



## Informe de Investigación

### TÍTULO: ASOCIACIONES ADMINISTRADORAS DE ACUEDUCTOS Y ALCANCATARILLADOS (ASADA)

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo	<b>Descriptor:</b> Acueductos
<b>Palabras clave:</b> ASADA, Acueducto, Acueductos y Alcantarillados, Asociaciones.	
<b>Fuentes:</b> Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 02/05/2011

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>1</b>
a) Naturaleza Jurídica de las ASADAS.....	1
b) Autonomía respecto al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.....	6
c) Negativa a solucionar problema de cañería.....	12
d) Análisis sobre la posibilidad de que un ente privado suministre el servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario.....	15

#### 1. RESUMEN

A lo largo del presente informe, se incorpora una revisión jurisprudencial acerca de la regulación existente en torno a las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados, a nivel rural. A los efectos se reseñan distintos extractos relacionados con la naturaleza jurídica y competencias de dichas asociaciones, así como sobre la naturaleza pública del servicio brindado.

## 2. JURISPRUDENCIA

### **a) Naturaleza Jurídica de las ASADAS**

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>1</sup>

"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:

(...)

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 el Reglamento de las Asociaciones 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.”

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 registrarse 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:

“III.- SOBRE LAS ASOCIACIONES ADMINISTRADORAS DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS. (...) 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:

"La 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). (...). 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 Pública)."

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)." 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:

"(...) 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. (...) 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.” El resaltado y subrayado no son del original.

Asimismo, debe recalcar que aunque el Poder Ejecutivo dotó a las asociaciones en cuestión de una reglamentación especial para su actividad y organización (Reglamento de las Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunales, Decreto N°32529), tal normativa no modifica en lo absoluto su carácter privado. Conforme se ha indicado, estas asociaciones constituyen entidades de servicio público de naturaleza privada (ver Dictamen C-190-96 de 27 de noviembre de 1996), a las cuales les corresponde brindar dichos servicios de forma eficiente, oportuna e igualitaria, y para lograrlo deben cumplir los fines previstos en el artículo 16 del citado Reglamento, a saber:

“Artículo 16. La Asociación Administradora deberá tener como únicos y específicos fines: la construcción, administración, operación, mantenimiento y desarrollo de los sistemas de acueductos y alcantarillados delegado por el AyA; así como la conservación y aprovechamiento racional de las aguas necesarias para el suministro a las poblaciones; vigilancia y control de su contaminación o alteración, por lo que los recursos financieros generados por la gestión del sistema, deberán dedicarse exclusivamente a esos fines.”

En atención a los fines que le impone el ordenamiento jurídico a tales asociaciones, las mismas no podrían compararse con otros sujetos de Derecho Privado, ya que las primeras se encuentran obligadas a reinvertir las utilidades, de forma única y exclusiva, en el sistema de acueductos y alcantarillados que les fuera delegado en administración por parte del AyA. Por ello, la actividad que desarrollan es evidentemente de interés público, pues conforme se ha indicado líneas atrás, la finalidad de estas agrupaciones es brindar un servicio público en beneficio de una colectividad.

En este punto, es importante advertir que aunque las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados realizan labores de interés público, esto no significa que puedan gozar de los privilegios y exenciones que el ordenamiento jurídico otorga a las asociaciones declaradas de utilidad pública. Lo anterior, por cuanto la declaratoria de utilidad pública debe realizarse conforme a lo establecido en los artículos 32 de la Ley de Asociaciones, y 28 al 31 de su

Reglamento. Al respecto dispone el numeral 32:

“Artículo 32.- Las asociaciones simples, federadas o confederadas, cuyo desarrollo o actividad sean particularmente útiles para los intereses del Estado y llenen una necesidad social, podrán ser declaradas de utilidad pública cuando lo soliciten al Ministerio de Justicia y Gracia y este lo estime conveniente. Para alcanzar este beneficio, las asociaciones deberán tener tres años de inscritas como mínimo y operar legalmente al servicio de la comunidad.

Las asociaciones reconocidas como de utilidad pública podrán gozar de las franquicias y concesiones administrativas y económicas que, para cumplir con sus fines, el Poder Ejecutivo les otorgue. En cualquier momento, el Ministerio de Justicia y Gracia revocará este beneficio, si desaparecen los motivos por los cuales fue concedido. Este Ministerio llevará los controles de las asociaciones declaradas de utilidad pública y les exigirá informes anuales.

