



Señora
Maureen Ballesteros Vargas
Presidenta
Comisión Permanente Especial de Ambiente
Asamblea Legislativa

Estimado señora:

Con la anuencia de la señora Procuradora General de la República, me refiero a su oficio DMPBV 109-08 del 12 de junio de 2008, mediante el cual solicita a este despacho que se pronuncie sobre las siguientes interrogantes generadas a partir del dictamen C-236-2008 del 7 de julio de 2008:

1. Debe interpretarse el artículo 5 de la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, del 5 de septiembre de 1996 y sus reformas, en el sentido que el Ministerio de Ambiente y Energía puede autorizar a particulares la prestación del servicio público de suministro de agua potable, sujeto a las condiciones que fije la ARESEP y al respeto de los principios básicos de los servicios públicos.

2. En vista de la coexistencia del artículo 5 de la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, del 5 de septiembre de 1996 y sus reformas y de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Ley N° 2726 de 14 de abril de 1961, ¿puede esto interpretarse como que existen dos vías legales distintas para que el Estado otorgue a particulares, la posibilidad de prestar el servicio público de suministro de agua potable?

3. ¿Mantiene el Ministerio de Ambiente y Energía la potestad de otorgar concesiones de aprovechamiento de agua para consumo humano, establecida en la Ley de Aguas?+

I. Sobre la admisibilidad de la presente consulta y sus efectos.

Previamente a analizar el fondo de lo consultado, conviene señalar que de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República N° 6815 del 27 de setiembre de 1982, la labor consultiva de esta representación se ejerce en el ámbito circunscrito a la Administración Pública. En otras palabras, los dictámenes pueden ser emitidos únicamente a solicitud de un órgano o ente que forme parte de la Administración, caso que es distinto a la Asamblea Legislativa, cuya función sustantiva es ajena a la actividad estrictamente administrativa.

Sobre el particular, en la opinión jurídica N° OJ-165-2005 del 19 de octubre del 2005, esta Procuraduría General expresó las siguientes consideraciones:

Resulta conveniente, desde ahora, definir la naturaleza jurídica de nuestro pronunciamiento y, consecuentemente, los efectos del criterio que se emite al respecto.

En primer lugar, debemos indicar que este Despacho despliega su función consultiva respecto de la Administración Pública. En ese sentido, el artículo 4° párrafo primero de nuestra Ley Orgánica (N° 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas) dispone lo siguiente:

"Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría, debiendo, en cada caso, acompañar la opinión de la Asesoría Legal respectiva."

fiere que la Procuraduría General de la República **sólo es a petición de un órgano que forme parte de la** función administrativa. A tales dictámenes el artículo 2° de la supracitada ley, les atribuye efectos vinculantes:

"Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública".

Ahora bien, pese a que la actividad esencial de la Asamblea Legislativa no forma parte de la función administrativa del Estado, este Despacho ha considerado que se encuentra legitimada para requerir nuestra intervención en materias que conciernen específicamente al ejercicio excepcional, por su parte, de la función administrativa y que, en tal caso, el respectivo pronunciamiento tendrá los efectos comentados.

En lo que al presente asunto se refiere, consideramos que el señor Diputado no está indagando sobre un tema que se relacione con la función administrativa de la Asamblea, por lo que este Despacho no podría pronunciarse de manera vinculante sobre el punto.

A pesar de lo anterior, en consideración a la investidura del consultante y como una forma de colaboración para con él, emitiremos nuestro criterio sobre el referido proyecto de ley, planteando algunas reflexiones generales en torno a la normativa en cuestión, con la advertencia de que tal pronunciamiento carece de efectos vinculantes, siendo su valor el de una mera opinión consultiva (ō)+ (La negrita no forma parte del original)

Siguiendo el criterio anterior y tomando en consideración que en este asunto, la diputada consultante no forma parte de la Administración Pública en sentido estricto y tampoco acude a consultar un tema relacionado con la función administrativa de la Asamblea Legislativa, lo procedente es evacuar la presente consulta únicamente con el afán de colaborar en la importante labor que realiza, pero sin que tal pronunciamiento pueda tener carácter vinculante. En consecuencia, procederemos a emitir una simple opinión jurídica con relación a las inquietudes planteadas.

II. Otros criterios de la Procuraduría General de la República.

Para responder las inquietudes planteadas por la señora diputada, cabe señalar que como bien lo indica en su escrito, recientemente esta representación tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre una consulta que planteaba temas muy similares a los aquí discutidos, los cuales fueron evacuados mediante dictamen C-236-2008 del 7 de julio de 2008. Como no existe motivo alguno para cambiar el criterio establecido en dicha oportunidad, se procederá a hacer uso de los argumentos ahí planteados para responder los extremos consultados.

