



INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS
San José, Costa Rica
Apartado 1097-1200. Teléfono 2242-5012 - yastorga@aya.go.cr

8 de agosto del 2017
PRE-2017-00731

Señora
Hannia Durán Barquero
Asamblea Legislativa
S.D.

Ref: *Respuesta a documento COM-ESP-047-2017. Criterio Institucional sobre el Exp. 19,441*

Estimada licenciada:

En atención a la audiencia que fue recibida el 28 de julio del presente año, en esta Presidencia Ejecutiva, respecto del proyecto: “Ley de autorización a las cooperativas administradoras de los servicios de acueductos y alcantarillados comunales, la gestión y operación de los servicios de acueductos, alcantarillados, saneamiento y tratamiento de aguas residuales”, me permito manifestarle que nos oponemos al proyecto basados en los siguientes argumentos:

Régimen Jurídico Costarricense sobre la prestación de los servicios públicos de agua potable y Alcantarillado

El servicio público presupone una actividad de interés general, que es retenido por el legislador a efecto de someterlo a un régimen particular. El interés general presente en una actividad determinada que es esencial para el desenvolvimiento

del Estado o de la sociedad y ello en el tanto que satisface una necesidad que se presenta como colectiva.

La satisfacción del interés determina la declaratoria de la actividad como servicio público. La relación que ese interés tiene con el servicio público reafirma que el servicio público no funciona en interés de la Administración titular así como tampoco respecto del interés particular de los usuarios, sino que debe tender a la satisfacción del interés general que justifica la publicatio, pues su ausencia permitiría cuestionar la declaratoria de una actividad como servicio público.

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” Jiménez Blanco, Antonio. Manual de Derecho Administrativo. Volumen I. Barcelona, 1998, p. 796.

Por tanto, corresponde al legislador señalar cuáles son las actividades que, en razón del interés general que encierran, son consideradas como servicio público, de lo anterior 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:

“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)

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 Administradores de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados (Reglamento 32529-S-MINAE de 5 de agosto del 2005)

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 publicas 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”).

Análisis de la Ley de Asociaciones N. 218 y su reglamento

En las asociaciones administradoras de los sistemas de acueducto y alcantarillado comunal, está ausente la finalidad de repartir beneficios producto de la actividad desarrollada en conjunto. Por su antecedente histórico, las asociaciones responden a un fin de tipo altruista, como lo es el que define a las propias asociaciones de desarrollo comunal. En otras palabras, no sólo por una confrontación con lo desarrollado por la doctrina, sino que también por la misma normativa que cobija a las asociaciones (en sentido lato), se puede establecer que en nuestro país el fenómeno de conformar grupos humanos con fines lucrativos (y por estos se entienden el reparto de utilidades económicas ente los miembros que la conforman) no debe realizarse sino a través de sociedades mercantiles o las cooperativas. Las asociaciones en general (artículos 1 y 2 de la Ley de Asociaciones), están ideadas como medios alternativos y excluyentes de las sociedades y las cooperativas en vista de que el fin que persiguen sus miembros es diferente.[\[1\]](#)

Concluyendo entonces, entre otras muchas características, en las asociaciones regidas por la Ley 218:

El dinero se invierte únicamente en el fin, en el caso de las Asociaciones Administradoras de los sistemas de acueducto y alcantarillado comunal, solo pueden invertir el dinero que se recauda vía tarifa en la gestión del mismo servicio.

No se requiere de aporte ni capital social, ni acciones, ni certificados de aportación para su constitución y posterior inscripción.

No puede dedicarse exclusivamente a actividades mercantiles.

No persigue fines lucrativos.

No existe la distribución de dividendos, excedentes o ahorros dado que no existe aporte.

En caso de disolución los bienes pasan al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados y se liquidan en vía civil, para garantizar la continuidad del servicio.

Análisis de la Ley de Asociaciones Cooperativas y de Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo. Ley N. 4179 de 22 de agosto de 1968

Tenemos que las asociaciones cooperativas, tal y como las define el artículo 2 de su ley, son asociaciones voluntarias de personas y no de capitales, con plena personalidad jurídica, de duración indefinida y de responsabilidad limitada, en las que los individuos se organizan democráticamente a fin de satisfacer sus necesidades y promover su mejoramiento económico y social, como un medio de superar su condición humana y su formación individual, y en las cuales el motivo del trabajo y de la producción, de la distribución y del consumo, es el servicio y no el lucro.

La Alianza Cooperativa Internacional ha elaborado tres declaraciones formales sobre los principios del cooperativismo: la primera en el Congreso N. 15, celebrado en París en 1937; la segunda en su Congreso N. 23, en Viena en 1966 y la tercera realizada en Manchester, Inglaterra en 1995, en esta última se adoptó la declaración sobre la identidad cooperativa, los valores del movimiento y se revisaron los principios orientadores del cooperativismo ante el inicio del siglo XXI. Siendo sus valores: el basarse en la ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores sus miembros creen en valores éticos de honestidad, transparencia, responsabilidad

social y preocupación por los demás. Y sus principios se resumen en: Membresía abierta y voluntaria, control democrático de los miembros, participación económica de los miembros, autonomía e independencia, educación, entrenamiento e información, cooperación entre cooperativas y compromiso con la comunidad.

