



C-236-2008

07 de julio, 2008

Licenciado

Ricardo Sancho Chavarría

Presidente Ejecutivo

Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados

Presente

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República me es grato referirme a su oficio PRE-2008-0075 del 21 de enero del 2008, por medio del cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República sobre la legalidad de que personas de derecho privado brinden servicios públicos, como el abastecimiento poblacional de agua potable y alcantarillados sanitarios, concretamente:

01. Respecto de la prestación del servicio público para abastecimiento poblacional de agua potable y alcantarillados, a excepción de las ASADAS que actúan bajo la figura de la delegación, debe existir, bajo sanción de nulidad absoluta, autorización expresa del ente competente para que sujetos de derecho privado puedan operarlos y administrarlos?

2. Puede ARESEP, pese a no existir reglamentación específica al artículo 5.c, pero si la reglamentación para la prestación de servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario que se encuentran vigentes (Decretos Ejecutivos No. 3252-9-S-MINAE Reglamento de la Asociaciones Administrativas de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Sanitarios y No. 30413-MP-MINAE-S-MEIC Reglamento Sectorial de los Sistemas de los Acueductos y Alcantarillados), aprobar tarifas y autorizar concesiones de servicio público para abastecimiento poblacional de agua potable y alcantarillados sanitarios, a personas de derecho privado?

3. En caso de que su respuesta anterior fuera positiva, el autorizar la ARESEP concesiones y tarifas de servicios público de abastecimiento poblacional de agua potable y alcantarillados sanitarios, a sujetos de derecho privado, se encuentra facultado el Instituto asumir la administración, operación y mantenimiento de esos sistemas de acueductos y alcantarillados?ö

ANTECEDENTES

A.-

Criterio de la Asesoría Legal del ente consultante

En el oficio n.º DJ-AA-2006-1332 del 06 de marzo del 2006, suscrito por la Licenciada Kattya Ramírez Barrera, asesora legal ambiental, con el visto bueno del Licenciado Rodolfo Lizano Rojas, director de la Dirección Jurídica del AyA, se concluye lo siguiente:

ð1. Visto lo anterior, se puede llegar a concluir al amparo del principio de legalidad que refiriéndose a prestación del servicio público, debe existir autorización expresa del ente competente, la cual tratándose de servicios de abastecimiento de agua potable a la población, así como de los sistemas de alcantarillado sanitario por parte de empresas privadas, corresponde en forma previa, exclusiva y conjunta al AyA, al Ministerio de Salud y al MINAE.

2. Según lo dispone la Ley de ARESEP, esa entidad no se encuentra autorizada de mutuo propio para aplicar un reglamento en forma aislada, máxime al considerar que no existe reglamentación específica al artículo 5.c, incumplimiento lo que la misma ley dispuso, y que más bien en respecto al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, la reglamentación para la prestación de servicios públicos de agua potable y alcantarillados sanitarios se encuentra vigente (Decretos Ejecutivos No. 29100-S Reglamento de las Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Sanitarios y No. 30413-MP-MINAE-S-MEIC Reglamento Sectorial de los Sistemas de los Acueductos y Alcantarillados), siendo los únicos autorizados para la prestación de estos servicios las Asociaciones Administradoras del Sistema de Acueductos y Alcantarillados debidamente constituidas y al amparo de AyA, Municipalidades y Empresas de Servicios Públicos creadas por Ley.

3. Acorde con la Ley de Aguas No. 276 y el artículo 129 de la Constitución Política, ni ARESEP, ni MINAE, asumieron potestades diferentes a las establecidas en la Ley No. 276 pues lo único que operó fue un traslado de competencias, ello significa que el MINAE tiene competencia para aprobar solicitudes de Concesión de Aguas, pero cuando esta sea destinada para Abastecimientos Poblacional-Servicio Público, a favor de una persona jurídica o física, que no es una Asociación Administradora de Sistema de Acueductos y Alcantarillados, esta persona ófísica deberá de transformarse o constituir una ASADA, y cumplir con la normativa 29100-S, en caso contrario AyA está facultado conforme con el Artículo 4 de este reglamento y en concordancia con su Ley Constitutiva, para proceder a asumir la administración, operación y mantenimiento de todos los sistemas de acueductos y alcantarillados.

4. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, esta llamada a que se respete la obligación de que toda persona jurídica ó física, a la cual se le haya otorgado concesión o permiso de aguas para servicio público de agua para abastecimiento poblacional, se constituya en ASADA, lo anterior con el fin de dar cumplimiento con el mandato constitucional de racionalidad y coordinación de las Instituciones del Estado.

5. En lo que respecta al otorgamiento de concesiones para aprovechamiento de recurso hídrico indistintamente de tratarse de agua superficial o subterránea, no existe discrepancia respecto de la

Ministerio del Ambiente y Energía, con las excepciones

previstas en leyes especiales como ocurre con instituciones como AyA. No obstante, jurídicamente no es plausible por analogía, por interpretación extensiva considerar que el otorgamiento de una concesión de aguas, lleva implícita la prestación de los servicios públicos de agua potable, por lo que no es dable confundir ambos institutos jurídicos.