III. Sobre lo consultado.

La primera pregunta que se plantea es si a partir de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Reguladora de los Servicios Públicos N° 7593 del 5 de setiembre de 1996, el Ministerio de Ambiente y Energía puede autorizar a particulares la prestación del servicio público de suministro de agua potable, sujeto a las condiciones que fije ARESEP. Dicho artículo establece en lo conducente:

(**NOTA DE SINALEVI** : El texto cita Ley N° 7593, Ley Reguladora de los Servicios Públicos del 05 de setiembre de 1996. La fecha correcta de la Ley es 09 de agosto de 1996)

Funciones

En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:

(õ)

c) Suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluso el agua potable, la recolección, el tratamiento y la evacuación de las aguas negras, las aguas residuales y pluviales, así como la instalación, la operación y el mantenimiento del servicio de hidrantes.

(õ)

La autorización para prestar el servicio público será otorgada por los entes citados a continuación:

(õ)

Inciso c): Ministerio del Ambiente y Energía

(õ)+

A partir de lo establecido en dicho artículo, la consultante considera que el Ministerio de Ambiente y Energía tiene plena potestad para autorizar a particulares la prestación del servicio de acueducto y alcantarillados, agua potable, recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras, residuales y pluviales, así como la instalación, la operación y el mantenimiento del servicio de hidrantes. Por ello, estima que los particulares no necesariamente deben constituirse en Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados (ASADAS), ni contar con la delegación por parte del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados para brindar el servicio público. Al respecto, debe señalarse que no puede confundirse el otorgamiento de una concesión de aguas por parte del Ministerio de Ambiente y Energía, con la autorización que debe brindar el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados para efectos de que un privado realice la prestación del servicio público.

Tal como lo dispone el artículo 2 de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados N° 2726 del 14 de abril de 1961, es dicha entidad la competente para administrar y operar en forma directa, todo lo relativo a los sistemas de acueductos y alcantarillados en todo el país, y sólo excepcionalmente dicho servicio puede estar en manos de las municipalidades o de organismos locales a través de juntas administradoras de integración mixta entre el instituto y las diferentes comunidades, siendo ésta la única posibilidad de que privados se encarguen de la prestación del servicio público comentado. En igual sentido, aquellas empresas de servicios públicos que hayan sido autorizadas vía ley, podrían encargarse de dicho servicio público.

En el dictamen C-236-2008 del 7 de julio de 2008 que menciona la consultante, se clarificó este punto al señalar:

%õ un particular no está autorizado por el ordenamiento jurídico para prestar el servicio público de abastecimiento poblacional de agua potable y alcantarillado sanitario, con excepción de las ASADAS. Con fundamento en esta postura, la entidad privada que no cuente con el respectivo convenio por medio del cual el AyA les delega la prestación de este servicio y la concesión de agua que otorga el MINAE, no estaría autorizado por el ordenamiento jurídico para prestar el servicio de agua potable y alcantarillado sanitario. Es decir, en este caso, el MINAE, de previo a otorgar la concesión, estaría en la obligación legal de verificar que el particular cuenta con la autorización previa del AyA y del Ministerio de Salud para que la empresa privada preste el servicio de agua potable a la población, así como el sistema de alcantarillado sanitario. La razón de esta postura encontraría fundamento en la Ley 2726 de 14 de abril de 1961, Ley constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillaos y en los artículos 266 y 276 de la Ley general de salud, Ley n.º 5395 de 23 de octubre de 1973. En esta dirección, se debe tener presente que esos servicios son servicios públicos esenciales (véase el dictamen C-373-03 de 26 de

que el AyA y los entes públicos supra señalados son para su prestación (prestación directa de servicios con quienes el AyA ha delegado su prestación (prestación indirecta de servicios públicos) para lo cual, como se indicó atrás, se necesita de la autorización del Ministerio de Salud y del título habilitante que otorga MINAE, previa y necesaria comprobación del cumplimiento de esos dos requisitos sine qua non. Es el caso de las ASADAS que actúan por delegación del AyA. Sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, en el dictamen C-169-07 de 28 de mayo del 2007, indicamos lo siguiente:

Las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados (ASADA), surgen a raíz de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 y sus reformas, la cual además de constituir al AyA como una institución autónoma del Estado, lo facultó a delegar la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueductos y alcantarillados --que le fueron encomendados por el legislador--, a agrupaciones debidamente conformadas para tal efecto, según se desprende del artículo segundo inciso g) de la citada ley:+(La negrita no forma parte del original)