(Así reformado por el artículo 67 de la Ley No. 7935 de 25 de octubre de 1999). El resaltado y subrayado no son del original.

Obsérvese que la declaratoria de utilidad pública, consiste en una distinción y un beneficio que el legislador previó para aquellas asociaciones que destinan la totalidad de sus ingresos a labores de índole social, sea a favor de los intereses del Estado. Por ende, es necesario que el Ministerio de Justicia realice tal declaratoria de forma expresa, y que además, lo comunique al Registro de Asociaciones y al Departamento de Exenciones del Ministerio de Hacienda, conforme lo dispone el artículo 31 del Reglamento de la Ley de Asociaciones. De esta forma, las asociaciones declaradas de utilidad pública podrán gozar de los privilegios y exenciones que el ordenamiento jurídico les otorgue por ostentar dicha condición.

Por otra parte, y a modo de conclusión, valga reiterar que las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados, constituyen entidades de servicio público de naturaleza privada, las cuales aunque no forman parte del sector público, deben regirse por la normativa especial que regula el servicio de acueducto y/o alcantarillado que le fue delegado por la autoridad competente, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N ° 2726 de 14 de abril de 1961 y sus reformas, y el Decreto N° 32529.”

### ***b) Autonomía respecto al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados***

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]<sup>2</sup>

“III.-En reiteradas resoluciones, la Sala Constitucional ha considerado que, como parte del Derecho de la Constitución, existe un derecho fundamental al agua

potable :

“(…) 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 sano, 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 Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador” de 1988), el cual dispone que:

‘Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos’.

Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos.

VI.-Del anterior marco normativo se deriva una serie de derechos fundamentales ligados a la obligación del Estado de brindar los servicios públicos básicos, que implican, por una parte, que no puede privarse ilegítimamente de ellos a las personas, pero que, como en el caso del agua potable, no puede sostenerse la titularidad de un derecho exigible por cualquier individuo para que el Estado le suministre el servicio público de agua potable, en forma inmediata y dondequiera que sea, sino que, en la forma prevista en el mismo Protocolo de San Salvador, esta clase de derechos obligan a los Estados a adoptar medidas, conforme lo dispone el artículo primero del mismo Protocolo:

‘Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo’.

De esto tampoco puede interpretarse que ese derecho fundamental a los servicios públicos no tenga exigibilidad concreta; por el contrario, cuando razonablemente el



Estado deba brindarlos, los titulares del derecho pueden exigirlos y no pueden las administraciones públicas o, en su caso, los particulares que los presten en su lugar, escudarse en presuntas carencias de recursos, que ha sido la secular excusa pública para justificar el incumplimiento de sus cometidos.” (Sentencia 4654-2003 de las 15:44 horas del 27 de mayo de 2003).

Por otra parte, también el Tribunal Constitucional, ha establecido que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados puede asumir la administración de acueductos en poder las Municipalidades, por deficiencia en el servicio. En voto No. 5606- 2006, expresó:

“VI-. Autonomía municipal y servicio de agua potable. Precisamente, en el caso del agua, los antecedentes refieren que el servicio, originalmente había sido dado a las Municipalidades por la Ley General de Agua Potable, N° 1634 de 18 de setiembre de 1953, (artículo 5) y posteriormente al crearse el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado, esa función, pasa a esta Institución según la redacción del artículo 2:

"El original artículo 2 inciso h) de la ley 2726 de 14 de abril de 1961, dispuso como una atribución del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados:

'Elaborar las tasas y tarifas para los servicios públicos objeto de la presente ley, que se presten en el país por empresas públicas y privadas, con base en los principios de servicio al costo y de un porcentaje de utilidad para capitalización y desarrollo.(...) Las tasas y tarifas que el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados elabore, serán "autorizadas" por el organismo que la ley indique."

El artículo 1 (\*) le otorgaba la posibilidad de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y disposición de aguas negras y residuos industriales.

(\*) Este artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5915 de 12 de julio de 1976

Veamos:

“Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del Estado.”

