



INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS
San José, Costa Rica
Apartado 1097-1200. Teléfono 2242-5492. nesibaja@aya.go.cr

MEMORANDO

PARA: Annette Henchoz Castro
Gerencia General

FECHA: 12 de abril del 2019

DE: Nelson Gerardo Sibaja Herrera
Dirección Jurídica



No. PRE-J-2019-01653

ASUNTO: Respuesta al oficio GG-2019-00617, Criterio Legal Emisión Bonos Verde.

Ante la solicitud de un criterio legal, mediante el cual se pueda determinar si AyA estaría legalmente facultado para realizar una emisión de bonos en el mercado nacional, permito indicar lo siguiente.

La naturaleza jurídica del AyA se establece en lo que señala el Artículo No.1 de la Ley Constitutiva del Instituto al indicar:

“(...) dirigir, fijar políticas 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 alcantarillados pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional (...)”.

Es importante indicar que la Procuraduría General de la República ha mantenido que la competencia del AyA se delimita al suministro de agua potable, es decir, la prestación de un servicio público en todo el territorio nacional, esto en el pronunciamiento C-150-95 del 30 de junio de 1995, al hacersele la consulta sobre si el AyA se encuentra facultada legalmente para comercializar agua embotellada, ya que la prestación de un servicio público difiere en mucho del ejercicio de una actividad comercial dentro del

mercado existente, pues dentro de las atribuciones que se le otorgaron al AyA no se encuentra el realizar otra actividad que no sea la de satisfacer el servicio público que se le asignó.

Así mismo los fundamentos dados por la Procuraduría General de la República los reitera mediante el OJ-052-2016 del 19 de abril del 2016, adicionando además que con base a la Ley Constitutiva de AyA se puede colegir que dicha institución autónoma fue creada con la finalidad de satisfacer una necesidad pública, la cual es suministrar agua potable a todo el territorio nacional, estableciendo en tal sentido una competencia específica y claramente delimitada por su propia ley constitutiva.

Hay que considerar que la actividad ordinaria del AyA se encuentra constreñida a la satisfacción de un fin público, ya claramente definido. Debemos recordar lo que estipula el Principio de Legalidad que hace referencia la doctrina, el cual se describe en el Artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública:

“Artículo 11:

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según escala jerárquica de sus fuentes.
2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.”

Así el AyA se encuentra autorizado para brindar un servicio público, pudiendo en el ejercicio de sus funciones y con plena satisfacción del fin público, instrumentalizar los medios que sean necesarios para garantizar el cumplimiento del servicio público que le fue asignado.

Si bien es cierto lo anteriormente descrito, la Procuraduría General de la República se basa para emitir esos fundamentos en la facultad legal del AyA para vender agua embotellada, estos mismo son aplicables en este caso en concreto dado que se refieren a la incorporación de una actividad comercial dentro del mercado existente, y en este caso sería incursionar dentro del mercado comercial existente de la venta de

Bonos en la Bolsa de Valores, actividad que se aparta de la naturaleza jurídica del Instituto.

Es importante indicar que, si bien es cierto, hay instituciones públicas que han incursionado en el mercado de venta de bonos en la Bolsa de Valores, esto se debe a que existe una norma que expresamente los faculta para poder desarrollar esa actividad como medio de financiamiento para poder cumplir sus fines, caso contrario sucede con AyA, ya que no hay norma especial habilitante que expresamente avale la incorporación a ese tipo de activada comercial.

La Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) en su artículo 9 le otorga de manera expresa la facultad a instituto poder emitir bonos para el financiamiento de su programa de desarrollo, al señalar:

“Artículo 9º.- El Instituto tendrá capacidad para entrar en contratos de todo orden lícito; para comprar, vender y arrendar bienes muebles e inmuebles, valores y empresas dentro de los propósitos de su creación; para emprestar, financiar e hipotecar; y para toda otra forma de gestión comercial y legal que sea necesaria para el desempeño de su cometido, y dentro de las normas corrientes de contratación que su situación financiera le permita, sin incurrir en riesgos indebidos para la estabilidad de la institución.