De lo anterior, se deduce que no puede considerarse que el simple otorgamiento de una concesión por parte del Ministerio de Ambiente y Energía a la luz de lo establecido en el numeral 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y el artículo 17 de la Ley de Aguas N° 276 del 27 de agosto de 1942, pueda equipararse a la habilitación para brindar el servicio público de alcantarillado y agua potable, que por disposición de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados ya comentada, y del Decreto N° 32529 del 2 de febrero de 2005, puede ser delegado por dicho instituto a particulares, únicamente cuando se constituyan en una Asociación Administradora de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados. Así las cosas, el Ministerio de Ambiente y Energía no podría por ninguna razón otorgar una concesión a un particular que no cuente con el acto delegatorio a su favor por parte del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, que es la entidad rectora en la materia.

Como segundo aspecto, consulta la señora diputada si en virtud de la coexistencia del artículo 5 de la Ley Reguladora de los Servicios Públicos N° 7593 con la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados N° 2726, puede interpretarse que existen dos vías legales distintas para que el Estado otorgue a los particulares, la posibilidad de prestar el servicio público de suministro de agua. Al respecto, debe reiterarse que en realidad las disposiciones señaladas por la consultante no establecen dos vías diferentes para autorizar la prestación de dicho servicio público a un particular, sino que se trata de vías complementarias que deben armonizarse, tal como se expresó en el dictamen C-236-2008 ya mencionado. No podría el Ministerio de Ambiente y Energía autorizar una concesión dentro del margen de su competencia para que un particular brinde el servicio público de alcantarillado y agua potable, sin asegurarse que cuente con el convenio de delegación autorizado por parte del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, por ser éste el ente rector en la materia. En consecuencia, la concesión del Ministerio de Ambiente y Energía no podría surtir efectos propios en forma excluyente de ese convenio, para efectos de permitir a particulares (necesariamente constituidos en ASADAS) la posibilidad de brindar el servicio público de agua potable y alcantarillado. En el dictamen C-019-98 de 6 de febrero de 1998, ya esta representación se había referido a la necesidad de coordinación entre las diferentes entidades involucradas en materia de agua potable, al señalar:

El hecho de que la función rectora sobre el precitado recurso natural la ostente el Ministerio no implica, sin embargo, que se hayan eliminado toda obligación del A. y A. sobre este tema. No se constata en este aparte que se haya vaciado totalmente el contenido normativo de las potestades del A. y A. Sucede que competencias igualmente relacionadas con este recurso natural han sido conferidas a otros órganos. Y, atendiendo a un principio de derecho administrativo como lo es que la interpretación de las normas debe buscar la mejor satisfacción del fin público -artículo 10 LGAP- se concluye que la mejor forma de garantizar el recurso natural .agua. es coordinando la actividad que sobre él ostentan tanto el A. y A. como otros repartos de la Administración. Por ende, se estima que las competencias - obligaciones- contenidas en los incisos c) y d) del artículo 2º y 22 de la Ley Orgánica del

...iendo armonizarse con las prescripciones que al
ustenta, además, en una interpretación armónica de
los numerales 60 inciso a), 64, 65 y 85 c) de la Ley

Orgánica del Ambiente

Es por lo anterior, que para otorgar la autorización para brindar el servicio público de agua potable por un particular, es necesario estarse no sólo a lo dispuesto en la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, sino también en la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, ambas con plena vigencia.

Finalmente, consulta la señora diputada si el Ministerio de Ambiente y Energía conserva la potestad de otorgar concesiones de aprovechamiento de agua para el consumo humano, según lo establece la Ley de Aguas. Sobre el particular, debe indicarse que dicha ley, N° 276 del 27 de agosto de 1942 establece en su artículo 17 en lo que interesa que:

Es necesaria autorización para el aprovechamiento de las aguas públicas, especialmente dedicadas a empresas de interés público o privado. Esa autorización la concederá el Ministerio del Ambiente y Energía en la forma que se prescribe en la presente ley, institución a la cual corresponde disponer y resolver sobre el dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno o vigilancia sobre las aguas de dominio público +

Del artículo citado se desprende que por ser el agua un bien demanial, para su aprovechamiento o uso privativo se requiere de una concesión o permiso de uso. Dicha normativa se encuentra plenamente vigente por lo que el Ministerio de Ambiente y Energía conserva su potestad de otorgar concesiones para el aprovechamiento de agua. Sin embargo, debe distinguirse como se ha venido insistiendo, entre el uso del agua para fines domésticos y el uso del agua para fines poblacionales. La concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía basta por sí misma, únicamente cuando no se pretenda a través de ella brindar el servicio público, pues en este supuesto el otorgamiento de la concesión por parte del Ministerio de Ambiente y Energía, no puede darse hasta tanto se demuestre la existencia del convenio de delegación existente con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.