Por su parte, el artículo 2 señala que correspondía al Instituto (AYA):

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 industriales líquidos y de aguas pluviales en las áreas urbanas; ...

c) Promover la conservación de las cuencas hidrográficas y la protección ecológica, así como el control de la contaminación de las aguas;

Un estudio del expediente legislativo de la Ley de creación del A y A antes SNEE deja claro que precisamente fueron los problemas relacionados con el abastecimiento de agua potable, aguas negras o servidas y pluviales en las distintas localidades del país, lo que motivó la nacionalización del servicio a través de la creación del AyA frente a la inercia municipal, (ver folio 108 y siguientes del expediente legislativo de la Ley N ° 2727), donde además se reconoce que el tema del agua no puede ser tratado como un tema territorial. Al respecto se señaló:

“...no pueden resolverse adecuadamente [se refiere al agua] únicamente tomando en cuenta los intereses de una comunidad determinada, circunscrita a una jurisdicción territorial o administrativa concreta, por cuanto esos servicios afectan habitantes de muchas comunidades distintas y grandes extensiones del territorio, de tal suerte que unos servicios dependen invariablemente de los otros, haciéndose necesaria, en muchos casos, la interconexión de esos servicios.

II .-Que las nacientes de aguas potables y las corrientes de los ríos que se usan para el abastecimiento de los sistemas de cañerías o para la evacuación de aguas negras o servidas, recorren grandes extensiones del territorio, por lo que no pueden utilizar parte de esas aguas, en determinado punto, sin afectar, a veces sustancialmente, todo el cauce y los intereses de las comunidades que el cauce de que se trate atraviese; por otra parte, la conducción de las aguas ya tratadas, por medio de acueductos, cloacas, alcantarillados, o corrientes de aguas al descubierto, se hace a través de varias jurisdicciones administrativas y territoriales, de donde se desprende la íntima relación que existe ente el interés de todas y cada una de las colectividades en la solución de estos problemas lo que, indudablemente, confiere alcance de interés nacional a cualquier proyecto que se elabore para dar solución adecuada a los problemas que se derivan de la captación, tratamiento y distribución de aguas potables, de aguas negras o servidas y de aguas pluviales.

III .-Que la solución con criterio nacional de estos problemas no sólo es conveniente desde el punto de vista sanitario, sino también desde el económico y administrativo, estando, al propio tiempo, en un todo de acuerdo con el ordenamiento constitucional y jurídico vigente. Sobre este mismo tema la Procuraduría en su oportunidad había señalado “que no existe ninguna razón de orden lógico ni jurídica para considerar que los servicios de agua, aunque hayan venido hasta hoy en poder de las Municipalidades, constituyan por esencia 'servicios locales' en el sentido del artículo 169 citado [se refiere al constitucional], y, en consecuencia, que no existe tampoco ningún obstáculo de orden constitucional para que una ley los integre en un programa y en una institución



nacionales, como los proyectados, sin violar para nada la autonomía municipal que define el artículo 170. Al hacerlo, la Asamblea Legislativa estaría simplemente ejerciendo su potestad constitucional específica, superior y exclusiva de emitir leyes ( artículo 121, inc. 1), exceptuando al abastecimiento de agua, válida y justificadamente, del concepto de servicios locales y, por ende, de la jurisdicción municipal. Así se ha hecho antes con otros servicios de parecida o menor importancia, como los eléctricos, telefónicos, ferroviarios, portuarios y aéreos, sanitarios, etc" .

Esta misma tesis del interés nacional en la prestación eficiente del servicio de agua potable fue confirmada posteriormente por la Corte Plena , ejerciendo las funciones de juez constitucional, en la resolución que adoptó en la sesión extraordinaria del 17 de marzo de 1963, con motivo de un recurso de inconstitucionalidad que presentó la Municipalidad de Goicoechea contra la Ley 2726 que creó el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado (hoy AyA).

En lo que interesa, el voto de mayoría señala:

“El reconocimiento que la Constitución de 1949 hizo de las Municipalidades como organismos autónomos encargados de la administración local, no elevó a éstas a la categoría de entes soberanos, ni quiso decir con ello que la actividad administrativa que atañe al Cantón debe ser atendido por la Municipalidad en forma exclusiva y con prescindencia de toda otra autoridad u organismo, sino que quedan sujetos a lo que las leyes dispongan en casos especiales. (...) El poder Legislativo puede mediante ley disponer, como lo ha hecho ahora, acerca del manejo de alguno o algunos de los negocios que hoy están bajo la administración de la Municipalidad. Considerar que el Poder Legislativo no puede variar o modificar nada de lo que está bajo el control y administración de las Municipalidades es como pensar que la soberanía no reside en la Nación (art. 2°), sino que hay partes del territorio que están sometidos a la soberanía exclusiva de la Municipalidad y que ésta es absoluta aun con perjuicio del Estado. Ha considerado el legislador que para el mejor servicio público, conviene crear un organismo especial que ha denominado “Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado”, y cuya creación se ha hecho constar en la ley número 2726 de 14 de abril de 1961. Está dentro de las facultades de la Asamblea Legislativa dar esa ley que solamente viene a modificar un sistema por creerlo necesario en beneficio del público. (...). Si el servicio público exige por razones de orden técnico, económico o jurídico crear nuevas entidades, la Asamblea Legislativa podrá hacerlo encomendándole su desempeño, y si tal servicio ya existe a cargo de determinada institución, bien puede, por considerarlo así beneficioso, al nuevo organismo. (...) La Asamblea Legislativa tiene amplia facultad para crear cuantas entidades autónomas crea conveniente para el mejor servicio público”. Por su parte, el Magistrado Elizondo destacó: “Si una persona pública (municipio o ente



autónomo), fuera tan independiente que el poder de la Asamblea Legislativa se detuviera ante ese muro de la autonomía, habría que convenir en que el Estado se ha despojado de su soberanía para otorgársela de igual a igual a la persona pública, o en otros términos, como dice Fraga, sería el caso de un Estado creado dentro de otro Estado. Es cierto que la autonomía concede al ente público completa independencia para actuar dentro de los límites de la competencia que le han otorgado la Constitución o las leyes en la administración de los servicios públicos descentralizados; lo mismo para darse el Gobierno interno que estime conveniente. Pero si esa competencia para la administración de los servicios descentralizados, no está fijada por la Constitución Política, si ella tiene origen en la disposición de la Asamblea Legislativa, con el poder que tuvo ésta para concederla, puede limitarla, suprimirla en todo o en parte o transferirla a otro ente público. Así lo pregonan la doctrina de los más modernos autores que han tratado esta materia. (...) En Costa Rica, la competencia concedida a las Municipalidades para la administración (sólo para la administración) de los sistemas de aguas potables, está dispuesta por la Ley N° 1634 de 18 de setiembre de 1953, en cuyo artículo 5° se dice: "Las Municipalidades tendrán a su cargo la administración plena de los sistemas de abastecimiento de aguas potables que estén bajo su competencia". Tal competencia, le ha podido ser suprimida a las Municipalidades, y ser transferida a otro ente autónomo, por la Asamblea Legislativa, sin trasgresión del artículo 170 de la Constitución Política".

La posición de Corte Plena es plenamente conciliable con los argumentos que la Sala Constitucional expuso en el voto 5445-95 supra citado, en el sentido de que cuando el problema desborda la circunscripción territorial a la que están supeditados los gobiernos locales, se puede trasladar esa competencia a las instituciones del Estado nacionales o regionales correspondientes, mediante una ley de nacionalización o de regionalización, según sea el caso. En el caso del servicio de agua potable y evacuación de aguas servidas mediante alcantarillado, esa nacionalización se dio en su oportunidad con la Ley que crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. (...) (la negrilla no es del original)

IV.-Las Asociaciones Administradoras de Acueductos Comunes (ASADAs), son entidades conformadas por vecinos, formalmente constituidas con personería jurídica propia y encargadas de administrar el acueducto de su comunidad mediante la delegación por parte de Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 inciso g) de su Ley Constitutiva, que le permite delegar la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueductos y alcantarillados, en organizaciones debidamente constituidas para tal efecto. Las ASADAs sustituyeron a los antiguos Comités Administradores de Acueductos, y tienen plena responsabilidad para captar y distribuir el agua que consume la comunidad, construir y mantener la

infraestructura necesaria, cobrar por el servicio brindado y manejar los ingresos recaudados. Por otra parte, los Acueductos Comunales no tienen vínculos formales con los gobiernos municipales de su cantón, ya que es el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados quien supervisa las operaciones y fiscaliza la gestión de las Asociaciones dichas. Inicialmente fueron reguladas por el Decreto Ejecutivo No. 29100-S, del 9 de noviembre del 2000, publicado en La Gaceta No. 231, del 1 de diciembre del mismo año, y en la actualidad por el Decreto Ejecutivo No. 32529-S- MINAE, del 2 de febrero del 2005, publicado en La Gaceta No. 150, del 5 de agosto de 2005.