6. En lo referente a las Sociedades de Usuarios de Aguas se parte como tesis de principio que éstas son personas jurídicas creadas al amparo de la Ley de Aguas, que se rigen por los principios del cooperativismo, y que mediante una concesión que otorga el MINAE permite a sus socios el aprovechamiento colectivo de aguas públicas. Teniendo como fin primordial la construcción de infraestructura para el disfrute de una concesión común, otorgada para riego, producción de hidroelectricidad y otros usos que no constituyan un servicio público, excluyéndose obviamente de su campo de acción el suministro de agua destinado a consumo humano.

7. Objetivamente no existe sustento legal que legitime a estas sociedades, ni a otras organizaciones privadas no autorizadas por AyA, o por Ley especial para asumir estos servicios públicos, tornándose mas fuerte el criterio de que todo el marco jurídico le asigna a AyA la competencia rectora para garantizar no solo la construcción de 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.

8. El hecho de que el Estado haya delegado parte de sus competencias en forma exclusiva en una Institución Autónoma como AyA, tiene una inteligencia claramente percibible, como lo es el normar y estandarizar el aspecto técnico de los sistemas, así como el facilitar y promover el acceso a servicios públicos esenciales sin distinción de usuarios. Caso contrario podría suceder con personas de derecho privado, donde se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos para poder tener acceso a un recurso no solo estratégico para el desarrollo, sino para la salud de las personas.

Los logros en materia de salud pública existentes actualmente, deben su éxito a la existencia de instituciones como AyA, y las ASADAS en razón de que se aplican parámetros para la calidad del agua que deben ser acatados, procurando a la vez un uso racional del recurso.

9. El Estado ha realizado importantes inversiones en materia de acueductos para agua potable de buena calidad, por lo que partiendo del principio de solidaridad que debe existir entre instituciones estatales, así como de lo que dispone la Ley de Aguas vigente, el MINAE debería por principio denegar el otorgamiento de concesiones donde existe un prestatario público con todas las capacidades de infraestructura y disponibilidad de recurso para satisfacer las necesidades del usuario. Esto aunado al uso racional que debe darse al recurso hídrico.

10. Dada la competencia a nivel nacional del Instituto en materia de agua potable y alcantarillado sanitario, de presentarse algún problema por prestación de servicios de esta naturaleza que se encuentre siendo administrado y operado por empresas privadas, la lógica y el ordenamiento jurídico dirigen la solución inmediata a que éstos sean asumidos por AyA, de tal forma que no debe dejarse en manos de algunos grupos de interés el manejo de asuntos de interés nacional, aunado al hecho, ya reiterado de que los sujetos de derecho privado distintos a las ASADAS no se encuentran legitimados para prestar este tipo de servicios.

Finalmente, debe indicarse que lo procedente es que al momento de que el Poder Ejecutivo reglamente el artículo 5 inciso c de la Ley de ARESEP, se tome en cuenta el criterio institucional dada la especialidad de la materia que se trata, a fin de que el resultado de esa reglamentación sea coherente y procure adicionar y aclarar lo que ya el legislador ha dispuesto, y no venga a crear normas

B.-

Criterio de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos

Mediante oficio n.º ADPb-458-2008 del 06 de febrero del año en curso, este despacho dio audiencia de la presente consulta al Dr. Fernando Herrero Acosta, regulador General. Al respecto, dicho señor, en el oficio n.º 57-RG-2008 del 18 de febrero del 2008, sobre el tema consultado, concluye lo siguiente:

- ö1. El servicio de acueducto y alcantarillados es un servicio público regulado por la Autoridad Reguladora. Para prestarlo se requiere de concesión, otorgada por el Ente competente para tal efecto.*
- 2. Previo a la vigencia de la Ley 7593, el ente competente para otorgar concesiones de acueductos y alcantarillados era el SNE, a tenor de lo establecido en las leyes 258 y 276.*
- 3 Con la entrada en vigencia de la Ley 7593, el ente competente para otorgar concesiones de acueducto y alcantarillados es el MINAE, al tenor de lo establecido en las leyes 7593 y 276.*
- 4. A la fecha, la Autoridad Reguladora ha tramitado procesos de fijación tarifaria para 3 acueductos privados, quienes en ese momento contaban con el respectivo título habilitanteö.*

C.-

Criterio del Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía

Mediante oficio n.º ADPb-765-2008 del 20 de febrero del año en curso, este despacho dio audiencia de la presente consulta al Ing. José Miguel Zeledón Calderón, jefe del Departamento de Aguas del MINAE. Al respecto, dicho señor, en el oficio n.º IMN-DA-0697-2008 del 11 de marzo del 2008, en lo que interesa, indicó lo siguiente:

öCon todo respeto hacemos ver a la Procuraduría General de la República que la Ley No. 7395, otorgó competencias al Ministerio del Ambiente y Energía para otorgar las concesiones del suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluyendo agua potable, recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras, aguas residuales y pluviales, a los prestarios privados, que esa competencia no se le otorgó al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado. Que de conformidad con el Principio de Legalidad no se podría aplicar legislación de un ente no competente para suplir la ausencia de reglamentación de conformidad con el Principio de Legalidad contemplado en nuestra Carta Magna.

