locales, la administración de tales servicios o administrarlos a través de juntas administradoras de integración mixta.

En virtud de ello, la administración, operación, mantenimiento y desarrollo de los sistemas comunales se delega en Asociaciones Administradoras (regidas por la ley 218 y su reglamento) constituidas sin fines de lucro y con personería jurídica propia para que gestionen el servicio público de agua potable y alcantarillado sanitario, lo que significa que la titularidad del servicio la conserva el Instituto y la gestión la realiza dicho tercero, figura que ha sido avalada por la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, tal y como lo veremos más adelante.

Reiteramos, el AyA mantiene la titularidad de la prestación del servicio de los Acueductos y Alcantarillados dados en delegación a las Asociaciones Administradoras, esta última lo que realizan es la gestión del servicio bajo la dirección, control, fiscalización, evaluación y planeación del Instituto.

La que priva es la figura de la delegación como una manifestación del principio de colaboración entre las administraciones públicas y los particulares en la prestación del servicio público, permitiendo esta figura el desdoblamiento entre la titularidad de la prestación (que la mantiene la administración pública) y la gestión del servicio (que se entrega a las organizaciones privadas con fines públicos "ASADAS").

II. Gestión directa e indirecta en la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado.

La gestión directa se caracteriza porque la institución ofrece al público por medio de sus órganos las prestaciones a las que está jurídicamente obligada. Para los efectos de calificar la gestión como directa es irrelevante si el ente cuenta con una estructura orgánica jerarquizada o desconcentrada. En este segundo supuesto, es también irrelevante si los órganos desconcentrados cuentan con personalidad jurídica instrumental o no. Lo que interesa, es que los órganos que prestan los servicios al público están adscritos o integrados a la organización del ente, actúan los fines y prestan los servicios del ente. En este caso, la gestión del servicio no ha salido de la esfera jurídica del AyA, independientemente de la forma organizativa que el ente haya escogido con miras a lograr mayor eficacia en la prestación del servicio y en la consecución del fin público asignado por el Ordenamiento Jurídico.

La gestión indirecta, por el contrario, implica la decisión de la Administración de prestar el servicio por medio de terceros. Para calificar la prestación como indirecta es irrelevante si la persona que la presta es un ente público o un particular. En el primer caso, estamos ante relaciones interadministrativas, aquellas que se dan entre distintos entes de la Administración Pública; tal es el caso del contrato entre la Caja y la Universidad de Costa Rica, a propósito de los EBAIS de San Pedro y Curridabat. En el segundo supuesto, la relación administrativa se entabla con un particular, por ejemplo, la gestión realizada por las ASADA.

La gestión de servicios públicos por particulares, es una estrategia pública, orientada a cumplir con las nuevas demandas de calidad y oportunidad de la población en general y de los usuarios de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado del AyA en particular. Esta forma de gestión, está orientada a aprovechar el interés, la colaboración y la participación de los propios interesados en

el servicio. Es uno de los medios utilizado para satisfacer las demandas del nuevo interés público al que sirve el AyA. En efecto, entendemos por interés público, “*la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados*” (art. 113.1 LGAP). El de AyA consiste en la prestación del servicio de agua y alcantarillado sanitario a toda la población.

La gestión indirecta en general y la delegación en particular son modalidades lícitas en el ordenamiento jurídico costarricense. El AyA ha recurrido a ella, con el objetivo de cumplir con las demandas (interés público) de la población. Mediante esta modalidad de gestión no se privatizan los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. En efecto, la gestión que realizan las ASADAS, no se encuentra sometida a un régimen jurídico privado. La titularidad del servicio no ha sido transferida. La relación entre las ASADAS y el AyA es de Derecho Público. Por consiguiente, el AyA mantiene y ejerce una serie de potestades públicas a las cuales las ASADAS se encuentran sometidas (relación de sujeción especial). Por consiguiente, el marco legal y jurídico de las relaciones entre las ASADAS y el AyA está marcado por esa sujeción especial. El régimen jurídico, es el idóneo, para satisfacer el interés público, con respeto de los derechos del particular.