V.-En el caso concreto, de acuerdo con el oficio GPJM-157-2004, fechado 18 de mayo de 2004, los vecinos de la localidad, constituyeron la Asociación Administradora de Acueductos y Alcantarillado Sanitario Paéz de Oreamuno, bajo el auspicio del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, puesto que ahí se indica que dicha entidad les ha otorgado identificaciones. Siendo así, lleva razón la Municipalidad de Cartago, en el sentido de que cualquier disconformidad con el servicio de agua potable que brinda dicha Asociación, compete conocerla y evaluarla al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado y no a ese gobierno local, lo que conlleva a confirmar el acto apelado.”

### ***c) Negativa a solucionar problema de cañería***

[SALS CONSTITUCIONAL]<sup>3</sup>

“I.-Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) Las fuertes lluvias que días atrás azotaron a la Región Pacífico de nuestro país, afectaron entre otros servicios públicos, el acueducto, servicio que es mas suceptible por cuanto al haber desbordamientos de terrenos las tuberías instaladas son arrancadas del lugar (informe bajo juramento a folio 8 del expediente).

b) No consta en los registros de la autoridad recurrida reclamo alguno presentado por el recurrente, así mismo en el Roble de Puntarenas lugar que asegura el recurrente no existe ningún tipo de problema ni daños reportados por ningún cliente (informe bajo juramento a folio 8 del expediente).

c) En la comunidad de el Roble de Puntarenas, el servicio de agua potable se está brindando con la normalidad con la que se ha venido dando en los últimos años (informe bajo juramento a folio 8 del expediente).

II .-Objeto del recurso. Alega el recurrente que el 29 de mayo de 2008 a

consecuencia de las fuertes lluvias que azotaron la zona, la cañería que abastece de agua a la comunidad de El Roble de Puntarenas, fue arrastrada por el río Barranca, no obstante y pese a que dicho problema fue puesto en conocimiento del Jefe del instituto recurrido, quien ofreció solucionar el problema, hasta el momento no ha brindado solución al problema, omisión que estima violatoria de sus derechos fundamentales.

III.-Sobre el derecho fundamental al agua potable . Este Tribunal Constitucional ha dispuesto anteriormente, específicamente en la sentencia 2003-4654 de las quince horas con cuarenta y cuatro minutos del veintisiete de mayo de dos mil tres, que como parte del Derecho de la Constitución existe un derecho fundamental al suministro de agua potable, así en aquella oportunidad se dispuso en lo conducente:

“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 sano, 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 Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador" de 1988), el cual dispone que:

“Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”.

Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos.

VI.-Del anterior marco normativo se deriva una serie de derechos fundamentales ligados a la obligación del Estado de brindar los servicios públicos básicos, que implican, por una parte, que no puede privarse ilegítimamente de ellos a las personas, pero que, como en el caso del agua potable, no puede sostenerse la titularidad de un derecho exigible por cualquier individuo para que el Estado le suministre el servicio público de agua potable, en forma inmediata y dondequiera que sea, sino que, en la forma prevista en el mismo Protocolo de San Salvador,



esta clase de derechos obligan a los Estados a adoptar medidas, conforme lo dispone el artículo primero del mismo Protocolo:

“Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

De esto tampoco puede interpretarse que ese derecho fundamental a los servicios públicos no tenga exigibilidad concreta; por el contrario, cuando razonablemente el Estado deba brindarlos, los titulares del derecho pueden exigirlos y no pueden las administraciones públicas o, en su caso, los particulares que los presten en su lugar, escudarse en presuntas carencias de recursos, que ha sido la secular excusa pública para justificar el incumplimiento de sus cometidos...”