Sin embargo, la Procuraduría General de la República señala en sus Dictámenes C-239-85 y en igual sentido en el C-097-93 y C-149-91 que: "...no por ello se desconoce el hecho real de que las cooperativas en el desarrollo de sus actividades pueden lograr utilidades", asimismo, "...a juicio de esta Procuraduría General las Cooperativas cuyas actividades pretendan el logro de beneficios económicos para sus asociados están sujetas al pago del impuesto de patente, cuando desarrollen actividades lucrativas" concluyendo entonces que si bien es cierto la finalidad u objeto de este tipo de asociaciones es el servicio y no el lucro, igualmente es cierto afirmar que las cooperativas llevan a cabo "actividades lucrativas" en beneficio de sus asociados, sin que ello esté en contradicción con su finalidad de servicio.

En igual sentido la doctrina nos señala: "No se puede, en criterio mío, encuadrar la cooperativa como negocio asociativo, ni entre las sociedades ni las asociaciones, sin fin lucrativo. Es cierto que como estas, los participantes persiguen fines ideales pero además pretender una utilidad (razonable, es cierto, pero utilidad al fin y al cabo) como en un sociedad."[\[2\]](#)

A continuación, se plantean una serie de consideraciones que a su vez se explican someramente, pues serán retomadas en las conclusiones del presente dictamen, referente algunos artículos de la Ley de Asociaciones Cooperativas, que ha criterio de la suscrita, rozan con la **prestación pública** de los servicios de agua potable y alcantarillado, de acuerdo a la legislación existente.

PRIMERO: El artículo 2 de su ley, define a las Asociaciones Cooperativas como: son asociaciones voluntarias de personas y no de capitales, con plena personalidad jurídica, de duración indefinida y de responsabilidad limitada, en las

que los individuos se organizan democráticamente a fin de satisfacer sus necesidades y promover su mejoramiento económico y social, como un medio de superar sus condición humana y su formación individual, y en las cuales el motivo del trabajo y de la producción, de la distribución y del consumo, es el servicio y no el lucro.

De esta forma, se conceptualiza a la cooperativa como una forma distinta de asociación o de empresa, distintivo que se caracteriza por el fin social que cumple (de acuerdo con nuestra Constitución) y porque el motivo que persiguen es el servicio y no el lucro. Sin embargo, del análisis de la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República sobre la materia, tenemos que efectivamente dentro de una cooperativa se generan ganancias. Parte de esas ganancias, el denominado excedente, puede ser repartido entre los socios y otro porcentaje debe ser utilizado en lo que la propia Ley dispone, tal y como lo expusimos antes, en esta línea de ideas la Procuraduría señala en su dictámen C-151-1993 y en el mismo sentido los pronunciamientos C-239-85, C-097-93 y C-141-91 "...se puede sostener que el artículo 2 de cita, lo que hace es conceptuar a las cooperativas, obligándolas a que el motivo de las actividades que realicen no pueda ser el lucro, sin perjuicio de que sí puedan realizar actividades en las que generen ganancias, y por lo tanto se obtenga lucro, si las mismas sirven para procurar los fines para los que fueron creadas. Esto es el lucro como un medio..." el subrayado es nuestro.

SEGUNDO: El artículo 4 dispone que serán **absolutamente nulos los actos de las entidades privadas o de los organismos públicos que impongan restricciones directas o indirectas a la actividad de esas asociaciones, salvo cuando las disposiciones legales expresamente establezcan esas restricciones.** Por tanto, las cooperativas quedan absolutamente libres de cualquier tipo de regulación o control por parte de organismos o instituciones del Estado.

Quedando entonces el AyA, como titular de la prestación del servicio público de agua potable y alcantarillado, sin posibilidad de limitar o regular la actividad de dichas asociaciones cooperativas salvo que vía legal sea introducida dicha potestad a favor del AyA.

TERCERO: El artículo 7 de la Ley señala de manera clara y contundente que: “A ninguna entidad, firma, corporación o asociación que no se ajuste rigurosamente a las formalidades prescritas en esta ley cualesquiera que sean sus actividades, le será permitido usar la bandera o el emblema internacional o nacional de la cooperación, ni adoptar la denominación “cooperativa” u otra análoga que pudiera inducir a error, ni insertarlas en su razón social o en sus títulos ni usarlos en forma alguna en sus documentos, papelería, avisos o publicaciones...”

“La cooperativa debe realizar actividades “cooperativas”. Como bien señala la Opinión de la Procuraduría “no podemos ignorar el hecho de que la “empresa cooperativa” como asociación no lucrativa debe mantener su propia- peculiaridad y su pureza a fin de cumplir los objetivos que le han sido tradicionales, y que en nuestro caso, la legislación le ha señalado expresamente “. Así que los créditos otorgados por el INFOCOOP deben evitar que “las cooperativas no defrauden sus propios fines y su propia significación, para evitar que éstas evolucionen hacia estructuras jurídica capitalistas al servicio de intereses de verdaderos grupos financieros, o bien se conviertan en instrumentos de control políticos o social y no de promoción para el desarrollo del hombre.” el destacado no es del original (Sala Constitucional voto N. 320-92)

CUARTO: El artículo 9 menciona que las cooperativas podrán extender sus servicios a personas no asociadas si a juicio de la asamblea la buena marcha de ella lo aconseja y con previa aprobación del INFOCOOP.