III. La relación de especial sujeción de las ASADA con el AyA

Una forma de clasificar las relaciones jurídico administrativas (aquellas que se dan entre los administrados –personas físicas o jurídico privadas- y una Administración Pública) es aquella que las divide en relaciones de sujeción general o de sujeción especial. “*La relación de sujeción general se concibe como esa obligada sumisión de los ciudadanos a los poderes públicos, como consecuencia de habitar en el ámbito territorial en que esos poderes ejercen su soberanía, su imperium. Esa sumisión o sujeción no es absoluta. Está limitada por los derechos de los ciudadanos y por los principios jurídicos que regulan la actuación de los poderes públicos, en especial de las Administración Pública*”¹ La sujeción es el correlato pasivo de la potestad, consistente en el deber de no impedir su ejercicio y el de

¹ LASAGABASTER Iñaki, Las Relaciones de sujeción especial, CIVITAS, Madrid, 1994, p. 148.

soportar los efectos del ejercicio de aquella sobre el ámbito jurídico propio. En esta situación se encuentra cualquier ciudadano respecto del ejercicio de la potestad legislativa, la potestad expropiatoria o tributaria, para citar solo unos ejemplos.

Por el contrario, la relación de especial sujeción:

“...será toda relación jurídica administrativa de carácter permanente y de considerable intensidad, entre un particular y la Administración. La intensidad de la relación jurídico administrativa se deriva de la mayor proximidad entre ambas partes, producto de una serie de ventajas, beneficios u obligaciones con la Administración. De esta forma, se crea un ámbito jurídico de naturaleza especial que tiene como consecuencia que los derechos fundamentales y sus garantías deban interpretarse y aplicarse conforme al fin de la RSE.”²

Las relaciones de sujeción general sujetan a todos los ciudadanos por su condición abstracta de tales, en cuanto súbditos del poder público, sin necesidad de título jurídico concreto, salvo el de administrado en general. Las segundas –las de sujeción especial- por el contrario, requieren de un título jurídico específico en virtud del cual se establece la relación entre el particular y la Administración, relaciones duraderas y sometidas a una sujeción intensa respecto de las potestades de la Administración. Para el caso que nos ocupa, ese título jurídico de la relación entre las ASADAS y el AyA, es la gestión indirecta de servicios públicos de agua potable y alcantarillado, o dicho de forma más concreta, la delegación de estos servicios públicos.

Ahora bien, al seno de la relación, tanto las ASADAS como el AyA tienen una posición jurídica, compuesta cada una, de situaciones de poder (derechos o potestades, éstas últimas en caso del AyA) y de deber (obligaciones). Estas situaciones se atribuyen a ambas partes, para que la finalidad social o económica

² VENTURA R. MANUEL, La categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial en el Derecho Público Costarricense, LIL S.A. San José, 2004, p. 143-144.

perseguida por la relación pueda cumplirse. Así en términos generales las ASADAS adquieren la obligación de prestar el servicio de acueducto y alcantarillado; mientras que el AyA tiene, entre otras, las potestades de control, fiscalización, intervención y de configuración de la prestación.

El hecho de que las ASADAS se encuentren sometidas (sujetas) de forma intensa a las potestades de la administración (AyA), no significa que las actuaciones de ésta no tenga límites o que el ejercicio de dichas potestades no estén sujetas al control de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad. Los límites a dichas potestades vienen de los derechos y de las garantías a esos derechos, que el Ordenamiento Jurídico le reconoce a la parte más débil de la relación. En ese sentido el artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública, establece:

“1. Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de Administración Pública necesariamente para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración. 2. Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular. 3. El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones.”

Del artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública se desprenden al menos las siguientes conclusiones:

1. Las relaciones de especial sujeción son relaciones administrativas, esto es, que se dan entre una Administración Pública y un particular, para el caso que nos ocupa entre el AyA y las ASADAS.

2. Esas relaciones se fundan en un acto o contrato administrativo, para el caso que nos ocupa, en virtud del convenio de delegación entre el AyA y las ASADAS.

3. Se trata de relaciones de duración, estas son aquellas que tienen lugar en el tiempo y que se confirman día a día mediante la ejecución de los derechos, potestades y deberes que la relación supone, y, entre ellas, mediante la prestación de los servicios del objeto del contrato o convenio en nuestro caso.