Podrá el Instituto emitir bonos al portador en moneda nacional o extranjera conforme a sus necesidades de financiación para el desarrollo de su programa de electrificación nacional, a los tipos de interés, tasas de amortización y monto de las emisiones que determine la misma Institución, previa solicitud y conocimiento del dictamen a que se refiere el artículo 122 de la Ley Orgánica del Banco Central. Dichos títulos tendrán la garantía que el Instituto les señale en el acuerdo de emisión, para lo cual podrá gravar sus bienes y sus ingresos. Estarán exentos de todo impuesto presente y futuro y serán negociables libremente, pudiendo adquirirlos todas las instituciones autónomas como inversión”.

Así mismo, la Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones también de manera expresa autoriza al Instituto

Costarricense de Electricidad (ICE) a emitir todo tipo de títulos valores, como lo indican los artículos 13 y 15, los cuales manifiestan lo siguiente:

“ARTÍCULO 13.-Política financiera

Ni el Estado ni sus instituciones podrán imponer restricciones ni limitaciones financieras a las inversiones y al endeudamiento del ICE y sus empresas, que resulten ser ajenas o contrarias a esta Ley.

ARTÍCULO 15.-Instrumentos financieros

El ICE y sus empresas podrán emitir todo tipo de títulos valores, en moneda nacional o extranjera, al interés, la tasa de amortización y el monto, que su Consejo Directivo determine de conformidad con la legislación aplicable. Dichos títulos tendrán la garantía que el ICE y sus empresas les señalen en el acuerdo de emisión; para ello, podrán titularizar sus ingresos actuales y futuros o sus bienes, mediante contratos financieros, tales como arrendamientos o fideicomisos, o podrán gravar sus bienes e ingresos.

Los títulos que emitan el ICE y sus empresas serán negociables libremente y podrán ser adquiridos por todos los entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, incluyendo las operadoras de pensiones.

El ICE y sus empresas podrán emitir, vender y adquirir valores en el mercado financiero primario o secundario, directamente en ventanilla, o por medio de los puestos de bolsa de valores que se estime necesarios. Los valores podrán emitirse en serie o en forma individual y podrán ser objeto de oferta pública. Los bienes patrimoniales del ICE y sus empresas podrán garantizar dichas emisiones”.

También se puede observar en la Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia ESPH, la cual permitió la modificación de la Naturaleza Jurídica al indicar en su artículo 10 “*La Empresa de Servicios Públicos de Heredia podrá contratar empréstitos con agencias de crédito nacionales o extranjeras, así como emitir toda clase de títulos y valores, siempre que cumpla los requisitos fijados para los emisores financieros”.*

En el caso de RECOPE, es un ente del sector público constituido como sociedad anónima es, por principio, una empresa pública. Máxime si las actividades que despliega la entidad son de carácter empresarial, además nace y se mantiene como una sociedad anónima, organizada bajo las reglas comunes del Código de Comercio, por lo que esta norma faculta a la empresa pública poder contratar empréstitos con agencias de crédito nacionales o extranjeras, así como emitir toda clase de títulos y valores, siempre que cumpla los requisitos fijados para los emisores financieros. Cuyo giro empresarial bien podría ser desarrollado como una empresa de naturaleza privada, tal como fue originalmente la Refinería.

Se trata entonces de una empresa estatal estructurada como sociedad mercantil, y así la calificó el Reglamento emitido por Decreto Ejecutivo N° 7927-H de 12 de enero de 1978. Esa condición de empresa estatal ha sido también reconocida por la Procuraduría. Así en el dictamen N. 12-90 de 31 de enero de 1990, por lo que su naturaleza jurídica le permite participar en el mercado de valores.

En razón de lo anterior se considera que, debido a la Naturaleza Jurídica del Instituto, y al no haber una ley especial que señala expresamente que el AyA puede emitir ese tipo de títulos valores e incorporar al mercado, el mismo no está facultado legalmente para realizar emisión de bonos en el mercado nacional e incluso en el mercado centroamericano.

Si la Administración Superior lo considera pertinente se podría realizar la consulta correspondiente a la Procuraduría General de la República sobre el tema en cuestión.

VB *Silvia Poveda Donato*

Silvia Poveda Donato

Dirección Jurídica a.i.



VB

Mayela Flores Sánchez
Mayela Flores Sánchez

Dirección Jurídica

C:

Archivo