Esta disposición genera preocupación pues de dicha norma se desprende que para disfrutar de los servicios esenciales de agua potable y alcantarillado, los eventuales usuarios deberán previamente asociarse, violentando con ello el

principio a la libre asociación tutelado constitucionalmente o por otra parte, valorar la segunda opción que prevé la norma cual es sujetarse a lo que la asamblea de la cooperativa o el INFOCOP defina al respecto, perdiendo con ello el AyA las competencias de dirección y de gobierno sobre la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado en todo el territorio costarricense.

Sobre este tema la Procuraduría General de la República ha dispuesto: "...se caracteriza porque su actividad solamente podría realizarse con sus propios asociados, vendiendo solamente productos de ellos o utilizando sólo su trabajo si eran productores, o vendiendo sólo a los mismos o prestando sólo a ellos los servicios si eran consumidores". [3] Ahora bien, dicho concepto es genérico y responde a toda una concepción doctrinaria del cooperativismo, pues del artículo 9 de la Ley de Asociaciones Cooperativas se desprende que las cooperativas pueden extender sus servicios a terceros, esos terceros entran, frente a la cooperativa, en una relación igual que la que mantienen con cualquier comerciante y obviamente la cooperativa obtiene una ganancia en esa relación. (Dictamen de la Procuraduría C-151-93)

QUINTO: El artículo 10 establece que los asociados tienen el derecho a retirarse y recibir el aporte que hubieran hecho. En el caso de la prestación del servicio público de agua potable y alcantarillado nos lleva necesariamente a pensar cual es el capital social, quien lo aporta, en caso de retiro cuánto le corresponde, esto dado que el patrimonio de una eventual Cooperativa prestadora de este servicio lo constituye el sistema de agua potable y alcantarillado.

SEXTO: La ley establece en el artículo 3 que **todas las cooperativas del país deben ajustarse estrictamente a ciertos principios** entre ellos el inciso c) **dispone la devolución de excedentes y aceptación de pérdidas** por parte de los asociados en proporción a las operaciones que realicen con la cooperativa de acuerdo a su participación en el trabajo común, y el d) señala el **pago de un interés limitado a los aportes hechos al capital social**. Asimismo, el artículo 31 dispone que las cooperativas se sujetarán a las siguientes condiciones inciso c)

No podrán constituirse mientras no está suscrito integralmente el patrimonio social inicial y no se haya pagado, por lo menos el 25% del importe total del mismo. Asimismo, el artículo 32 señala que para que sea autorizado el inicio de sus actividades, las asociaciones cooperativas deberán presentar al Ministerio de Trabajo y Seguridad social los siguientes documentos: d) Certificación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo sobre la existencia del veinticinco por ciento del patrimonio social suscrito por los asociados. En la misma línea el artículo 34 nos indica que para que una solicitud de inscripción pueda ser considerada y aceptada, los estatutos de la cooperativa deberán contener: d) El monto del patrimonio social inicial, el número y el valor de los certificados de aportación en que se divide y la época y forma de pago j) La forma y reglas de distribución de los excedentes obtenidos durante le respectivo ejercicio económico.

Igualmente, el artículo 87 prevé la posibilidad de que el Instituto de Fomento Cooperativo solicite la disolución de las cooperativas que, a su juicio, dejen de llenar los requisitos exigidos en la ley para su constitución y funcionamiento, entre otros que el patrimonio social se redujere a un monto inferior al legal y que no se distribuyan los saldos o excedentes de acuerdo con la Ley de Asociaciones Cooperativas.

Esto nos lleva a la conclusión que de no haber patrimonio social y de no estar pagado al menos el 25% del mismo, así como la indicación de la forma y reglas de distribución de los excedentes, la asociación cooperativa no podrá ser autorizada a dar inicio en sus actividades ni mantenerse en funcionamiento si el patrimonio legal se redujere a un monto inferior al legal.

SETIMO: El artículo 62 nos muestra que en caso de que “El asociado se retire o que sea excluido por cualquier causa, conservará sus derechos a los excedentes e intereses del ejerció que estuviere en curso, hasta el momento de su retiro...” Ver comentario que se hizo en la quinta consideración.

OCTAVO: El artículo 63 menciona que “Las diferencias que se susciten entre la cooperativa y sus asociados, serán decididas por la autoridad judicial competente, pero los estatutos podrán establecer juntas arbitrales que las diriman en forma rápida y obligatoria...”

Genera preocupación, que los eventuales conflictos que se susciten entre los usuarios del servicio de agua potable y alcantarillado sean resueltos por un órgano externo al AyA, cuando el Reglamento de las Asociaciones Administradoras prevé en el artículo 40 que el AyA resuelve en segunda instancia este tipo de conflictos.

