




INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS
TEL: 256-8272, FAX: 233-2991, APARTADO 5120-1000

DIRECCIÓN JURIDICA
ASESORIA LEGAL DE LOS SISTEMAS COMUNALES

MEMORANDO

PARA: Ing. Elizabeth Fallas
DIRECCIÓN DE SISTEMAS COMUNALES

DJ-SC-2005-2726

 DIRECCIÓN JURIDICA
Licda. Sonia Guevara Rodríguez

Al contestar referirse a este número
DJ-SC-SGR-05-2726

DE: Licda. Sonia Guevara Rodríguez
DIRECCIÓN JURIDICA

FECHA: 14-06-2005

ASUNTO: DICTAMEN

En atención a su memorando N. DISICO-2005-722 me permito adjuntar el dictamen jurídico sobre *“LA NATURALEZA PRIVADA DE LOS MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y FISCAL DE LAS ASOCIACIONES ADMINISTRADORAS”*.

Sin otro particular,

Lic. Alfredo Monge Rojas

V. B. Lic. Alfredo Monge Rojas

Archivo

DICTAMEN JURÍDICO
SOBRE LA NATURALEZA PRIVADA DE LOS MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS
Y FISCAL DE LAS ASADAS.

Licda. Sonia Guevara Rodríguez

El Ordenamiento Jurídico y la doctrina jurídico administrativa distingue entre empleados, funcionarios o servidores públicos.

De conformidad con lo dispuesto por el Derecho Positivo costarricense, el concepto de servidor público es comprensivo del de empleado y funcionario. En efecto, el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), establece que *“Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre o por cuenta de ésta, como parte de su organización en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. 2. A este efecto considérese equivalentes los términos “funcionario público”, “servidor público”, “encargado de servicios públicos” y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario. 3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del*

Estado encargados de gestiones sometidas a derecho común". (el destacado no es del original)

En virtud de lo anterior, lo importante, **para calificar de servidor público a un trabajador, es pues, que preste sus servicios a una Administración Pública y que lo haga en nombre y por cuenta de ésta.** En el caso de los miembros de la Junta Directiva de las ASADAS ellos gestionan el servicio a nombre y por cuenta de la Asociación que es una organización privada regida por el Derecho Privado y no en nombre ni por cuenta del AyA. Normas de derecho privado regulan su organización e integración a la persona jurídica ASADA y normas de derecho público regulan la actividad que realiza la organización comunal. Reitero, las normas de derecho público rigen la actividad de las ASADAS no su organización.

Por lo general, el servidor público se trata de una persona incorporada a la organización administrativa mediante un acto administrativo de nombramiento o investidura, pero hay también excepciones: el funcionario de hecho (art. 115 LGAP). Por regla general es un trabajo remunerado pero en algunos supuestos puede realizarse ad honorem. En principio el servicio es permanente, pero también los hay temporales. Sin embargo, es indispensable que el régimen de empleo del servidor sea de Derecho Público. Como lo dijimos antes, en el caso de las

Asociaciones Administradoras las normas de derecho público rigen la actividad pues la organización es regida por normas de orden privado, siendo además, que los miembros de las Juntas Directivas no se rigen por estatutos públicos de empleo, sino que se rigen por legislación privada, lo que ocasiona que no se integren a la Administración.

Los empleados o funcionarios de la empresa del Estado, regida por el Derecho Privado, no son funcionarios públicos (art. 113 LGAP). Tampoco lo son aquellos que prestan servicios institucionales en régimen de concesión o gestión privada. El servicio que presta a nombre y por cuenta propia, tal es el caso del notario público, que realiza una función pública, pero que sin embargo, no es un servidor público y por supuesto el caso de los directivos de las Asociaciones Administradoras.

Finalmente, la persona se incorpora a la Administración, lo que excluye de este calificativo a todos aquellos que son contratados para la realización o prestación de servicios profesionales a la Administración (ej. los consultores) y los que brindan sus servicios en nombre y por cuenta una persona jurídico privada (para el caso que nos ocupa: ASADAS).

En virtud de lo dicho podemos decir que *“Un funcionario es una persona incorporada a la Administración por una relación de servicios profesionales y retribuidas, regulada por el Derecho Administrativo. Y los funcionarios de carrera se definirían como: aquellos que en virtud de nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes planillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos”*.¹

Como ya nos consta la regla general, establecida en el artículo 111 de la Ley General de la Administración pública, es que los empleados de las empresas privadas del Estado, no se tendrían por servidores públicos, siendo considerados dentro de tal categoría únicamente todos aquellos (funcionarios o empleados) que se encuentren incorporados a una organización o persona jurídico pública, esto es, regida por el Derecho Público. (no es el caso de las ASADAS, como lo analizamos antes)

Sin embargo, existe una excepción, establecida en los artículos 78 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (N. 7428) y en el artículo 2 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N. 8422) y sus reformas y en el inciso 4 del artículo 112 de la LGAP. En consecuencia, para los efectos del control y fiscalización de la Contraloría General de la

¹ Parada Ramón; Derecho Administrativo, Tomo II: organización y empleo público, Madrid Barcelona, Marcial Pons, Duodécima edición, 1998, p. 446.

República y para efectos penales (inciso 4, 112 LGAP, y 2 de la LCCEIFP), el personal de las empresas privadas del Estado se tendrán como servidores públicos. Asimismo, en un sentido más restringido, se considerarán servidores públicos para los deberes y prohibiciones establecidas por la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito *”a los apoderados administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión” (párrafo segundo in fine del art. 2 de la ley 8422)*. Estas, son excepciones a la regla general establecida en el artículo 111 LGAP, en el sentido de que el personal de las empresas privadas del Estado ni los apoderados, administradores, gerentes y representantes de las personas jurídicas que exploten fondos, bienes o servicios de la administración pública, no están comprendidos en el concepto genérico de servidor público, pero si lo están para efectos penales y de fiscalización de conformidad con lo establecido por la ley 8422.

En virtud de lo anterior, podemos concluir que los miembros de las Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado comunal no son funcionarios ni servidores públicos dado que:

- ✓ Brindan el servicio en nombre y por cuenta de la Asociación Administradora y no del AyA.