4. Esas relaciones tienen un régimen jurídico particular, de alguna manera son una excepción de lo establecido por el artículo 11.2 de la Ley General de la Administración Pública, cuando regula el principio de legalidad. En efecto, el principio de legalidad establece que se *“considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo y contenido, aunque sea en forma imprecisa”*. En las relaciones de especial sujeción, es imposible que se encuentren reguladas todas las posibles situaciones que en el transcurso de la misma se pueden dar, es por eso, que sin perjuicio de lo anterior, hay un margen de discrecionalidad a favor de la Administración Pública, en virtud de la cual, el título habilitante (convenio de delegación) y la relación existente (de especial sujeción) le facultan para introducir normas y regulaciones del servicio (por ejemplo directrices) que no se apoyan necesariamente en norma escrita. Razón por la cual, el artículo 14 establece que *“los principios generales de derecho – normas no escritas según el artículo 7 LGAP)- podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración...”*. Las relaciones de especial sujeción, están sometidas al Derecho, pero generan en todo caso, un régimen especial, intenso, que le permite a la Administración Pública correspondiente (el AyA para el caso), reglamentar, regular (en sentido amplio), controlar y dirigir el servicio de forma profunda.

5. En el ejercicio de esas potestades el AyA puede sancionar, por ejemplo rescindiendo el convenio de delegación y asumiendo directamente la prestación de los servicios

6. El ejercicio de esas potestades por parte del AyA están sometidas a contralor de legalidad, a fin de evitar el abuso por parte de la Administración, de manera que la Institución encuentre límites en los principios de legalidad y reserva de ley (cuando las prestaciones que se ofrecen tienen alguna regulación legal, por ejemplo, mediante la Ley Constitutiva del AyA, Reglamento de las Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado Comunal).

En definitiva, el título jurídico en virtud del cual el AyA goza de una serie de potestades internas (dentro de la relación) con respecto a las ASADAS, como las de normar la actividad, dirección, regulación, vigilancia y control del servicio, y en general, amplios poderes para dictar órdenes (vía excepción) sin necesidad de norma previa que prevea cada actuación, amplia potestad reglamentaria y sancionadora, es la delegación del servicio de acueducto y alcantarillado. En efecto, los servicios son titularidad del AyA y la delegación (un modo de gestión indirecta) es el título jurídico que da origen a la relación de sujeción especial que se establece entre ambos; y el título que habilita a la Administración para el ejercicio de dichos poderes y al gestor a prestar el servicio titularidad de aquella.

En virtud de la relación de especial sujeción, el gestor queda sometido a un régimen jurídico particular, de intensa sujeción en relación con la Administración y al ordenamiento jurídico general aplicable (por ejemplo, régimen especial de huelgas y a cualquier esfuerzo que tienda a garantizar la continuidad del servicio), así como a los principios del servicio público (art. 4 LGAP), por ejemplo, al principio de igualdad de trato a los usuarios, y a los principios de eficiencia, eficacia, continuidad, regularidad, etc. Sin embargo, el gestor tiene cierta autonomía para decidir la forma

como gestiona el servicio. Es debido a esto último y al hecho de que ofrece un servicio ajeno pero en nombre propio, que le corresponde al gestor responder ante terceros por sus actos, salvo que los actos que causan la lesión hayan sido ordenados directamente por la Administración.

IV. De la normativa y jurisprudencia administrativa, constitucional y judicial que reconocen la prestación del servicio por particulares (ASADAS)

La Sala Constitucional ha reconocido en reiterada jurisprudencia que el Instituto es el competente y obligado por su ley Constitutiva a la prestación del servicio público a todos los habitantes de la república. También ha reconocido como constitucional la prestación de dicho servicio por medio de las Asociaciones Administradoras pero conserva una responsabilidad solidaria, derivada de su titularidad, por la gestión que las ASADAS realicen, tal como lo revela la siguiente jurisprudencia:

*“Además es improcedente la pretensión del actor de que se ordene al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados no interferir en las situaciones que surjan a consecuencia de la construcción del acueducto, pues **su intervención es obligatoria**, según ordena su Ley Constitutiva. Señala el artículo 1. De esa normativa que uno de los **objetivos de la institución es administrar, dirigir, planear, diseñar, construir, y resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable a los Habitantes de la República**. Es el instituto el órgano técnico que diseñó la obra y el que la está construyendo, por lo que es su obligación llevarlo a buen término para satisfacer la demanda de agua potable que tienen alrededor de cinco mil personas.” (el destacado no es del original) Sentencia Sala Constitucional 06377-99*

“Las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados, están sometidas al cumplimiento, tanto de los deberes que el reglamento que rige la materia les impone (Reglamento de las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados), como al cumplimiento de las ordenes emitidas por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Entre otros deberes se encuentran:

4- Acatar fielmente el Reglamento y las disposiciones legales y administrativas emitidas por Acueductos y Alcantarillados, **como órgano rector en la materia** (artículo 13 inciso i).