NOVENO: El artículo 80 dispone lo referente a los excedentes que “...deberán destinarse, por su orden, para constituir las reservas legales, las reservas de educación, la reserva de bienestar social y cualesquiera otras reservas establecidas en los estatutos; para cubrir las obligaciones provenientes de las cuotas de inversión; para pagar al CONACCOOP el dos por ciento (2%) de los excedentes, conforme con lo estipulado en el artículo 136 de esta ley; para pagar al CENECOOP hasta el dos y medio por ciento (2.5%) de los excedentes líquidos al cierre de cada ejercicio económico, porcentaje éste que, según el criterio del consejo de administración de cada cooperativa, podrá pagarse de la reserva de educación. Los porcentajes correspondientes a la formación de reservas especiales deberán establecerse en los estatutos de cada cooperativa, con excepción de las reservas legales, de bienestar social y de educación, cuyos porcentajes mínimos se establecen en los artículos 81, 82 y 83...”

Para la reserva legal (que tiene por objeto cubrir pérdidas imprevistas, debe ser permanente y no se podrá distribuir entre los asociados ni en caso de disolución de la cooperativa, art. 81) se debe destinar por lo menos el 10% de los excedentes, para la reserva de educación (se destinará a sufragar, dentro de la zona de influencia de las cooperativas, campañas de divulgación de la doctrina y los métodos cooperativos, cursos de formación y capacitación cooperativa, o a impartir educación general, de acuerdo con el reglamento respectivo elaborado

por el IFOCOOP, art. 82) será ilimitada y para formarla se destinará por el menos el 5% de los excedentes obtenidos y la reserva de bienestar social (se destinará a sus asociados, a los trabajadores de la asociación y a los familiares inmediatos de unos y otros, para ofrecerles ayuda económica y programas en el campo de la asistencia social, especialmente para aquellos servicios que no otorgue la Caja Costarricense de Seguro Social, o no estén contenidos en las disposiciones sobre riesgos profesionales, art. 83) también será ilimitada y para su formación se destinará por lo menos un 6% de los excedentes anuales de las cooperativas.

La Contraloría General de la República en el oficio N. DAGJ-268-2000 de la División de Asesoría y Gestión Jurídica se refiere a los aportes dirigidos al CENECOOP y el CONACOOOP, definiéndoles como contribuciones **parafiscales** cuyas características son: “1. Creadas por ley obedeciendo al poder de imperio del Estado. 2. Se trata de verdaderos tributos de cumplimiento obligatorio y que se califican como contribuciones especiales de carácter parafiscal. 3. Están afectadas a gastos específicos que los determina la misma ley que las crea, sea se destinan al cumplimiento de finalidades públicas. 4. No figuran en el presupuesto general de ingresos y gastos del Estado. 5 Son una exacción autorizada normativamente en beneficio del mismo sector social que la sufre.”

La Sala Constitucional en el Voto N. 7339-94 al resolver la acción de inconstitucional planteada contra el artículo 80 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y los artículos 9,10,11, 12 y 13 de la Ley n. 6339 que precisamente obligan a las cooperativas a destinar un porcentaje de sus excedentes a favor de CENECOOP R.L. estableció en relación a dicha contribución: “...no es la primera vez que se impone una carga tributaria para destinarla a particulares...” estimando la Sala que esta obligación pecuniaria impuesta a las asociaciones cooperativas sí puede considerarse como una verdadera contribución destinada a un ente privado que es acorde con las facultades tributarias que ostenta el Estado a través de la Asamblea Legislativa.

Dado lo anterior, tenemos que con dinero proveniente de tarifas por concepto de la prestación del servicio público de agua potable y alcantarillado estaríamos tributando –contribución parafiscal- al CENECOOP y al CONACOOOP- que tiene como finalidad primordial impartir cursos de capacitación en relación con la materia de las cooperativas.

DÉCIMO: En caso de disolución el activo líquido de la cooperativa que se disuelva, excepto en caso de fusión o incorporación a otra cooperativo, se destinará a engrosar el fondo de educación cooperativa del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo (art. 88)

Estaríamos frente a una entrega de bienes públicos, destinados a la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado, a un fin distinto pues pasan a formar parte del patrimonio del INFOCOOP.

DÉCIMO PRIMERO: En caso de liquidación una vez satisfechos los gastos de tramitación, el total de los haberes sociales se destinará a cubrir en el orden en que se citan en el artículo 90 c) cancelar a los asociados el valor de sus certificados de aportación y las cuotas de inversión. d) Fortalecer el fondo nacional de cooperativas de autogestión en el caso de liquidación de cooperativas de este tipo y e) A distribuir entre los asociados los excedentes e intereses que pudieren haberse acumulado en el ejercicio que corría hasta el momento de declararse la liquidación en las cooperativas que no son de autogestión.

