



A U D I T O R Í A I N T E R N A

ASAI-006-2023

28 DE AGOSTO DE 2023

SEÑORES (AS)
CONCEJO MUNICIPAL
BELEN

ASUNTO: ASESORIA SOBRE ACUERDO SOBRE MAPA DE AFECTACIONES Y RESTRICCIONES

De acuerdo con la Ley General de Control Interno No.8292, con respecto a las competencias de la Auditoría Interna establece lo siguiente:

“Artículo 22.-Competencias. Compete a la auditoría interna, primordialmente lo siguiente:

(...) d) Asesorar, en materia de su competencia, al jerarca del cual depende; además, advertir a los órganos pasivos que fiscaliza sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas o decisiones, cuando sean de su conocimiento. (...)”

Así como lo establecido en las Normas para el Ejercicio de la Auditoría Interna en el Sector Público, 1. Normas sobre Atributos, inciso 1.1.4 Servicios de la auditoría interna, que indica:

“Los servicios que presta la auditoría interna se clasifican en servicios de auditoría y servicios preventivos.

Los servicios de auditoría comprenden los distintos tipos de auditoría. A los efectos, debe observarse la normativa aplicable.

Los servicios preventivos incluyen la asesoría, la advertencia y la autorización de libros.” (Lo subrayado es nuestro).

Asimismo, esta norma define el servicio de asesoría, de la siguiente manera:

“Es un servicio dirigido al jerarca y consiste en el suministro de criterios, observaciones y demás elementos de juicio para la toma de decisiones con respecto a los temas que son competencia de la auditoría interna. También puede ser brindado a otras instancias institucionales, si la auditoría interna lo considera pertinente.”

Por otra parte, la Contraloría General de la República mediante el criterio externado en el oficio No.DI-CR-190 (5202) del 20 de mayo del 2003 indica:

“... los cuales es de interés referirse a tres fundamentales, a saber: las auditorías (esencialmente, financiera, operativa y estudios especiales), las asesorías y las advertencias. En ese sentido, de conformidad con lo preceptuado por la LGCI, y la doctrina y la técnica, tales procesos y actividades presentan las siguientes características principales:

(...)

ii. La asesoría: consiste en proveer al jerarca criterios, opiniones u observaciones que coadyuven a la toma de decisiones. Puede brindarse en forma oral pero de preferencia debe ser escrita, y se emite a solicitud de la parte interesada, sobre asuntos estrictamente de su competencia y sin que menoscabe o comprometa la independencia y objetividad en el desarrollo posterior de sus demás competencias. En su forma más sencilla consistiría en un criterio con el sustento jurídico y técnico pertinente, que se exprese en una sesión del órgano colegiado o reunión con el jerarca unipersonal, según corresponda, bajo el supuesto de que quedará consignada en actas o, si es posible en un documento escrito. También, puede consistir en un trabajo de análisis que desarrolla y fundamenta dicha unidad a solicitud del jerarca. Los resultados de este análisis se expresan por escrito, y el documento correspondiente no se rige por el trámite del informe que prescribe la LGCI.

Además, la Contraloría General de la República mediante el criterio externado en el oficio No.DFOE-DL-0199 (02743) del 22 de febrero del 2018 manifiesta:

“De previo a entrar en materia, es importante señalar que la auditoría interna en el ejercicio de la función de asesoría suministra criterios, observaciones, opiniones, advertencias y recomendaciones, como resultado de los requerimientos recibidos o de los procesos de control y fiscalización, lo que tiene la intención de que se conviertan en insumos para la administración activa que le permitan tomar decisiones más informadas y quizá más ajustadas al ordenamiento jurídico y técnico. En ese mismo sentido, además, puede resultar fortalecido el sistema de control interno coadyuvando al logro de los objetivos institucionales.”