Además como se ha expuesto y se permite concluir del estudio de la Ley 7593, la misma establece un marco regulatorio amplio y claro a los servicios públicos que garantiza las condiciones de calidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima con que deberán suministrarse los

servicio de acueducto y alcantarillado, incluyendo agua potable, recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras, aguas residuales y pluviales; de tal forma que la ley por si misma ofrece la normativa base para resolver sobre concesiones de servicio público por entes privados.

El que no exista reglamento, sobre lo cual no omito manifestar se tiene en proceso de promulgación el Decreto respectivo, no debe ser motivo para que el administrado ejerza su derecho a activar la ley en todo sus extremos para permitir cubrir una necesidad, en el caso de abastecimiento de agua poblacional.

Finalmente en relación a la facultad del AyA para asumir la administración, operación y mantenimiento de estos sistemas de acueductos y alcantarillados, debemos indicar con todo respeto que la ARESEP es competente de conformidad con la Ley No. 7395 para fijar los precios y tarifas a los prestarios privados de servicio público de acueducto y alcantarillado. Asimismo queremos enfatizar que si se otorga una concesión de servicio público de conformidad con la Ley 7395 artículo 5 inciso c), se está fuera de las competencias del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.

D.-

Criterios de la Procuraduría General de la República

El Órgano Asesor, en los dictámenes C-089-1988 de 27 de mayo de 1988 y C-224-2000 de 21 de setiembre del 2000, abordó el tema que se nos consulta. Por tal motivo, cuando las necesidades de la exposición así lo exijan, estaremos recurriendo a estos pronunciamientos para fundamentar nuestra posición.

II.-

SOBRE EL FONDO

En el primero de los dictámenes *supra* citados, arribamos a la conclusión de que entes diversos de AyA, las municipalidades, Empresa de Servicios Públicos de Heredia, Asociaciones de Desarrollo Comunal (a través de los Comités de Acueductos Rurales) u otros organismos locales con los que el AyA llegue a celebrar convenio al intento, ajustándose a la reglamentación que se sancione, están impedidos para administrar acueductos públicos. Como puede observarse, el primer punto consultado, el Órgano Asesor lo zanjó en principio; por consiguiente, 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

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 Alcantarillados 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 noviembre del 2003), lo que significa que el AyA y los entes públicos *supra* señalados son los únicos que tienen competencia para su prestación (prestación directa de servicios públicos) o aquellas entidades privadas 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:

Artículo 2. *Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados:*

(í)

g) 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. Los sistemas que actualmente están administrados y operados por las corporaciones municipales podrán seguir a cargo de éstas, mientras suministren un servicio eficiente.

Bajo ningún concepto podrá delegar la administración de los sistemas de acueductos y alcantarillado sanitario del Área Metropolitana.

Tampoco podrá delegar la administración de los sistemas sobre los cuales exista responsabilidad financiera y mientras ésta corresponda directamente al Instituto.

Queda facultada la institución para convenir con organismos locales, la administración de tales servicios o administrarlos a través de juntas administradoras de integración mixta entre el Instituto y las respectivas comunidades, siempre que así conviniere para la mejor prestación de los servicios y de acuerdo con los reglamentos respectivos.

Por las mismas razones y con las mismas características, también podrán crearse juntas administradoras regionales que involucren a varias municipalidades (El resaltado no es del original)

Con fundamento en la norma transcrita anteriormente, el Poder Ejecutivo procedió en un primer momento a emitir el Reglamento de los Comités Administradores de los Acueductos Rurales, Decreto N°6387-G de 16 de setiembre de 1976, el cual pretendió regular las organizaciones encargadas de administrar los servicios delegados por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. No obstante, dicha normativa fue derogada por el Reglamento de las Asociaciones Administrativas de Acueductos Rurales, Decreto sin número de fecha 14 de enero de 1997, mismo que quedó sin efecto por el Reglamento de las Asociaciones Administrativas de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados, Decreto N°29100-S de 09 de noviembre de 2000, el cual a su vez perdió vigencia con

Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados

Comunales, Decreto N°32529 de 02 de febrero de 2005, que rige a la fecha. Dispone este último reglamento en su artículo 3:

Artículo 3. A y A mediante convenio suscrito al efecto, previo acuerdo favorable de su Junta Directiva, podrá delegar la administración, operación, mantenimiento y desarrollo de los sistemas de acueductos y/o alcantarillados comunales, a favor de asociaciones debidamente constituidas e inscritas de conformidad con la Ley de Asociaciones N°218 del 08 de agosto de 1939, sus modificaciones y respectivo Reglamento, Decreto Ejecutivo N°29496-J, publicado en La Gaceta N°95 del 21 de mayo del 2001.

Asimismo, AyA facilitará a las futuras asociaciones el proyecto de estatutos y posteriormente el aval de los mismos, los que deberán ser presentados al Registro de Asociaciones del Registro Nacional, para su respectiva inscripción.Ø

De la norma transcrita, se desprende que las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados constituyen personas jurídicas de naturaleza privada, dado que su creación debe regirse por la Ley de Asociaciones. Por esta razón, la Procuraduría General mediante criterio OJ-066-2002 del 30 de abril de 2002, indicó que la constitución de dichas asociaciones (ASADA) debe realizarse con absoluto respeto al derecho de libre asociación. No obstante, también advirtió que su funcionamiento se encuentra sometido a los requisitos y requerimientos exigidos por la normativa que las regula, ya que les fue encomendado el ejercicio de una especial actividad que involucra la prestación de servicios públicos en beneficio de una colectividad.