Asimismo, los miembros de la comisión liquidadora, tendrán entre sus facultades, artículo 92 inciso d) vender los bienes de la asociación por el precio autorizado, según las normas de liquidación

No debemos perder de vista que el patrimonio eventualmente será el sistema de agua potable y alcantarillado que podría ser no solo vendido sino distribuido entre los asociados

DÉCIMO SEGUNDO: Las cooperativas de autogestión establece como características que el grupo que las constituye deriven su subsistencia del trabajo ya sea en condición de asalariado o de trabajadores por cuenta propia, así se prevé como derecho de los asociados a recibir una remuneración no inferior al salario mínimo fijado para las distintas actividades que rige para las empresas privadas, que no posean bienes de capital o en casos de poseerlos que sea en cantidades insuficientes a juicio de la Comisión Permanente de Cooperativas, participan en la aprobación de los planes de producción de la empresa, en la planificación del desarrollo económico y social de la misma, así como en la aprobación de la distribución social e individual de los excedentes no fijados en la ley, disfrutar de protección para sí, y para sus familias en caso de incapacidad vejez o muerte del asociado, entre otros (art. 105 y 109)

DÉCIMO TERCERO: El artículo 114 dispone: “Los excedentes netos deberán destinarse: a) Obligatoriamente: 1) El 10% a constituir la reserva legal. 2) Por lo menos el 6% para el fondo de bienestar social. 3) Un mínimo de 15% a realizar inversiones productivas que amplíen la capacidad económica de la empresa, siempre y cuando las inversiones cumplan con lo que establezca el reglamento de inversiones que elaborará la Comisión Permanente de Cooperativas de Autogestión. En caso de que no se realice la inversión, estos pararán a reforzar el fondo nacional de cooperativas de autogestión para ser destinado a inversiones en empresas cooperativas de autogestión...4) El 4% a la formación de un fondo para la promoción y capacitación de empresas cooperativas de autogestión que será manejado por la Comisión Permanente de Cooperativa de Autogestión. 5) El 5% se destinará al fortalecimiento del fondo nacional de cooperativas de autogestión. 6) El 5% para el financiamiento de las uniones, federaciones y confederaciones. 7) El 1% para el Consejo Nacional de Cooperativas. b) Por decisión de asamblea: 8) Distribuir el saldo entre los socios en proporción a su aporte de trabajo, para lo cual la empresa llevará un control de las horas trabajadas por sus socios.... 9) Cualquier otro fin establecido en los estatutos o que determine la asamblea.”

Estaríamos desviando fondos, pues dinero que ingresa por concepto de tarifas por la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, se estarían destinando a reservas que no persiguen el fin público sino satisfacer necesidades de los socios y por otra parte un porcentaje de esos excedentes al CONACOOOP Y CENECOOP como contribuciones parafiscales, contribuciones que ya fueron explicadas antes.

DÉCIMO CUARTO: Las cooperativas de cogestión no son viables en tanto que el artículo 120 de la Ley de Asociaciones Cooperativas las define como: "...aquellas en las que la propiedad, la gestión y los excedentes son compartidos entre los trabajadores y los productores de materia prima, entre el Estado y los trabajadores o entre los trabajadores, los productores de materia prima y el Estado."

DÉCIMO QUINTO: Formará parte del patrimonio del INFOCOOP, las utilidades netas provenientes de las liquidaciones anuales del Instituto. Artículo que genera inquietud tan solo su lectura.

En esta misma línea de ideas el **modelo general de estatuto para una cooperativa tradicional** presenta cláusulas que tal y como se detalló antes deben ser analizadas pues tienen como fundamento los artículos de la Ley de Asociaciones que generan preocupación en relación a una eventual prestación de servicios públicos de agua potable y alcantarillado cláusulas que a continuación se citan:

Artículo 5.- Principios y normas doctrinales. Inciso 3) Devolución de excedentes y aceptación de pérdidas por parte de los asociados en proporción a las operaciones que realicen con la cooperativa.

Artículo 8.- Operaciones. Para el logro de los objetivos la cooperativa podrá realizar las siguientes operaciones a) Recibir la contribución de sus asociados mediante la suscripción y porte de capital social cooperativo.

Artículo 10.- Requisitos de admisión. El número de asociados de la cooperativa será ilimitado y podrán serlo quienes reúnan los siguientes requisitos: c) Suscribir certificados de aportación y cancelar por lo menos el 25% del valor de la suscripción para tener derecho a los servicios que le ofrece la cooperativa.

Artículo 11.- Plazos para resolver solicitudes de admisión. El Consejo de Administración estudiará y resolverá en un plazo no mayor de 15 días, las solicitudes de admisión de nuevos asociados, pudiendo rechazarlas si no reúnen los requisitos o no convienen al interés social y económico de la cooperativa, mediante resolución motivada.

Artículo 13.- Derecho de los asociados. El asociado deberá decidir acerca de la distribución de excedentes y recibirlos de acuerdo con su participación en las operaciones de la cooperativa.

Artículo 15.- Deberes de los asociados. Contribuir al fortalecimiento del Capital Social Cooperativo y de las reservas legales.

Artículo 18.- Devolución de aportes. Excedentes e intereses. El asociado que se retire o que sea excluido por cualquier causa conservará sus derechos a los excedentes e intereses del ejercicio que estuviere en curso hasta el momento de su retiro, el importe neto le será entregado una vez que finalice el ejercicio económico. En igual forma, tendrá derecho a que se le devuelva integralmente el monto de los aportes pagados por él menos los saldos que deba a la cooperativa y la proporción que le corresponde en las pérdidas del patrimonio social, si los hubiere. Todo de conformidad con las reglas establecidas en el articulado del patrimonio.

