



DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE LA ARESEP, REFORMADO MEDIANTE ARTÍCULO 83 DE LA LEY DE CONTINGENCIA FISCAL

Sonia Guevara Rodríguez

En atención a la reciente aprobación por la Asamblea Legislativa de la Ley de Contingencia Fiscal N.º 8343, publicada en la Gaceta N.º 250 del 27 de diciembre del 2002 nos permitimos hacer una interpretación sistemática del artículo 2 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, reformado por el artículo 83 de la ley en mención y que en lo que nos interesa señala:

“Artículo 2.- Prohibición:

1. Excepto mediante tributos establecidos por ley, las tarifas, precios y las tasas de los servicios públicos no podrán incluir ningún componente destinado al financiamiento de gastos o de inversiones en entes públicos o privados distintos del prestatario del servicio correspondiente.”

A. “PUBLICATIO”

La doctrina entiende por “publicatio”:

“Una actividad se declara servicio público (en España por ejemplo el suministro de agua, gas o electricidad o el transporte de personas y mercancías por carretera o ferrocarril). Es lo que se llama publicatio o reserva al sector público, con monopolio o sin el. Pues bien, el servicio puede ser prestado por la administración —es la llamada gestión directa o encomendado, mediante contrato, con un particular”⁽¹⁾.

De ello se desprende que la “publicatio”, en materia de prestación del servicio de agua, se da de conformidad con el artículo 2 inciso a) de la Ley Constitutiva del AyA del año 1961 que señala:

Doctorando en Derecho Público. Dirección: jurídicos.sguevara@ayc.gub.cr

"Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados a) Dirigir y vigilar todo lo concerniente para proveer a los habitantes de la República de un servicio de agua potable, recolección y evacuación de aguas negras y residuos líquidos y de aguas pluviales en las áreas urbanas" (el destacado no es del original)

B. DE LA TITULARIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

La administración, operación, mantenimiento y desarrollo del servicio público lo puede realizar el AyA directamente o por medio de terceros. Un ejemplo de la prestación directa lo constituye la prestación del servicio en el área metropolitana, mientras que gestión de los acueductos comunales es una clara administración por medio de terceros, tal como lo regula el reglamento de las Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados.⁽²⁾

El artículo 2 inciso g) de la Ley Constitutiva del AyA 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.

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.

Cabe aclarar, que de conformidad con lo señalado antes no estamos frente a una figura de concesión del servicio ni frente a ninguna otra manifestación de esta figura como lo son la gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, puesto que el ente privado no explota, lucra ni paga al AyA ningún canon por la gestión de dicho servicio.

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").

C. DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIONAL QUE RECONOCEN LA PRESTACION 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.”⁽³⁾ (el destacado no es del original)

“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 otro 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.”⁽⁴⁾

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

“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 conformidad con la Ley de Asociaciones 218...”⁽⁵⁾

Asimismo la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos mediante el Reglamento Sectorial para la Regulación de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado Sanitario 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.”⁽⁶⁾

D. DE LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 2 DE LA LEY DE LA AUTORIDAD REGULADORA, MODIFICADO POR EL ARTICULO 83 DE LA LEY DE CONTINGENCIA FISCAL

Todo artículo, por regla general, contiene un supuesto de hecho y un efecto jurídico o consecuencia que el derecho estipula como respuesta a ese hecho tipificado. El supuesto de hecho del artículo bajo análisis consiste en la financiación de gastos o inversiones de entes públicos o privados ajenos a la prestación del servicio público correspondiente. El efecto jurídico

contenido en el es, por un lado una prohibición de incluir algún componente destinado a esa financiación en la tarifas, precios o tasas de esos servicios públicos. Asimismo, la norma establece que tal financiación se hará solo mediante tributos establecidos por ley.

De lo anterior podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Que la prohibición de financiar gastos o inversiones, con tarifas, precios o tasas de servicios públicos solo alcanza a aquellos entes públicos o privados ajenos (es lo que quiere decir la norma con distintos) a la prestación de que se trate.

2. La Autoridad Reguladora no puede so pena de ilegalidad reconocer o incluir componentes destinados a la financiación de esos gastos o inversiones en las tasas, precios o tarifas que fije a los servicios públicos. Lo que supone que en adelante los precios de los servicios públicos no servirán para financiar actividades distintas a las del propio servicio. "A contrario sensu", las tasas, tarifas o precios solo servirán para financiar todos los gastos o inversiones relativas a ese mismo servicio.

Nótese que la prohibición esta dirigida de manera directa a la Autoridad Reguladora y de manera indirecta a todas las instituciones públicas prestadoras de servicios públicos económicos (que son lo que regula la ARESEP). En efecto, las Instituciones no pueden de conformidad con esa norma, por un lado, incluir en la solicitud de aumento tarifario componentes explícitos o implícitos destinados a la financiación de gastos o inversiones de otros entes públicos o privados distintos o ajenos a la prestación de los servicios del A y A; y por otro, también de manera indirecta, estaría imposibilitado para transferir recursos provenientes de esas fuentes (tarifas, tasas o precios) a esos entes (públicos o privados) y para esos fines (gastos o inversiones distintos a los servicios que presta el A y A).