Al respecto, la Sala Constitucional ha destacado que la delegación de esa responsabilidad de administrar el sistema de acueductos y/o alcantarillados sanitarios, supone una clara concesión de gestión de servicio público, obsérvese:

ØIII.-

SOBRE LAS ASOCIACIONES ADMINISTRADORAS DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS. (í) *De lo anterior se colige la autorización legal al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados para delegar la administración, operación y mantenimiento de estos sistemas de acueductos y alcantarillados en favor de organizaciones debidamente constituidas para tales efectos. Esta posibilidad ha sido admitida por la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Así, en sentencia No. 3041-97 de las 16:00 hrs. del 3 de junio de 1997, se explicó:*

*ØLa Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, n° 2726 de 14 de abril de 1961 y sus reformas, asigna a esa entidad autónoma el deber de 'resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable (...) para todo el territorio nacional...' (artículo 1, cuyos conceptos son reiterados en el numeral 2 inciso a). (í). Ahora bien, es palmaria la atribución que el mismo texto normativo brinda a A y A (en el pluricitado artículo 2, inciso g) de convenir, con organismos locales - como, por ejemplo, la Asociación de Desarrollo Integral del Cacao de Alajuela-, la administración de los servicios de acueductos y alcantarillados en determinados lugares del país. **Estamos así ante una clara figura de concesión de gestión de servicio público, en donde -a pesar del silencio de la ley sobre este particular- es incontestable que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados debe retener, ineludiblemente, los poderes de supervisión e intervención necesarios para garantizar la vigencia de los principios fundamentales del servicio público, a saber: continuidad, eficiencia, adaptación e igualdad en el trato de los usuarios** (artículo 4 de la Ley General de la Administración*

En el plano infraconstitucional, la Ley de Asociaciones No. 218 del 8 de agosto de 1939, regula la constitución e inscripción de estas organizaciones (ver en este sentido los artículos 1, 3, 11 y 14 del Decreto No. 29100-S). Igualmente, resultan aplicables otras disposiciones de rango legal tomando en consideración el tipo de servicio público suministrado. De lo anteriormente indicado, **resulta evidente que las asociaciones administradores de acueductos rurales, en cuanto administran por convenio con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados ese servicio público, se encuentran, de derecho, en una posición de poder respecto de los usuarios y ejercen, para ese fin, una serie de competencias y funciones públicas, todo lo cual las hace sujetos pasivos del recurso de amparo contra particulares (artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).**ö **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N°2006-01651 de las dieciséis horas con treinta y nueve minutos del catorce de febrero del dos mil seis.- (El resaltado y subrayado no son del original)**

Este pronunciamiento de la Sala Constitucional, legitima a las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados para brindar a la comunidad un servicio público, mediante la figura de concesión de gestión. Sin embargo debe aclararse que, no por ello, dichas asociaciones forman parte del sector público, ya que éste lo conforman única y exclusivamente organizaciones de naturaleza pública, situación que fue analizada en el Dictamen C-136-94 de 22 de agosto de 1994:

õ(í) Si bien el término "sector público" es un término de difícil definición, puede decirse que su núcleo está constituido por organizaciones públicas. Es decir, está integrado por personas jurídicas de naturaleza pública. **Lo que excluye, por principio, la integración del sector por personas privadas, aún cuando realicen una actividad considerada servicio público o bien que esa actividad sea de utilidad pública.** (í) **Las entidades privadas componen ese sector privado, aún cuando la actividad que realicen pueda catalogarse de servicio público económico.** Simplemente, el Estado no toma a su cargo la actividad ejercida por la entidad privada, no la incorpora a la Administración ni al resto de su organización.ö El resaltado y subrayado no son del originalö.

No obstante lo dicho, la postura del Departamento de Aguas del MINAE difiere de la que venimos desarrollando, pues para ellos el numeral 5 de la Ley 7593 de 09 de agosto de 1996, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, le permite a ese órgano del Estado otorgar concesiones a los particulares para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado sanitario sin necesidad de que estos tengan un convenio con el AyA donde se les delegue la prestación de esos servicios. Para este órgano del Estado, el numeral 5 es suficiente para que ellos puedan otorgar la concesión al particular sin los requisitos previos que hemos indicado en este estudio, siempre y cuando el particular demuestre que el AyA, las municipalidades, la empresa pública y las ASADAS no están en capacidad de prestar esos servicios públicos, lo que, en el fondo, supondría una derogatoria tácita del inciso g) de la Ley n.º 2726 a causa de la entrada en vigencia de la Ley n.º 7593. Empero, esta tesis es insostenible por dos razones fundamentales. La primera, y menos importante, es que no ha ocurrido una derogatoria tácita. Sobre el tema de la derogatoria tácita, en el dictamen C-122- 97 del 8 de julio de 1997, manifestamos lo siguiente:

õNuestro ordenamiento jurídico regula lo relacionado con la derogación de normas, específicamente en el párrafo final del artículo 129 de la Constitución Política, en relación con el artículo 8º del Código Civil.