Así pues, solamente dentro de estos lineamientos dados por la norma reglamentaria o por las órdenes emitidas por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (**como único ente rector en la materia**) es que dichas asociaciones pueden desempeñar su tarea de administración, operación y mantenimiento de los Acueductos y Alcantarillados rurales, pues, de lo contrario, su actuación resulta ilegal, y, en algunos casos, inconstitucional.” el destacado es nuestro. Sentencia Sala Constitucional N. 08935-99

“Por su parte, respecto del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Reglamento de las Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados (...) **le corresponde, como ente rector en materia del Agua, la obligación de mantener un estricto control sobre el sistema de operación de las asociaciones administradoras de acueductos rurales** a fin de que éstas se ajusten a las directrices emanadas del Instituto y en caso de que estas asociaciones no cumplan con sus obligaciones, el Instituto puede asumir la administración,

operación y mantenimiento de los sistemas de acueductos y alcantarillados cuando no se garantice un servicio público en calidad, cantidad y desarrollo eficiente o no existan condiciones económicas y sociales adecuadas para su administración” El destacado es nuestro. Voto de la Sala Constitucional N. 1367-03

“En lo que atañe al principio de legalidad, estima que el **Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados fue instituido como el rector encargado de la administración y operación de los sistemas de agua potable y alcantarillado a nivel nacional.**” El destacado es nuestro. Acción de Inconstitucionalidad N.2004-5207.

“Explican que las Asociaciones Administradoras de Acueductos, **están sometidas al cumplimiento de los deberes que el Reglamento de las Asociaciones Administradoras que rige la materia, les informe, como al cumplimiento de las órdenes emitidas por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.**” El destacado es nuestro. Voto de la Sala Constitucional N. 2001-13297.

“...el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados tienen competencias plenas para fiscalizar y normar la prestación del servicio público de suministro de agua potable.” Voto de la Sala Constitucional N. 2005-16785

Asimismo, la Procuraduría General de la República en su jurisprudencia en torno al tema señala:

*“Lo primero es un atributo legalmente confiado a AyA. Ciertamente es que la administración, operación y mantenimiento del acueducto comporta la potestad de adoptar y llevar a la práctica todos los actos encaminados al logro de esas finalidades; pero cuando la toma de decisiones recae sobre aspectos técnicos, el Comité ha de ceñirse al criterio de AyA. Esto se refiere del hecho de haber administración primaria y delegada por AyA (...) Esto significa que están sometidas a todas las pautas que incidan en el desempeño de sus actividades, ya provengan del Poder Ejecutivo, de AyA, su Ley Constitutiva, la Ley de Agua, Ley General de Salud o conexas, tendientes a asegurar la idónea prestación del servicio (...) **...AyA, ente titular que dirige y gobierna en nombre del Estado lo referente al suministro de agua.** Atribuciones que no pierde cuando delega la administración a los Comités.”* el destacado no es del original. Dictamen de la Procuraduría N. C-089-88

“De ahí que es clara, no solo la autorización legal de que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, delegue la administración, operación y mantenimiento de estos sistemas de acueductos y alcantarillados sanitarios a favor de organizaciones debidamente constituidas para tales efectos, sino y sobre todo la misma jurisprudencia de la Sala Constitucional, lo posibilita, por lo que resulta viable y procedente que el Poder Ejecutivo haya dispuesto reglamentar vía decreto ejecutivo, todo lo relacionado con las Asociaciones encargadas de la administración de los sistemas de acueductos y alcantarillados, señalando que dichas actividades podrían llevarse a cabo de manera conjunta o separada, a través específicamente de las asociaciones que estén debidamente constituidas e inscritas de

Asimismo, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos mediante el Reglamento Sectorial para la Regulación de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado Sanitario publicado en La Gaceta N. 91 del 14 de mayo del 2002 menciona en el artículo primero en lo que nos interesa:

“Acueducto y Alcantarillado Comunal: Sistema de acueductos y alcantarillado cuya titularidad corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, inciso g) y el artículo 18 de la Ley N. 2726... y el Reglamento de Asociaciones de los Sistemas de Acueductos Comunales ... delega la administración de uno o ambos sistemas para que las comunidades organizadas con personalidad jurídica lo administren y cobren a los usuarios las tarifas aprobadas por ARESEP.”