Adicionalmente, en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Auditoría Interna de la Municipalidad de Belén, aprobado por el Concejo Municipal en la Sesión 10-2022, del 15 de febrero del 2022 y por la Contraloría General de la República mediante el oficio N.06798 (DFOE-LOC-0519) del 25 de

abril 2022, mismo que fue publicado en la Gaceta No 148 del 05 de agosto del 2022, se establece respecto al servicio de asesoría los siguiente:

“Artículo 32. Servicios de Auditoría.

Los servicios que brinda la auditoría consisten principalmente en estudios de auditoría financiera, operativa y de estudios especiales. También presta servicios de carácter preventivo, constituidos por la asesoría, la advertencia y la autorización de libros.

Como parte de los servicios preventivos, la Auditoría brinda asesoría al Concejo. Esa asesoría puede ser verbal o escrita, sobre asuntos de competencia de la Auditoría y a solicitud expresa del Concejo.

(...)

La asesoría y la advertencia, las decisiones que tome la administración con base en ellas quedan bajo su entera responsabilidad; sin embargo, la Auditoría verificará posteriormente, lo actuado por esta.

Los resultados de los servicios preventivos se comunican por escrito en lo posible y por los medios que la Auditoría considere pertinentes, y para ello definirá contenido y forma de los informes, oficios u otros medios de comunicación conforme la naturaleza de los estudios o las situaciones que lo generen.” (Lo resaltado no es del original).

I. INTRODUCCION

En atención al acuerdo tomado en el punto tercero artículo 01, de la Sesión Ordinaria No.66-2021, del 9 de noviembre de 2021, el cual se transcribe, más adelante, se realiza el estudio relacionado con el Mapa de afectaciones y restricciones del Cantón de Belén, de uso administrativo a nivel municipal.

“TERCERO: Solicitar a la Auditoría Interna un informe completo de investigación sobre estas diferencias en el tamaño de nuestras áreas de protección, a la luz de la Ley de Administración Pública en sus artículos 11 y 16 donde aclara las potestades de la administración pública y sus actuaciones; artículos 58 y 67 de la Ley Forestal sobre áreas de protección, Ley de Aguas y el artículo 350 del Código Penal (modificado por ley 7732 del 17/12/1997 que lo traspaso del 348 al 350).”

Como parte del procedimiento efectuado por esta Auditoría, se realizó lo siguiente;

- a. Análisis del marco normativo aplicable.
- b. Revisión de los pronunciamientos técnicos de Dirección de Aguas, MINAE y SENARA.
- c. Se realizaron consulta a los entes rectores;

- Dirección de Investigación y Gestión Hídrica (DIGH), del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA),
- Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE),
- Unidad de Criterios Técnicos y Operativos de Ordenamiento Territorial del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU).

II. GENERALIDADES

A continuación, se enumeran aspectos que permiten tener una mejor comprensión para el presente informe, respecto a las competencias tanto de los entes rectores como de la Municipalidad;

Competencias de entes rectores

En Costa Rica entre los entes rectores que intervienen en lo relacionado con los recursos hídricos y el impacto ambiental son: la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), la Dirección de Investigación y Gestión Hídrica (DIGH), del SENARA (DIGH), el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU), la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), entre otros. Los cuales cuentan con las siguientes competencias:

- **Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA)**, creada en la Ley Orgánica del Ambiente No.7554 del 13 de noviembre de 1995, como órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), cuyo propósito fundamental será entre otros armonizar el impacto ambiental con los procesos productivos, así como el de analizar las evaluaciones de impacto ambiental y resolverlas dentro de los plazos previstos por la Ley General de la Administración Pública, y cualesquiera otras funciones necesarias para cumplir con sus fines (artículo 84 y 85 de la Ley Orgánica Ambiental).
- **Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA)**, creada en la Ley No.6877 de julio de 1983, cuyos objetivos son:
 - a. *Fomentar el desarrollo agropecuario en el país, mediante el establecimiento y funcionamiento de sistemas de riego, avenamiento y protección contra inundaciones.*
 - b. *Contribuir a desarrollar preferentemente aquellos proyectos de desarrollo agropecuario que se sustenten en una justa distribución de la tierra.*
 - c. *Procurar que en el territorio beneficiado por la creación de distritos de riego y avenamiento, se efectuó una modificación racional y democrática en la propiedad de la tierra.*
 - d. *Los atribuidos mediante leyes especiales y sus reglamentos.*