gada ni derogada, sino por otra posterior y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario

Artículo 8. - Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la ley anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado

*La Procuraduría General de la República, por su parte, se ha pronunciado en esta materia, partiendo para ello de lo expresado por nuestro Tratadista don Alberto Brenes Córdoba en su Obra *Tratado de las Personas* (Editorial Juricentro S.A., San José, 1986, p. 95), al afirmar que *desde el punto de vista doctrinario, el acto mediante el cual el legislador deja sin efecto una ley, se conoce con el nombre de abrogación o derogación. Términos que se utilizan para expresar la acción y el resultado de abolir una ley en su totalidad o en parte nada más. La derogación puede ser expresa o tácita, según se haga en términos explícitos, o que resulte de la incompatibilidad de la ley nueva con la ley anterior, ya que es principio general, que las leyes nuevas destruyen las leyes viejas en todo aquello que se le opongan*.*

Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 130 de las 14:30 horas del 26 de agosto de 1992, indicó lo siguiente:

La derogación de una norma jurídica se origina en la promulgación de otra posterior, a la cual hace perder vigencia. Tal principio lo consagra nuestro Derecho Positivo en el artículo 8 del Código Civil y en el 129 de la Constitución Política. Asimismo, según se deriva de dichas disposiciones, la derogatoria puede ser expresa o tácita. La tácita sobreviene cuando surge incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, sobre la misma materia, produciéndose así contradicción...ö.

Sin ánimo de profundizar mucho en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República sobre el tema de la derogatoria tácita, se puede afirmar, con un alto grado de certeza, que para que este fenómeno jurídico acontezca se requiere de dos condiciones. En primer lugar, que la normativa posterior regule la misma materia de la normativa anterior. En segundo término, que del análisis comparativo entre ambas normativas se produzca una antinomia que las torne incompatibles e impida la armonización del régimen jurídico ahí establecido. Se requiere, en síntesis, que la nueva ley o norma, por su contenido, alcance y significado, sustituya completamente la disposición anterior.

Por lo tanto, la derogatoria tácita cesa la vigencia de una norma cuando esta es incompatible con otra del ordenamiento jurídico que regula la misma materia y la norma más reciente no indica en forma expresa la terminación de la vigencia de aquella norma anterior que le es incompatible. En consecuencia, al no indicarse expresamente, es el operador jurídico quien debe determinar si opera o no una derogatoria tácita.

Para constatar la reforma o derogatoria tácita de una norma, como se indicó atrás, son dos pasos que deben seguirse:

a.-

Establecer la existencia efectiva de la incompatibilidad objetiva entre el contenido de los preceptos de la antigua norma y los de la nueva.

b.-

La determinación de los alcances de esa incompatibilidad (véase el dictamen C-215-95 de 22 de setiembre de 1995).

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.

La segunda, y más importante, es el hecho de que el servicio público que nos ocupa está nacionalizado, lo que significa, ni más ni menos, que solo el AyA, las municipalidades, la empresa pública y aquellos privados que estén organizados como ASADAS y cuente con el respectivo convenio con el AyA, pueden prestar este servicio. Esta tesis no solo se desprende de la jurisprudencia administrativa que ha sentado la Procuraduría General de la República (véase, en especial, el dictamen C-070-00 de 5 de abril del 2000), sino también del voto n.º 5606-06 de la Sala Constitucional en el que indicó lo siguiente:

*õ Al ser un bien de patrimonio nacional [se refiere al agua], no se produce traslado en su titularidad, ni aumenta el patrimonio y funciones del Instituto. El ordenamiento le encomienda entre sus **cometidos primigenios la administración y operación directa de los sistemas de acueductos en todo el país. Al haberse nacionalizado por ley el servicio, son los municipios, los que ostentan la competencia subsidiaria o residual en caso de una administración deficiente del mismo. Es cierto que la autonomía municipal significa que no existe una relación jerárquica con respecto al Gobierno óentendido en sentido amplio-, pero esto lo es cuando administre servicios en interese locales, nada más, en el resto de los casos está limitada por lo que indique la ley, en este caso, a la rectoría de otra institución, bajo los lineamientos que se señalanõ. (Las negritas no corresponden al original).***

Así las cosas, no es jurídicamente válido que el órgano competente otorgue una concesión de agua si previamente no se ha dado el acto delegatorio a favor de ese particular por parte del AyA.

El otro aspecto de la consulta, está referido a si la ARESEP tiene o no competencia para aprobar tarifas y autorizar concesiones de servicio público para abastecimiento poblacional de agua potable y alcantarillados sanitarios a personas de derecho privado. Por lo dicho anterior, es claro que el ARESEP

a para habilitar a un particular a prestar el servicio público de agua potable y de alcantarillado sanitario. Este es un punto que está claro y no amerita mayores comentarios.

En lo que respecta a la aprobación de tarifas de sujetos particulares, obviamente si este cuenta con título habilitante, y dado que, de conformidad con los numerales 3 y 5 de la Ley n.º 7593, dentro de sus competencias está el ejercer esta potestad reguladora en relación con los sujetos que cuentan con la concesión para la prestación de estos servicios públicos, la ARESEP no tiene otra alternativa que ejercerla, máxime que las potestades administrativas, como bien lo ha señalado la doctrina, son poderes-deberes, lo que significa que cuando se da el supuesto de hecho que prevé la norma el ente u órgano público está compelido por el ordenamiento jurídico a su ejercicio.