“...los acueductos del AyA implementados mediante la figura de la gestión de servicio público, -denominados “acueductos rurales” por práctica administrativa y por definición de reglamento autónomo del AyA-. Son propios de ese Instituto.// Para mayor claridad y a manera de sinopsis, dado que el tema ya fue expuesto en los oficios citados, reiteramos que tratándose de la figura de gestión de servicio público estamos frente a una modalidad de Derecho Administrativo en la cual la titularidad, aplicado en este caso, del sistema de acueductos corresponde al AyA.// Mediante la figura de la gestión contemplando en su ley constitutiva el AyA los otorga en administración para que, en su nombre y representación, terceros de naturaleza privada con

personalidad jurídica propia brinden el servicio a cambio de una retribución económica que determinará y pagará ese Instituto gestor. En todo caso la titularidad tarifaria (legitimación activa para presentar solicitudes tarifarias) corresponde al Instituto, por lo que los ingresos que la prestación del servicio genere son parte de su patrimonio, al igual que los activos o la infraestructura requerida para la prestación del servicio público. “ Oficio N. 898-DJE-2001

La Defensoría de los Habitantes también se ha pronunciado al respecto indicando:

*“...más bien todo el **marco jurídico le asigna al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados la competencia rectora** para garantizar no sólo la construcción de los sistemas en apego a requerimientos técnicos pre-establecidos sino que además el servicio público sea prestado de conformidad con las normas técnicas y legales aprobadas (...) Así las cosas el otorgamiento vía ley de atribuciones específicas a entes públicos torna ilegítima cualquier subrogación que entes privados pretendan de esas atribuciones con las excepciones y bajo las condiciones que se explicarán más adelante; en el caso concreto, si bien es cierto esta Defensoría tiene claro que el MINAE es el ente rector del recurso hídrico también lo es que **la competencia rectora en el suministro de agua para consumo humano** fue atribuida al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (...) La rectoría en este sector a una institución especializada y la categorización del servicio de suministro como público no es obra de la casualidad; el legislador lo dispuso así al reconocer la estrecha vinculación existente entre el abastecimiento de agua potable en calidad y cantidad suficiente y el disfrute de derechos fundamentales como el*

derecho a la salud y a la vida misma, de la cual se deriva una responsabilidad administrativa ineludible e indelegable sólo a ciertos entes por vía de excepción y mediante una autorización legal.” El destacado no es del original. Oficio N. 11708-2005-DHR

Siguiendo este orden de ideas, la Contraloría General de la República establece:

“Asimismo, el reglamento de las Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado (ASADAS), Decreto Ejecutivo N. 29100-S, retoma la **delegación expresada en la Ley N. 2726, en entes que estén debidamente inscritos en el Registro de Asociaciones del Registro Público y acreditados por el AyA mediante la firma de un convenio de delegación**, previo acuerdo favorable de su Junta Directiva y refrendado de dicho convenio por parte de este órgano contralor. En este reglamento se aclara que la Institución establecerá los principios fundamentales y obligatorios a los que se someterán las asociaciones para que puedan aspirar a la administración del sistema, principios que deberán ser incluidos en los estatutos de la asociación, para optar por la administración y así garantizar el cumplimiento de normas técnicas para la prestación del servicio. (...) ...sobre aspectos que han sido tratados ya aclarados, en primer término, por la Procuraduría General de la República, desde 1988 y en segundo, por la referida Autoridad Reguladora en el 2001. En esos documentos ambas entidades señalan la potestad y responsabilidad que mantiene el AyA sobre la prestación del servicio público y por ente sobre los bienes muebles e inmuebles necesarios para prestar dicho servicio. “El subrayado es nuestro

En esta misma línea, el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en el ordinario de la Asociación Administradora del Acueducto y Alcantarillado del Barrio Santa Lucia contra el AyA establece en lo que nos interesa:

*“El legislador encargó al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, con la aprobación de su Ley Constitutiva N. 2726 del 14 de abril de 1961, la tarea de suministrar agua potable en zonas urbanas (artículo 1 y 2 inciso a.-), así como **“Administrar y operar directamente los sistemas de acueductos y alcantarillados en todo el país, los cuales se irán asumiendo tomando en cuenta la conveniencia y disponibilidad de recursos.”** (artículo 2 inciso g.-) -El subrayado no es del original-. A partir precisamente de ésta última prerrogativa, como bien lo indica la misma disposición en líneas posteriores, dicho Instituto puede trasladar temporalmente la administración de esos servicios a organizaciones comunales, puesto que, sin lugar a duda, era totalmente previsible que esa entidad, por diversas razones -incluida la imposibilidad material de hacerse cargo de todos los acueductos del país por falta de personal- no siempre podría proporcionar agua potable a todos los ciudadanos que lo requieran. Bajo ese entendido fue dictado el Reglamento de Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados (...) sustentado en la capacidad de delegación que le concedió el Legislador a través del numeral 2, inciso g, de la Ley Constitutiva del Instituto de Acueductos y Alcantarillados, se estipularon las reglas a seguir al momento en que dicho Instituto delegara la gestión del servicio público de abastecimiento de agua*

potable, manteniendo éste el poder de control sobre tales asociaciones, el cual involucra la potestad de dirección, intervención, relación, así como la posibilidad de retomar el acueducto dado en administración. (...) A partir de lo anterior, el ente rector en materia de aguas (artículo 2 ibid) puede "...delegar la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueductos y alcantarillados, en los entes operadores debidamente inscritos en el Registro de Asociaciones del Registro Público" (ordinal 22 ibid). En relación, debe resaltarse que ello no conlleva un traslado de propiedad de bienes o el surgimiento de un derecho subjetivo a favor de la asociación administradora, más bien, por el contrario, dice del nacimiento de una serie de deberes y obligaciones de ella con respecto de los usuarios del servicio público y **del Instituto que delega, con el cual mantiene una relación de sujeción especial**. La trascendencia de los encomendado -la administración de un servicio público vinculado directamente con la salud pública- conlleva un interés común fundamental que obliga al delegante a mantener permanente supervisión del funcionamiento y, ante su trascendencia, podría retomar su administración y funcionamiento. (...) **En efecto, al ser el Instituto demandado el rector en materia de aguas y haberle sido encargado la administración y operación de los sistemas de acueductos y alcantarillados, las asociaciones sobre las que se delega esas acciones no adquieren un derecho subjetivo a su favor y siempre actúan en pos de sus usuarios**, quienes, finalmente, lejos de verse afectados al retomarse la administración por parte del ente demandado, se estarían beneficiando en la mejora del servicio..." el destacado no es del original.

V. DE LOS FONDOS PUBLICOS QUE GESTIONAN LAS ASADAS

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece en el artículo 9° de la Ley N° 7428:

“Fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.”

De esta forma, la norma aboga por la prevalencia del criterio orgánico para la definición de fondos públicos, tal y como lo ha evidenciado la Procuraduría General de la República en reiteradas ocasiones:

“Sobre el tema, esta Procuraduría ha indicado en reiterados pronunciamientos que, en principio, el criterio orgánico es el que permite definir la naturaleza pública de los fondos, por cuanto, ‘fondos públicos’ es un término definido en orden a la titularidad de los bienes de cualquier naturaleza que sean propiedad de organizaciones públicas. (Ver Opiniones Jurídicas N° OJ-107-98 de 17 de diciembre de 1998, N° OJ-072-1999 de 14 de junio de 1999, N° OJ-052-2001 de 8 de mayo de 2001).

En consecuencia, los recursos que ingresen al patrimonio de una entidad pública provenientes de una ley de presupuesto, tributos, donaciones de instituciones públicas o privadas, aportes de personas físicas, entre otros, serán considerados ‘fondos públicos’, y por lo tanto, deberán someterse al régimen correspondiente.” (El subrayado no es del original).

Siendo entonces que el artículo 9° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República utiliza un criterio orgánico para definir fondos públicos, todo

recurso que llegare a pertenecer a un ente u órgano público sería, precisamente, fondo público.