En lo particular, la Dirección de Investigación y Gestión Hídrica (DIGH), del SENARA (DIGH), conlleva la investigación, control, seguimiento y promoción de la gestión integrada de los recursos hídricos,

aunando y coordinando esfuerzos interinstitucionales con el fin de prevenir su deterioro y minimizar los efectos de la explotación, preservando la cantidad y calidad de los mismos. Desarrolla entre otras las siguientes actividades:

- Elaborar gradualmente los estudios hidrogeológicos a nivel nacional según la prioridad establecida, con el fin de aportar información técnica que sea útil para planificar el desarrollo a partir de un proceso hacia una gestión integrada del recurso hídrico.
- **Revisar pronunciamientos técnicos referentes a la perforación y explotación de pozos, manantiales, estudios hidrogeológicos realizados por los usuarios**, así como las políticas de mantenimiento y protección de las aguas subterráneas y superficiales.
- Suministrar asesoramiento técnico en la rama de la hidrogeología y brindar servicios a instituciones públicas y a particulares.
- Revisión de solicitudes de usuarios externos con respecto a los trámites de dictámenes de estudios hidrogeológicos y trámites de perforación de pozos.

Mediante el oficio **SENARA-DIGH-0089-2022** del 3 de julio de 2022 y el oficio **SENARA-GG-0413-2022** 05 de julio de 2022, la Dirección de Investigación y Gestión Hídrica indica a la Alcaldía de la Municipalidad de Belén lo siguiente respecto a si sus criterios son de aplicación vinculante y obligatoria:

“La DIGH acredita de forma técnica-científica los pronunciamientos tipo dictámenes generales y detallados en función de la información que se encuentra en las bases de datos oficiales, la información generada por SENARA, o el consultor/usuario, además del levantamiento en el campo de manantiales y otros cuerpos de agua, todo esto en el momento de emisión de los mismos.”

- **Dirección de Agua del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE)** es un órgano dependiente del MINAE. Sustentada en la Ley de Agua No. 276 de agosto del 1942. Tiene la función de ejercer la rectoría en materia de recurso hídrico. El objetivo principal es administrar el recurso hídrico a nivel nacional y resolver sobre el dominio, control, aprovechamiento y utilización de los cuerpos de agua y cauces.
- **Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU)**, entidad pública responsable de ejecutar políticas y planes en materia de desarrollo urbano y ordenamiento del territorio. Aunado a eso, tiene la función de diseñar, coordinar y promover programas habitacionales que permitan a las personas tener acceso a una vivienda propia, de acuerdo con sus necesidades y posibilidades.

Creada en la Ley No.1788 del 24 de agosto de 1954, para unir esos dos conceptos principales dentro de un único organismo; el Desarrollo Urbano y ordenamiento del territorio y la Vivienda.

Competencias de la Municipalidad:

En relación con las competencias de la Municipalidad se detalla;

- **Competencias del Concejo Municipal**

El Código Municipal en su artículo No.13 establece las competencias de este Órgano, entre las que se encuentran:

- a) Fijar la política y las prioridades de desarrollo del municipio, conforme al programa de gobierno inscrito por el alcalde municipal para el período por el cual fue elegido y mediante la participación de los vecinos.*
- c) Dictar los reglamentos de la Corporación, conforme a esta ley.*
- m) Conocer los informes de auditoría o contaduría, según el caso, y resolver lo que corresponda.*
- p) Dictar las medidas de ordenamiento urbano.*
- t) Las demás atribuciones que la ley señale expresamente.*

- **Competencias de la Administración**

La Municipalidad tiene entre sus competencias, el otorgamiento de usos de suelos según la zonificación establecida en el Plan Regulador del Cantón.