Artículo 28.- Facultades de la Asamblea Ordinaria. D) Definir la tasa de interés que se pagará sobre el capital social pagado a la fecha del cierre del período con base en los Estados Financieros que se deben conocer en cada Asamblea y de

conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley de Asociaciones Cooperativa vigente. Asimismo, acordar el destino de los excedentes si los hubiere.

Artículo 52. El Comité de Educación y Bienestar Social. Le corresponderá a este comité promover y divulgar la educación cooperativa entre los asociados, así como programas de bien social para éstos y sus familiares.

Capítulo Quinto sobre el capital social cooperativo que va desde su composición, certificados de aportación, capital inicial, intereses a los certificados de aportación, afectación de los certificados de aportación, embargo de certificados de aportación, ampliación y reducción del capital social y devolución del capital social.

Capítulo Sexto sobre las liquidaciones anuales, fondos de reserva (legal, educación, bienestar social y seguridad social) y distribución de excedentes.

Capítulo Séptimo sobre la disolución y liquidación, así como el destino del remanente líquido.

CONCLUSIONES

PRIMERO: Las cooperativas gozan de absoluta libertad de cualquier tipo de regulación o control por parte de organismos o instituciones del Estados, siendo absolutamente nulos los actos de las entidades privadas o de los órganos públicos que impongan restricciones directas o indirectas a la actividad de esas asociaciones, salvo cuando las disposiciones legales expresamente establezcan esas restricciones.

El proyecto de ley sometido a análisis no señala nada respecto del “Cuarto Principio Cooperativo” denominado, como se señaló antes “Autonomía e Independencia”, por medio del cual se garantiza que las cooperativas son

enteramente controladas por sus asociados, tal y como lo dispone el artículo 3 inciso K) y 4 de la Ley de Cooperativas, siendo que para el caso concreto, sea la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, el AyA como entre rector y basados en el convenio de delegación, como título habilitante para la prestación de los servicios, se genera una relación de especial sujeción, tal y como lo han llamado nuestros Tribunales de Justicia, ejerciendo el AyA sobre el operador competencias propias de control, vigilancia, fiscalización, evaluación, normalización y dirección de la gestión que realizan, ésto desde el ámbito de rectoría, ya que la gestión del sistema corresponde al operador por delegación del AyA.

En este punto el proyecto de ley no presenta ninguna solución a este conflicto normativo, es decir, la autonomía e independencia a las cooperativas versus la rectoría del AyA y las relaciones de especial sujeción que se generan de la delegación.

Siendo además que este tema ya había sido analizado por el Asesor Jurídico de la Supervisión Cooperativa, oficio N. SC-0753-1293CO-12 del que se desprende: ***“Difícilmente, el principio de autonomía cooperativa, podría ajustarse a un control tan escrito del AyA. Sin embargo, dicho control se justifica en la relevancia del servicio público que se presta en un tema tan sensible como el agua, dadas las graves consecuencias, tanto para el AyA como para la población, que se produciría en caso de un mal manejo de recursos hídricos.”*** el destacado es nuestro

SEGUNDO: Las cooperativas pueden ejercer actividades lucrativas, si bien es cierto no como un fin en sí mismo, si como actividades para del cumplimiento del fin: servicio.

Para su constitución se requiere que se ajusten a los principios y normas de la Ley de Asociaciones Cooperativas, que entre ellos se encuentra, la devolución de excedentes, la aceptación de pérdidas y el pago de un interés limitado a los

aportes hechos. Asimismo, para su constitución y posterior inscripción se requiere que el patrimonio social inicial este íntegramente suscrito y pagado, por lo menos, el 25% del importe total del mismo, deberá además indicarse en los estatutos de la Asociación Cooperativa la forma y reglas de distribución de los excedentes obtenidos durante el respectivo ejercicio económico.

Teniendo el INFOCOOP la obligación de solicitar la disolución de aquellas cooperativas que, a su juicio, dejen de llenar los requisitos exigidos en la ley para su constitución y funcionamiento (por ejemplo, que el patrimonio social se redujere a un monto inferior al legal o no se distribuyeren los saldos o excedentes de acuerdo con la Ley de Asociaciones Cooperativas).

En el proyecto de Ley presentado para nuestro análisis no señala ninguna excepción a la distribución de los dividendos y demás gestión financiera contable- respecto de los fondos públicos que se generan por la prestación de los servicios públicos de acueductos, alcantarillado e hidrantes. Por el contrario, vemos que el artículo 5 es contradictorio con el artículo 18 del proyecto de Ley pues establece que los recursos económicos de las cooperativas deben reinvertirse en la gestión y mejoramiento del servicio público (ver artículo 5) pero por otro lado el artículo 18 del mismo proyecto de ley dispone que lo que se reinvertirá son sus excedentes, no quedando claro entonces este punto y dejando una gran incertidumbre sobre el uso de los fondos públicos.

Asimismo, no se dice nada referente de la obligación del INFOCOOP de solicitar la disolución cuando resulten ciertas causales como antes se apuntó. Lo que genera un conflicto jurídico aún no resuelto a través del proyecto de ley presentado, lo que preocupa pues la prestación de los servicios que son considerados por la Sala Constitucional y por nuestra legislación como servicios esenciales, a través de los cuales se tutela los principios constitucionales de salud y vida.