Por otra parte, en lo que respecta a sujetos de derecho privado que sean custodios o administradores de fondos públicos, para el caso que nos ocupa ASADAS, cuyos fondos son provenientes de tarifas por la prestación del servicio, también están obligados a observar la normativa de control que dicte la Contraloría General de la República, para la correcta administración de los recursos. En este sentido los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica del ente Contralor, establece en su orden que el otorgamiento de beneficios patrimoniales por los componentes de la Hacienda Pública, en favor de un sujeto privado deberán darse por ley o de acuerdo con una ley y estarán sujetos a la fiscalización facultativa de la Contraloría General de la República, en cuanto a su alcance el control sobre estos fondos es de legalidad, contable, y técnico velando fundamentalmente por el cumplimiento de su destino legal. (sobre el título habilitante con que cuentan las ASADAS para la prestación del servicio ya fue analizado anteriormente)

La Contraloría General de la República refiriéndose a las Asociaciones Administradoras de los sistemas de acueducto y alcantarillado comunal dispone:

*“En segundo lugar, como ya ha tenido ocasión de abordar este Despacho, la aplicación de la Ley N. 8422 a sujetos privados que custodian, administran o explotan servicios públicos ha de ser analizado en “el correcto sentido con el que debe entenderse el alcance del citado artículo 2, en lo que atañe a personas jurídicas privadas, es que el **marco normativo que resulta aplicable a la gestión que desarrollan dichas organizaciones está constituido fundamentalmente por los principios generales de buena administración, de transparencia en las operaciones, de evitar conflictos de intereses, etc., es decir, la normativa se aplica en lo conducente, y no de una forma directa y literal en cada una de***

sus disposiciones. De manera tal, que de conformidad con el espíritu de la Ley, se pretende prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública, entendida ésta en términos sumamente amplios. el destacado es nuestro. oficio N. DAGJ-1469-2005, División de Asesoría y Gestión Jurídica.

“Sobre la segunda consulta, relativa a si las ASADAS están bajo el ámbito de fiscalización de la Contraloría General de la República, evidentemente ello es así, en virtud de lo que dispone el artículo 4 inciso b) de la Ley Orgánica de esta Contraloría General, el cual establece dicha competencia facultativa en el caso de los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de fondos o actividades públicas.” el destacado no es del original. Oficio N. DAGJ-1644-2005, División de Asesoría y Gestión Jurídica.

Por tanto, podemos concluir en este capítulo, que tanto la Contraloría General de la República, como la auditoría interna del AyA cuentan con suficientes facultades para fiscalizar los fondos públicos que gestionan las Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado Comunal (fondos provenientes de tarifas, aprobadas por la ARESEP), esto encuentra también fundamento en el oficio N. FOE-PR-0272 del 07 de junio del 2001 que establece en lo que nos interesa:

“...primeramente debemos señalar que el patrimonio del Estado está afectado al cumplimiento de los fines públicos previstos en nuestra Constitución Política y en el resto del ordenamiento jurídico. Por ello, entre otras situaciones, sobre los recursos que el Estado ha trasladado a entes o personas jurídicas privadas con una finalidad específica, se impone según lo hemos señalado ampliamente en apartados anteriores, el ejercicio de actividades de fiscalización a

cargo de los órganos o entes responsables de vigilar la utilización de dichos fondos". Se dispone además en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que de otorgar a sujetos privados beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna "la contraloría, de conformidad con la disponibilidad de sus recursos, fiscalizará que las dependencias de la administración activa encargadas ajusten su acción al ordenamiento y realicen, en forma eficiente, el control sobre el uso y el destino de esos beneficios, dentro de los límites señalados en esta ley."

Se dispone por tanto, no solo que los entes privados que reciben este tipo de recursos son sujetos susceptibles de la fiscalización de la Contraloría General, sino también que le corresponde a la administración activa y a sus funcionarios encargados de otorgar este tipo de beneficios, diseñar el sistema para ejercer, dentro del marco legal impuesto, el control de dichas transferencias y garantizar que se está logrando el fin propuesto.

VI. DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN

La Administración Pública dispone para el cumplimiento de los objetivos de una serie de información de los administrados, estos contenidos pueden estar relacionados con múltiples aspectos desde los vinculados con la situación económica hasta aspectos relacionados con la formación académica, pasando por aspectos ligados a la salud.