Establecido lo anterior, resulta claro que el problema que no ocupa no está residenciado en el ejercicio de las potestades regulatorias por parte de ARESEP, sino en el hecho de que se estarían otorgando concesiones para el servicio de agua potable y alcantarillados sanitarios que, conforme al ordenamiento jurídico, no deben darse. Así las cosas, mientras no haya un acto anulatorio del acto de la concesión siguiendo para ello el debido proceso y las normas que establece la Ley General de la Administración Pública para estos casos, ARESEP está en el deber jurídico de ejercer sus potestades tarifarias, pues el tema del vicio en el acto habilitante es asunto que debe resolver de otra forma, y no castigando a los usuarios de un servicio público esencial, donde está de por medio la salud pública y el acceso de los habitantes de la República a un bien esencial, el cual ha sido considerado como un derecho humano. Al respecto, la Sala Constitucional, en voto n.º 5606-06, indicó lo siguiente:

õVII.-

El acceso al agua potable como derecho humano . Adicionalmente a lo señalado, y talvez el aspecto más relevante en este tema, lo constituye la naturaleza y función del agua para la vida humana. No es necesario detallar aquí una explicación sobre la realidad evidente y notoria de que sin agua no puede haber vida, ni calidad de vida, y que por lo tanto, con ley o sin ley de nacionalización, por su propia esencia, este tema, no es ni puede ser un tema territorial o local. La propia Sala en su jurisprudencia constitucional ha dicho que el acceso al agua potable es un derecho humano fundamental, en cuanto se configura como un integrante del contenido del derecho a la salud y a la vida. (SALA CONSTITUCIONAL, sentencias números 534-96, 2728-91, 3891-93, 1108-96, 2002-06157 2002-10776; 2004-1923). Esta misma línea se ha mantenido en las sentencias 2003-04654 y 2004-07779, que en lo que interesa señalan:

÷V.-

La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución , un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (õProtocolo de San Salvadorõ de 1988), el cual dispone que: õArtículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1.- Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con

recursos no justifica el incumplimiento de los cometidos de las administraciones públicas en la prestación de este servicio básico. (SALA CONSTITUCIONAL, resoluciones 2003-04654 y 2004-007779).

Por su parte, como bien lo reconocen tanto la Procuraduría como el representante del AyA en sus informes, en el campo internacional también es mayoritario el reconocimiento del agua como derecho humano y como una pre-condición necesaria para todos nuestros derechos humanos. Se sostiene que sin el acceso equitativo a un requerimiento mínimo de agua potable, serían inalcanzables otros derechos establecidos -como el derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y para el bienestar, así como de otros derechos civiles y políticos. En noviembre del 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas afirmó que el acceso a cantidades adecuadas de agua limpia para uso doméstico y personal es un derecho humano fundamental de toda persona. Asimismo en el Comentario General No. 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité hizo notar que «el derecho humano al agua es indispensable para llevar una vida en dignidad humana. Es un pre-requisito para la realización de otros derechos humanos» Se enfatiza también que los Estados miembros del Pacto Internacional tienen el deber de cumplir de manera progresiva, sin discriminación alguna, el derecho al agua, el cual da derecho a todos a gozar de agua suficiente, físicamente accesible, segura y aceptable para uso doméstico y personal.

Por su parte se han dado varias conferencias internacionales entre las que destaca la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua llevada a cabo en Mar de Plata en 1977 que reconoció que todos los pueblos tienen derecho al acceso a agua potable para satisfacer sus necesidades básicas. También, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU, de 1986 incluye un compromiso por parte de los Estados de asegurar la igualdad de oportunidades para todos para disfrutar de los recursos básicos.

El concepto de satisfacer las necesidades básicas de agua se fortaleció más durante la Cumbre de la Tierra de 1992 en Río de Janeiro. En la Agenda 21, los gobiernos acordaron que "al desarrollar y usar los recursos hídricos, debe darse prioridad a la satisfacción de las necesidades básicas y a la conservación de los ecosistemas. De igual forma, en el Plan de Implementación adoptado en la Cumbre de Johannesburgo en el 2002, los gobiernos se comprometieron a "emplear todos los instrumentos de políticas, incluyendo la regulación, el monitoreo..... y la recuperación de costos de los servicios de agua," sin que los objetivos de recuperación de costos se conviertan en una barrera para el acceso de la gente pobre al agua limpia. Asimismo existen decenas de instrumentos internacionales que directa e indirectamente tienen que ver con el agua como un derecho humano de todas las personas y pueblos, de tal forma que no sólo es un tema que por su naturaleza tiende a la nacionalización, sino a la internacionalización de su uso y aprovechamiento».

El último aspecto que se nos consulta es si el AyA se encuentra facultado para asumir la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueductos y alcantarillados que están ejerciendo los privados con un vicio en el título habilitante.