IV. Otras consideraciones adicionales.

La señora diputada plantea en su consulta que todo lo relativo al otorgamiento de concesiones de servicio público para el suministro de agua potable, constituye un asunto de legalidad y no de constitucionalidad. Para ello, aporta la sentencia de la Sala Constitucional N° 2008-4094 de las 12:03 horas del 14 de marzo de 2008 y señala que por tal motivo, debe aceptarse . sin que se contradigan principios constitucionales- que la ley prevé dos posibles mecanismos para otorgar concesiones a particulares. Si bien lleva razón en cuanto a que resulta competencia del legislador, estructurar todo lo relativo a la competencia para autorizar la prestación del servicio público de agua potable y alcantarillado, lo cierto es que fue el propio legislador el que con la emisión de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, la Ley de Aguas y la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, diseñó el sistema que ha sido aquí discutido. Al estar vigentes dichas disposiciones, deben ser armonizadas de la forma aquí señalada y que fuera expuesta en el dictamen C-236-2008, sin que pueda considerarse que operó una derogatoria tácita de la normativa prevista en la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Al respecto, se indicó en dicho dictamen:

Es importante indicar que la incompatibilidad debe ser de tal grado o magnitud que permita calificar de contradicción insalvable, puesto que no fue la voluntad expresamente manifiesta del legislador derogar la norma.

En este caso, no se puede hablar de derogatoria tácita, pues la primera ley regula materia distinta (nacionalización del servicio público de agua potable y de alcantarillado sanitario) de la que norma la segunda (asigna la competencia a un órgano de la Administración Pública central para otorgar concesiones del servicio público de agua potable y de alcantarillado sanitario); amén de que entre la ley anterior y la posterior no hay una contradicción insalvable+

En el asunto de legalidad, lo cierto es que actualmente las concesiones de agua potable son otorgadas por el Ministerio de Ambiente y Energía para autorizar que un particular brinde el servicio público, únicamente cuando previamente se cuente con el convenio de delegación por parte del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Tal conclusión deriva de la interpretación armónica de la normativa vigente, pues no puede negarse las competencias expresamente atribuidas al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados en su ley constitutiva.

Otro aspecto que debe destacarse es que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados no constituye un operador más del servicio de agua como señala la consultante, sino que por disposición expresa de la ley, se trata de la entidad rectora en esta materia.

Es por ello que no pueden desconocerse las atribuciones otorgadas en la ley constitutiva al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, pues ello iría en detrimento del fin público que se pretende alcanzar y de la necesidad de estandarizar los procedimientos para autorizar a particulares a brindar este servicio, facultad que en todo caso es excepcional para aquellos en que se constituyan en asociaciones administradoras del sistemas de acueductos y alcantarillados (ASADAS), pues en principio corresponde al ente rector, brindar este servicio en forma directa.

V. Conclusión.

1. Tal como se señaló en el reciente dictamen C-236-2008 del 7 de julio de 2008, el Ministerio de Ambiente y Energía no puede otorgar una concesión de aguas a un particular que desee realizar la prestación del servicio público, si éste no cuenta antes con el respectivo acto delegatorio por parte del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, que es la entidad rectora en la materia, para lo cual deberá además constituir una asociación administradora del sistema de acueductos y alcantarillados (ASADA).

2. Las disposiciones contenidas en la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados y en la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, no establecen dos vías diferentes para autorizar la prestación del servicio público de agua potable a un particular, sino que se trata de vías complementarias que deben armonizarse. Por ello, el Ministerio de Ambiente y Energía no podría otorgar una concesión de aguas para brindar el servicio público si el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados no ha autorizado la delegación.

3. El Ministerio de Ambiente y Energía conserva su potestad de otorgar concesiones para el aprovechamiento de agua, pero cuando dicha concesión está destinada a que un particular brinde el servicio público, deberá necesariamente contar con el aval previo del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. En consecuencia, únicamente cuando tal concesión sea otorgada para otros fines, el Ministerio de Ambiente y Energía puede hacerlo en forma independiente.

Atentamente,

Msc. Silvia Patiño Cruz
Procuradora Adjunta