Por lo que el análisis jurídico de la legislación y la jurisprudencia existente en materia de protección de datos personales de los ciudadanos se justifica desde el punto de vista de que es necesario ver cuáles son las limitaciones legales para acceder a la información que la Administración tiene de sus administrados, por lo que es necesario definir cual de esa información es de interés público y que por tanto puede ser consultada por cualquier interesado. Entendiendo por interés

público como “...el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o le afecten a los que desplaza o sustituye sin aniquilarlos” Escola Héctor, El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo; Buenos Aires, Depalma, 1989

Por lo general, el concepto de datos personales atañe a los datos pertenecientes o relativos a los individuos, vinculándose consecuentemente a la vida privada de los mismos. Estos datos personales se dividen en públicos y privados.

Los **datos personales públicos** (como el nombre, los apellidos, la edad, el domicilio, la profesión, el sexo, la formación académica, etc.) suelen ser conocidos por numerosas personas privadas, encontrándose frecuentemente reflejados en documentos de alcance de los interesados tales como las guías de teléfonos, directorios profesionales, etc. En relación con ellos, se considera que normalmente su conocimiento no conlleva la posibilidad de instrumentalización de cara a lesionar o cercenar derechos y libertades individuales.

Los **datos personales privados** solamente pueden darse a conocer con la aquiescencia de su titular o en circunstancias específicas reguladas por ley. Este tipo de datos son los catalogados como íntimos, secretos o sensibles y a la de los datos llamados profundos o sensibilísimos. Unos y otros datos se diferencian en virtud de su grado de confidencialidad o de sensibilidad, haciendo referencia lo de sensibilidad al hecho de que algunos datos personales, en conformidad con su propia naturaleza y según el destino que puede proporcionárseles, pueden ser

instrumentalizados, lesionándose así los derechos de las personas con las que están relacionados. (voto de la Sala Constitucional N. 1026-94)

Se consideran **datos íntimos** los datos que los individuos pueden proteger de su difusión pública, pero que en ocasiones, a causa de la obligación de cumplir ciertos deberes legales, tienen que ser facilitados. Entre estos datos estarían los datos tributarios, los datos censales, etc.

Por su parte, entran dentro de la esfera de los **datos secretos**, también denominados sensibles, los datos que no tienen por qué ser declarados a nadie por sus titulares salvo en situaciones excepcionales reguladas expresamente por ley. Entre estos datos estarían los que se refieren al origen racial, la salud, la vida sexual, etc.

Para finalizar, **los datos profundos o sensibilísimos** comparten con los secretos la circunstancia de no tener que ser declarados por sus titulares, si bien en su caso con el añadido de que los poderes públicos o privados no pueden acceder a ellos ni siquiera de excepcionalidad. Este tipo de datos se refieren a la ideología, las opiniones políticas, las creencias religiosas, etc.

La trascendencia de este tipo de contenidos informativos relacionados con datos personales secretos y sensibilísimos conlleva que, en general la corriente de opinión dominante apunta a que esos datos deben de permanecer en la esfera de la privacidad de las personas, no existiendo la obligación de declararlos.

En esta misma línea el artículo 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a la información sobre asuntos de interés público, partiendo por tanto del derecho de información que debe ser ejercido, al igual que cualquier otro, en forma razonable y proporcionada pues, de lo contrario, se incurriría en peticiones absurdas y, de su ejercicio, podría derivarse alguna lesión de otros derechos

fundamentales, como la privacidad e intimidad de las personas (honor, prestigio e imagen). (voto de la Sala Constitucional N. 5963-95).

Luego de analizar el artículo 30, sobre la publicidad de la información y lo referente al derecho fundamental de privacidad e intimidad podemos concluir que existe información, como la que se refiere a la gestión de la prestación del servicio de Agua Potable y Alcantarillado, que debe darse a conocer a los interesados e instituciones que ejercen control o fiscalización, cumpliendo con ello la obligación del Estado Democrático y la libre formación de la voluntad del pueblo y ejercer los controles y fiscalización adecuada, basados en el interés público. (voto de la Sala Constitucional N. 561-94 y en similar sentido 6240-93)

La excepción a la publicidad de la información, tal y como se indicó antes, es cuando esta sea confidencial, es decir, que comprometa la contraparte o confiera un privilegio indebido para dañar ilegítimamente a la administración dentro o fuera del expediente. (resolución de la Sala Constitucional N. 3179-94).

Licda. Sonia Guevara Rodríguez

V. B. Lic. Rodolfo Lizano Rojas

DIRECCIÓN JURÍDICA

 DIRECCION JURIDICA
Original Firmado
Licda. Sonia Guevara Rodríguez