El transitorio II del decreto ejecutivo n.º 30413 de 25 de marzo del 2002, Reglamento sectorial para la regulación de acueductos y alcantarillados sanitarios, indica que, conforme al decreto ejecutivo n.º 29.100, se le otorga al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados un plazo de ocho meses a partir de la vigencia de ese reglamento, para constituir las organizaciones de los sistemas de acueductos y alcantarillados comunales en todas aquellas localidades que en la actualidad brinden los servicios sin personalidad jurídica propia o con otra modalidad no autorizada por la Ley y los

mismo plazo, el Instituto debe asumir directamente la administración de esos sistemas, según el criterio técnico de cada director regional del AyA. Lo anterior, a efecto de unificar y normalizar la situación de todos aquellos eventuales gestores que actualmente no cumplen con los requisitos que incorpora la definición de acueducto comunal contenida en el decreto n.º 29.100 y en ese reglamento, por lo que debe tomar todas las medidas pertinentes a fin de que se ordene ese sector.

Empero, dicha norma no podría ser el fundamento jurídico para que el AyA asuma la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueductos y alcantarillados sanitarios que están ejerciendo los privados con un vicio en el título habilitante, toda vez que al ser un derecho de naturaleza transitorio ya perdió eficacia. Es decir, pasados los ocho meses a partir de la vigencia de ese reglamento, el AyA no puede ejercer esas atribuciones pues su ejercicio estaba limitado en el tiempo.

Como es bien sabido, el derecho transitorio es una técnica jurídica que busca dar respuesta a los problemas de aplicación de las normas en el tiempo, que se producen a raíz de la derogatoria y la vigencia de otra, en la que se hace necesario adaptar las situaciones prevalecientes a la nueva realidad que crea la nueva ley. En el dictamen C-060-99 del 24 de marzo de 1999, expresamos sobre el tema lo siguiente:

Las disposiciones transitorias forman parte del Derecho Intertemporal en cuanto tienen a solucionar conflictos de leyes. Ante los problemas de transitoriedad que la ley nueva produce, el legislador establece un régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes. En ese sentido, la función de las llamadas disposiciones transitorias es la de regular en forma temporal determinadas situaciones, con el fin de ajustar o acomodar la normativa nueva o la de dar un tratamiento distinto y temporal, de carácter excepcional, a ciertas situaciones. Hechos que no se pretende comprender dentro de esas nuevas regulaciones generales. Interesa resaltar que en la base de la norma transitoria se encuentra esa necesidad de responder a problemas planteados por la entrada en vigencia de la nueva ley; esa es su esencia. Se ha dicho que el contenido de las disposiciones transitorias consiste en:

a) Las reglas que regulan el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas previas a la ley, bien declarando la aplicación de la nueva, bien declarando la pervivencia de la ley antigua, bien estableciendo un régimen transitorio distinto del establecido en ambas leyes.

b) Los preceptos que regulan en forma provisional situaciones jurídicas nuevas cuando su finalidad sea la de facilitar la aplicación definitiva de la ley nueva *ö F. SAUBS M.-J.C, DA SILVA, citado por C.M, VALVERDE ACOSTA, Manual de Técnica Legislativa, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, Asamblea Legislativa, 1991, p. 211*

Regulación del régimen jurídico aplicable a situación jurídica previa o bien, regulación con carácter provisional de situaciones jurídicas nuevas. En el mismo sentido, Luis Díez-Picazo expresa:

En efecto, una disposición transitoria puede solucionar el conflicto de leyes estableciendo cuál de las dos ó la antigua o la nueva ley- es la llamada a regular cada tipo de situación jurídica. Así, por

...s nacidas al amparo de la ley antigua continúen rigiéndose en todo caso por ella. Esta clase de disposiciones transitorias contiene normas de conflictos en sentido estricto; es decir, no regulan directamente situación alguna, sino que a través de un punto de conexión determinan cuál de las leyes en conflicto es la aplicable. Junto a esta posibilidad, cabe asimismo que el legislador dicte otra clase de disposiciones transitorias, en virtud de las cuales se da una regulación específica ó diferente, por tanto, de las recogidas en la ley antigua y en la ley nueva-, a las situaciones pendientes al momento del cambio legislativo, o a las situaciones que se produzcan en tanto entra plenamente en vigor la nueva ley en los casos de eficacia diferida. Este segundo tipo de disposiciones transitorias no contiene ya normas de conflicto en sentido técnico, sino por emplear de nuevo la terminología del Derecho Internacional Privado, normas materiales, que imputan directamente a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica. Lo que hace a estas disposiciones poseer naturaleza intertemporal no es ya su estructura, sino que su supuesto de hecho contempla precisamente un problema de conflicto de leyes. De ahí, que se trate de normas con vigencia temporal limitada o leyes ad tempus, pues por definición se refieren a un número de posibles situaciones no indefinido; y de ahí también, que al contener normas materiales, puedan suscitar a su vez nuevos conflictos temporales con otras leyes. DIEZ-PICAZO: La derogación de las leyes, Civitas, Madrid, 1990, pp. 193-194.

Lo mismo debemos de decir del transitorio único del Reglamento de las asociaciones administradoras de sistemas de acueductos y alcantarillados, decreto ejecutivo n.º 32529 del 02 de febrero del 2005, que indicaba que cualquier organización que esté administrando un sistema de acueducto y alcantarillado y que no se ajustara a las disposiciones de ese reglamento, tenía un plazo de dos años, contados a partir de su publicación, para ajustarse a él, el cual perdió eficacia en razón del tiempo.