3. El destino de fondos públicos para financiar gastos o inversiones de otros entes públicos o privados es competencia exclusiva del legislador.

La primera conclusión que podemos extraer de lo anterior, para efectos del A y A, es que mediante el precio de los servicios que presta debe y puede financiar todos los gastos y las inversiones que la prestación del servicio conlleve. Asimismo, que no puede ni incluir en sus solicitudes de aumento tarifario, ni destinar recursos provenientes de las tarifas o precios de los servicios a financiar actividades ajenas a la prestación de los servicios de agua potable o alcantarillado sanitario propios de su competencia.

Ahora bien, la clave para determinar si el A y A puede, con los recursos provenientes de las tarifas o precios de los servicios financiar los gastos e inversiones de los acueductos comunales administrados por las ASADAS, pasa por el esclarecimiento de lo que se debe entender por "prestatario" por un lado y por "servicio publico correspondiente" por el otro.

En relación con el primer aspecto (concepto de prestatario), tenemos que decir que prestatario es el que realiza la prestación, es decir, el obligado (competente) a ofrecer al público (usuario) la actividad material (servicio de agua potable por ejemplo) que satisfaga su derecho. En nuestro caso, la prestación viene determinada por una obligación de dar (el bien denominado agua potable) y de hacer (infraestructura técnica, administrativa, financiera, etc, destinada a hacer realidad el servicio y la satisfacción del fin publico). Como ya ha quedado claro, el servicio público que se presta mediante el sistema de acueductos comunales es titularidad del A y A, en otros términos, la Institución es la titular de la prestación (servicio) que como ya ha quedado claro, puede prestar de manera directa o indirecta. Ahora bien, la primera interpretación que cabe del término prestatario es que es tanto el titular del servicio como el ejecutor material

del mismo. Cuando el AyA realiza la actividad directamente, reúne en sí mismo ambos aspectos, es el titular quien realiza la actividad material de ofrecer el servicio. Cuando son las ASADAS las que por delegación realizan o ejecutan la actividad material de brindar el servicio, ellas son también prestadoras del servicio, pero no de un servicio propio, sino del que es titular y corresponde prestar al A y A, que para el caso concreto, lo realiza por medio de las ASADAS.

Por otro lado, la norma, prohíbe destinar recursos a financiar gastos o inversiones para actividades distintas del servicio público correspondiente. En otras palabras, la norma prohíbe que se transfieran recursos (provenientes de tasas, tarifas o precios de los servicios públicos) a otros entes públicos o privados ajenos a la prestación del servicio público correspondiente. La norma se constituye en una garantía de que todos los fondos y recursos provenientes de las tarifas, tasas y precios de un servicio público cualquiera, se destinen exclusivamente a financiar los gastos e inversiones que ese servicio público particular requiere. En consecuencia todos los recursos provenientes de los servicios de agua potable o de alcantarillado sanitario se destinarán exclusivamente a financiar los gastos e inversiones que estos mismos servicios requieran. Ahora bien, si como ha quedado claro, las ASADAS son también prestatarios por delegación del servicio y los acueductos comunales son competencia y patrimonio del A y A, es obvio que de los recursos provenientes de las tarifas y precios de los servicios institucionales puede destinarse a financiar los gastos e inversiones que dichos acueductos comunales exigen, toda vez, que se están destinando para el servicio público correspondiente, es decir, para el mismo

servicio del cual provienen los fondos o recursos.

En definitiva, es totalmente legal y ajustado a la norma en análisis que de las tarifas o precios de los servicios que ofrece el A y A se destinen recursos a financiar los gastos y las inversiones de los acueductos comunales y por tanto de las ASADAS, tanto porque dichos recursos se están invirtiendo en el mismo servicio público del cual provienen, en virtud de que dichos servicios son competencia (por tanto obligación) y titularidad (de la prestación) del AyA, como porque las ASADAS realizan la prestación material de dicho servicio, por delegación, de conformidad con las regulaciones de su titular, pero prestadoras materiales al fin, y por tanto cubiertas dentro del concepto de prestatario que la norma establece. Las ASADAS no son un ente privado ajeno al servicio, que son en definitiva a quienes la norma prohíbe trasladar fondos, sino que son prestatarias de los servicios públicos competencia del A y A y con los recursos provenientes de esos mismos servicios, cumpliendo con el espíritu de la norma, de que los fondos provenientes del servicio se inviertan en su atención y realización.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

- Jiménez Blanco, Antonio. *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: s.n., 1998. v.1.
- Reglamento de las Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados : Decreto Ejecutivo N. 29100-S**. Diario Oficial La Gaceta No. 231, San José, C.R., 1 de diciembre 2000
- Sentencia Sala Constitucional 06377-99**
- Sentencia Sala Constitucional N. 08935-99**
- Procuraduría General de la República. **Opinión Jurídica N. OJ-066-2002**
- Reglamento Sectorial para la Regulación de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado Sanitario**. Diario Oficial La Gaceta No. 91, San José, C.R., 14 de mayo 2002
- Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados N. 2729**. Diario Oficial La Gaceta No. 20, San José, C.R., 20 de abril 1961.