TERCERO: La legislación de cooperativas establece que los asociados tienen el derecho de retirarse y recibir el aporte que hubieran hecho, así como los excedentes e intereses del ejercicio que estuviere en curso hasta el momento de su retiro.

Además, establece la obligación que de haber excedentes estos deberán dirigirse, por su orden, para constituir la reserva legal (10%), reserva social (6%), reserva de educación (5%), y cualesquiera otra que establezcan los estatutos, cubrir las cuotas de inversión, pagar al CONACCOOP (2% de los excedentes) y al CENECOOP (hasta el 2.5% de los excedentes líquidos al cierre de cada ejercicio económico).

En el proyecto de Ley presentado, es también ausente de regulación en lo que se refiere a los porcentajes señalados, siendo que de mantenerse dicha distribución entraría en franca oposición con el fin público y los fondos públicos que administran los operadores, siendo el destino de TODOS esos fondos la administración, operación, mantenimiento y desarrollo de los mismos sistemas, debiéndose por tanto reinvertir los dineros en los sistemas operados.

CUARTO: En caso de diferencias entre la Asociación Cooperativa y los asociados podrá resolver la diferencia una junta arbitral, para este caso concreto de conformidad con lo que dispone la Ley General de la Administración Pública y tal y como hoy está regulado en el Decreto Ejecutivo 32529-S-MINAE, artículos 38 y siguientes que las diferencia entre los usuarios del sistema y el operador lo resuelve en primera instancia el que ostenta la delegación, y en alzada el AyA (apelación), ***siendo que también existe ausencia de solución ante este conflicto normativo en el proyecto de ley.***

QUINTO: Para extender sus servicios a personas no asociadas se requiere acuerdo de asamblea y aprobación del INFOCOOP.

Recordemos que estamos en presencia de un servicio público esencial, en donde debe existir la mayor apertura y acceso a la gestión directa del servicio, tal y como lo ha establecido la Sala Constitucional, pero no se puede bajo ningún concepto limitar el acceso a los servicios de acueducto y alcantarillado únicamente a los asociados, pues violentaría los principios constitucionales de salud y vida, ampliamente tutelados por la Sala Constitucional.

Una vez más señalamos que no se evidencia en el proyecto de ley propuesto una solución al presente conflicto normativo. Además, preocupa que el artículo 3 del proyecto de Ley dispone que las cooperativas podrán brindar todas aquellas actividades económicas en plena armonía con sus objetivos.

SEXTO: El activo líquido de la cooperativa que se disuelva, excepto en casos de fusión o incorporación a otra cooperativa, se destinará a engrosar el Fondo de Educación Cooperativa del Instituto de Nacional de Fomento Cooperativo.

Estamos frente a un servicio público de acueducto y alcantarillo por tanto por ninguna razón puede, en caso de disolución de la cooperativa, disponerse de bienes y/o dinero, por considerarse bienes y fondos públicos provenientes de tarifas y que se encuentran afectos al dominio público. En este punto el proyecto consultado se limita en señalar que en caso de liquidación los bienes pasan al AyA pero dejando claro que solo los bienes adquiridos consecuencia de la prestación del servicio, lo que genera inquietud respecto de que si las cooperativas, entonces, podrán brindar otros servicios? (ver artículo 3 inciso e) y artículo 19) Tampoco aclara que el AyA cuenta con legitimación suficiente para solicitar vía administrativa o judicial la disolución de la cooperativa para con ello garantizar la prestación de los servicios. Este punto a pesar de ser sumamente trascendental para la satisfacción del interés público no es abordado y detallado en el proyecto de ley.

SETIMO: Las cooperativas de cogestión son igualmente incompatibles pues el artículo las define como "...aquellas en las que la propiedad, la gestión y los excedentes son compartidos entre los trabajadores y los productores de materia prima, entre el Estado y los trabajadores o entre los trabajadores, los productores de materia prima y el Estado. Sin que para su exclusión se requiera análisis alguno, pues de la sola definición se denota dicha incompatibilidad con la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado.

En el mismo sentido sobre este tema no se refiere el proyecto de ley.

OCTAVO: En caso de liquidación, primero se satisfacen los gastos de tramitación de la misma, es decir, las utilidades netas provenientes de las liquidaciones anuales del Instituto formarán parte del patrimonio del INFOCOOP, pudiendo la comisión liquidadora vender los bienes de la asociación por el precio autorizado.

El proyecto propuesto no resuelve tampoco este tema pues en caso de disolución o liquidación de un operador, los bienes muebles o inmuebles adquiridos con fondos públicos provenientes de tarifas deberán trasladarse al AyA, pues es la Institución de Gobierno, con competencias nacionales para asegurar la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en todo el territorio costarricense. Como vemos el proyecto de ley que analizamos no faculta ni le da competencias al AyA para iniciar el juicio contencioso de liquidación de la cooperativa, para que el Juez traslade todos los bienes a la institución y con ello garantizar la prestación de los servicios.