Así las cosas, y al estar en presencia de un derecho subjetivo de un justiciable a causa de un acto de la Administración Pública, para que el AyA pueda asumir la administración, operación y mantenimiento de los acueductos y alcantarillados de los particulares, es necesario, previamente, que el órgano competente anule el acto de concesión otorgándole el debido proceso y siguiendo los procedimientos que prevé la Ley General de la Administración Pública para estos casos. Es a partir de que se anula el acto concesional que puede el AyA asumir esos servicios públicos.

Es importante señalar que en este caso no resulta aplicable el numeral 4 del Reglamento de las ASADAS ya citado, pues el supuesto de hecho que regula la norma se refiere, en forma clara y precisa, a que el AyA puede asumir la administración, operación, mantenimiento y desarrollo de todos los sistemas de acueductos y/o alcantarillado comunales, indistintamente de quien sea su ente administrador, cuando **no se garantice el servicio público** de conformidad con el numeral 4 de la Ley General de la Administración Pública; asumiéndolos de pleno derecho con todos sus deberes, obligaciones y patrimonio. El supuesto que usted no somete a consideración es otro: la existencia de un vicio en el acto que otorga la concesión. Ergo, al tratarse de dos supuestos normativos diferentes, una norma no puede ser el fundamento para una actuación de la Administración Pública cuando se da el otro supuesto de hecho que prevé la otra norma.

Por último, tampoco resulta de aplicación en este caso lo que dispone el numeral 41 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley n.º 7593 de 09 de agosto de 1996, porque, tal y como puede observarse a continuación, la norma legal regula otros supuestos de hecho, y no aquel donde hay un vicio en el acto del otorgamiento de la concesión por parte del MINAE. Al respecto, señala la citada norma lo siguiente:

ARTÍCULO 41.-

Revocatoria de concesión o permiso Sin perjuicio de las sanciones y responsabilidades que corresponda aplicar de acuerdo con la ley, serán causales de revocatoria de la concesión o el permiso, declarable mediante el proceso administrativo, por la Autoridad Reguladora, las siguientes:

- a) La reiteración de las conductas sancionadas en el artículo 38 de esta ley.*
- b) La falta grave o la prestación deficiente del servicio, según las normas establecidas en el artículo 25 de esta ley.*
- c) El incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso.*
- d) El traspaso, la cesión o el arrendamiento de la concesión o el permiso, parcial o total, sin autorización previa del ente competente.*
- e) El desvío de recursos, activos, ingresos o la inclusión en la contabilidad, de gastos para actividades ajenas al servicio público.*
- f) La alteración de instrumentos, sistemas de medición, fiscalización y conteo.*
- g) El cobro de precios superiores a los señalados por la Autoridad Reguladora, sin perjuicio de cualquier otra sanción contenida en el ordenamiento jurídico.*
- h) El uso de información falsa o alterada en cualquiera de los procedimientos fijados en esta ley.*
- i) La discriminación contra un determinado grupo, sector, clase o consumidor individual en el otorgamiento del servicio público o en las condiciones de prestación, sin perjuicio de cualquier otra sanción contenida en el ordenamiento jurídico.*
- j) El incumplimiento de las medidas de mitigación contempladas en el estudio de impacto ambiental mencionado en el artículo 16 de esta ley.*
- k) Incumplimiento de la normativa vigente sobre protección ambiental.*
- l) Incumplimiento de las medidas de mitigación contempladas en la evaluación de impacto ambiental, a que hace referencia el artículo 16 de esta ley.*
- m) Otras causales establecidas en la ley, la concesión o el permiso.*

Tampoco podría invocarse en este caso el numeral 15 de la Ley n.º 7593, pues esta norma legal regula la caducidad de la concesiones de los servicios públicos por causales expresamente especificadas, dentro de las cuales no se contempla el caso de un vicio en el acto que otorgó la concesión.

III.-

CONCLUSIONES

1.-

La entidad privada que no cuente con un convenio del AyA por medio del cual se le delega la prestación del servicio agua potable y alcantarillado sanitario, así como con la concesión de agua que otorga al MINAE, no está autorizado por el ordenamiento jurídico para prestar esos servicios.



Si un privado está prestando los servicios públicos de agua potable y alcantarillados sanitarios, y para ello cuenta con la concesión del MINAE, ARESEP está en el deber jurídico de ejercer sus potestades tarifarias.

3.-

El AyA no puede asumir los sistemas de acueductos y alcantarillados que prestan los privados a causa de una concesión otorgada por el MINAE, si previamente no se anula el acto concesional.

4.-

Para anular el acto de la concesión al administrado se le debe garantizar el debido proceso y seguir los procedimientos que se encuentran establecidos en la Ley General de la Administración Pública.

De usted, con toda consideración y estima,

Dr. Fernando Castillo Víquez

Procurador Constitucional

Copia/ Dr. Fernando Herrero Acosta, Regulador General.

Ing. José Miguel Zeledón Calderón, jefe del Departamento de Aguas del MINAE.