III .-Caso concreto.- Esta Sala, ha examinado anteriormente el problema de la prestación irregular del servicio público de agua potable, y ha confirmado que la materia es de recibo en este Tribunal cuando compromete los derechos constitucionales a la salud y a la vida (así, en la sentencia N° 2728-91 de las 8:54 horas del 24 de diciembre de 1991, reiterada posteriormente por la sentencia No. 3891-93 de las 9:06 hrs. del 12 de agosto de 1993). En tales casos, la Sala ha entrado a analizar la conducta de los entes públicos involucrados con el objeto de determinar si han brindado el mencionado servicio en forma deficiente y se ha considerado que la Sala debe advertir si en situaciones específicas, como la que se plantea en el caso bajo análisis, las acciones u omisiones de las autoridades públicas explican que el suministro de agua potable se corte, no se brinde o se dé irregularmente, con quebranto de aquellos derechos. (v. sentencia número 2000-09051). En el caso concreto el representante del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados reconoce la existencia de problemas en el suministro de agua potable, no obstante éste se debió a las fuertes lluvias que días atrás azotaron a la zona, afectando entre otros servicios públicos, al acueducto, también señala bajo juramento que pese a lo anterior en el Roble de Puntarenas lugar que asegura el recurrente, no existe ningún tipo de problema ni daños reportados por el amparado, y más bien por el contrario el servicio de agua se está brindando con la normalidad con la que se ha venido dando en los últimos años. Así las cosas, este Tribunal analiza la situación planteada y considera que los problemas de abastecimiento de agua potable que acusa el recurrente no pueden ser reprochados a la autoridad recurrida, pues como se menciona si existió el problema acusado éste obedeció a causas de fuerza mayor. Sobre el particular ya en anteriores ocasiones la Sala ha señalado que si el suministro de agua potable

se suspende o interrumpe por motivos de fuerza mayor, no estima la Sala que se produzca la alegada lesión a los derechos fundamentales del recurrente, debiendo en consecuencia ordenarse la desestimación del amparo.

IV.-No obstante lo anterior, la Sala reconoce que las autoridades del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados si bien trabajaron para corregir el problema de abastecimiento que tenían los vecinos de el Roble de Puntarenas, no está de más recordarles que ello deben de realizarlo de manera preventiva y permanente a fin de evitar situaciones como las que ocupan. En ese sentido se le recuerda al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados que como ente rector en el tema de la prestación del servicio de agua potable, debe de operar atendiendo a las responsabilidades y obligaciones que le exige la ley en cuanto fiscalizar el adecuado suministro de agua potable a los vecinos de los sectores afectados. En virtud de lo expuesto, lo procedente es desestimar el recurso planteado pues no se logra extraer del expediente que las causas de la suspensión del servicio de agua obedezcan a la falta de acción del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, sino a situaciones de fuerza mayor”

***d) Análisis sobre la posibilidad de que un ente privado suministre el servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado sanitario***

[PROCURADURÍA GENERAL]<sup>4</sup>

**“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 cuenta con la autorización previa del AyA y del Ministerio de Salud para que la empresa privada preste el servicio de agua potable a la



población, así como el sistema de alcantarillado sanitario. La razón de esta postura encontraría fundamento en la Ley 2726 de 14 de abril de 1961, Ley constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillaos y en los artículos 266 y 276 de la Ley general de salud, Ley n.º 5395 de 23 de octubre de 1973. En esta dirección, se debe tener presente que esos servicios son servicios públicos esenciales (véase el dictamen C-373-03 de 26 de 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:

(...)

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 el Reglamento de las Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunes, 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.'

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:

“III.- SOBRE LAS ASOCIACIONES ADMINISTRADORAS DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS. (...) 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:

“La 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). (...). 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 Pública).”

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).” 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:

“(...) 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. (...) 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.” El resaltado y subrayado no son del original”.

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 empresas 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 tesitura 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:

“Nuestro 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.

‘Artículo 129.-... La Ley no queda abrogada 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 oponga’.

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...”.

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:

“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 –entendido 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 señalan”. (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 no ejerce ni pretende asumir la competencia 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:

“VII.-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 (“Protocolo de San Salvador” de 1988), el cual dispone que: “Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1.- Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos’. La carencia de 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 reglamentos. O en su caso, y dentro del 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...” 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 –la antigua o la nueva ley- es la llamada a regular cada tipo de situación jurídica. Así, por ejemplo, puede ordenarse que las situaciones 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 – 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’ L, 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.”

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 169-2007, del 28 de mayo de dos mil siete.
- 2 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Segunda, Resolución No. 128-2009, de las diez horas con veinticinco minutos del diecisiete de abril de dos mil nueve.
- 3 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 10589-2008, de las quince horas con treinta y cinco minutos del veintiseis de junio de dos mil ocho.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen No. 236-2008, del siete de julio de dos mil ocho.