NOVENO: Es omiso el proyecto en cuanto a la atención de emergencia y las razones por las cuales el AyA asumiría directamente la prestación del servicio, el visto bueno del AyA para su registro, la inscripción de caudales, la remisión por parte del AyA de las solicitudes tarifarias a la ARESEP, entre muchos otros temas.

DÉCIMO: El proyecto es omiso en referirse a la prestación del servicio de hidrantes que también brindan actualmente los operadores de los sistemas de acueducto y alcantarillado.

DECIMO PRIMERO: No es claro el proyecto de Ley en cuanto a las competencias rectoras del AyA en la prestación del servicio pues según el proyecto las inscripciones de caudal lo relazarían directamente los operadores, sin establecer que deben tener convenio de delegación y que todo registro se deberá hacer a través del AyA, no dispone el proyecto que los criterios emitidos y legislación emitida por el AyA son vinculantes y tampoco dispone que las tarifas para aprobación de la ARESEP deben ser avaladas por el AyA como titular de la prestación de los servicios. Es omiso también en cuando a la titularidad de la prestación del servicio que se reserva el AyA cuando delega la prestación de los servicios lo que genera la relación de especial sujeción entre el AyA y los operadores y genera todas las competencias de fiscalización, evaluación, control, dirección y de gobierno que tiene el AyA sobre los operadores.

En esta misma línea es inadmisibles la disposición del artículo 10 del proyecto de Ley pues las áreas de cobertura del servicio no pueden ser definida por los asociados pues existe un interés público por tutelar y que no puede depender de la voluntad de una asamblea general de asociados.

DÉCIMO SEGUNDO: No es claro el proyecto en definir que las únicas actividades a realizar son la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillados por delegación del AyA. (ver artículo 1 y 3 inciso e).

DÉCIMO TERCERO: No omiso el proyecto en el artículo 3 inciso g) al señalar que en caso de requerir la tramitación de expropiaciones el operador con convenio de delegación deber sufragar todos los costos de la expropiación.

DECIMO CUARTO: Es omiso el proyecto en establecer que todo proceso de contratación debe atender los principios de contratación administra por administrar fondos públicos.

DECIMO QUINTO: Por contemplar asuntos tarifarios considero de suma importancia hacer consulta a la ARESEP conforme a sus competencias.

DÉCIMO SEXTO: No queda claro en el artículo 13 a que se refiere, ni cuál es la intención al disponer dicha norma que el AyA, la Dirección de Aguas y el SENARA quedan facultados para brindar apoyo a las cooperativas. Pues es más que claro que el AyA es el titular de la prestación de los servicios que da en delegación.

DECIMO SETIMO: Es omiso el proyecto en lo que se refiere a la obligación de las cooperativas a entregar toda documentación e informes que requiere al AyA, como rector, para la fiscalización, evaluación, control dirección y gobierno de la gestión que realicen eventualmente.

DECIMO OCTAVO: Desconoce el proyecto del Ley las competencias rectoras del AyA pues no dispone de la necesaria delegación para la gestión de los servicios que el Instituto realiza en operadores legalmente constituidos, y por el contrario dispone el artículo 20 que la concesión o rescisión de las aguas se la otorgará el MINAE.

DECIMO NOVENO: En el artículo 22 del proyecto en cuando a las reformas deja por fuera la modificación de una serie de normas de la Ley de Asociaciones Cooperativas para que no entren en conflicto y además tampoco modifica la Ley Constitutiva del AyA en lo que procede.

En virtud de todo lo expuesto, reiteramos que nos oponemos al proyecto del Ley sometido a análisis pues éste, no modifica ni ajusta toda la legislación y reglamentación del cooperativismo a las normas que rigen la prestación del

servicio público de agua potable y alcantarillado, concluimos que pretender crear una organización social llamada cooperativa para prestar los servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, sin que se ajuste a las disposiciones de la Ley de Asociaciones Cooperativas, tal y como lo establece el artículo 7 de dicha ley, es primero desconocer el espíritu de las normas legales y segundo desnaturizar esta forma de organización (cooperativismo) lo que jurídicamente es improcedente y prohibido por disposición de ley, o

Por otro lado, sería atentar contra la universalidad y accesibilidad de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario pues se estarían delegando a organizaciones cooperativas la gestión del servicio sin que el AyA pueda ejercer ni dirección, ni control sobre ellas, sin mencionar que dicha prestación del servicio público de acueducto, alcantarillado e hidrantes, les podrá generar a los asociados “ganancias” que serían distribuidas violentando así la naturaleza pública de esos fondos.

Asimismo, solicitamos audiencia presencial ante la Comisión Permanente Especial de Ambiente, con el fin de ampliar nuestros argumentos.

Sin otro particular, se suscribe,

M.Sc. Yamileth Astorga Espeleta
Presidenta Ejecutiva

C. Dirección Jurídica
Archivo/mbm

[1] Mora Rojas, Fernando. Sociedad, Asociación y Cooperativa, Revista de Ciencias Jurídicas N. 16, págs. 97-98.

[2] Mora Rojas, Fernando. Op cit. P. 74

[3] Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Derecho mercantil, Editorial Porrúa S.A., Argentina, 1982, págs. 194 y 195.