Así las cosas, la regulación del uso del suelo define cuál es el uso permitido para un terreno, lugar o zona, para su explotación, conforme el Plan Regulador Local de la Municipalidad. Este es un instrumento jurídico que describe el aprovechamiento previsto para un terreno, acorde a la clasificación de la zona en que se encuentre, sea urbana o rural, entre otras, para que el desarrollo de las edificaciones o actividades se desplieguen dentro de las características y usos donde se ubique.

Adicionalmente, es importante citar el **voto de la Sala Constitucional N.º21258-2010** de las 14 horas del 22 de diciembre de 2010:

“De esta manera, la Ley de Planificación Urbana otorga la definición del uso del suelo a los respectivos cantones, en el artículo 24 de la Ley de Planificación Urbana, ordena el área urbana cantonal en zonas de uso, de conformidad con los terrenos, edificios y estructuras, señalando los

finés respectivos, superficies y dimensiones de lotes, retiros, cobertura por lotes, estacionamientos, entre otras cosas”.

En resumen, el uso del suelo es la forma que la Municipalidad identifica, planifica y organiza el destino de los terrenos en el cantón, según lo establece el Plan Regulador.

Por otra parte, es importante indicar, lo establecido en la Ley No.8220 Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, en el artículo 3, respecto a las competencias de los entes rectores:

*“Artículo 3º-Respeto de competencias. La Administración **no podrá cuestionar** ni revisar los permisos o las autorizaciones firmes **emitidos por otras entidades u órganos**, salvo lo relativo al régimen de nulidades. Únicamente podrá solicitarle al administrado, copia certificada de la resolución final de un determinado trámite. Tampoco podrán solicitársele requisitos o información que aún se encuentren en proceso de conocimiento o resolución por otra entidad u órgano administrativo; a lo sumo, el administrado deberá presentar una certificación de que el trámite está en proceso.”* (Lo resaltado no es del original).

Además, el Tribunal Contencioso Administrativo Sección III, en Resolución No.00059-2022 del 24 de febrero del 2022 a las 11:20, expediente 20-004818-1027-CA, respecto a la Improcedencia de la imposición de limitaciones al derecho de propiedad por la vía de acuerdo municipal, le indica a la Municipalidad de Belén lo siguiente:

“(…), la única forma en que los concejos municipales pueden imponer limitaciones, es mediante la promulgación del Plan Regulador de su respectivo cantón. No es permisible la imposición de limitaciones al derecho de propiedad por la vía de un acuerdo municipal, pues los cuerpos ediles carecen de competencias para ello. En segundo lugar y como consecuencia lógica de lo expuesto, la única limitación de zonificación que el ayuntamiento puede imponer en este caso en concreto, es la establecida precisamente en el Plan Regulador vigente, de modo que sobre la finca de la apelante recaen únicamente las limitaciones descritas en dicho cuerpo reglamentario para la Zona Residencial de Baja Densidad.

(...)

*Recuérdese, al efecto, que las limitaciones sobre los derechos fundamentales se deben interpretar a favor del ser humano y del derecho al que se refiere, resultando que con lo **actuado se crea una limitación y se restringe el derecho en mención, lo cual es ilegítimo**. Razón tiene la parte apelante al solicitar se le aplique **exclusivamente el Plan Regulador con exclusión del acuerdo de cita**, argumento que resulta de recibo y lleva a anular lo actuado por las autoridades locales, tanto respecto de lo resuelto por el Alcalde, como lo resuelto en el certificado de uso de suelo, que ilegítimamente impusieron una limitación sobre el ejercicio al derecho de propiedad sin asidero legal. Ciertamente el*

certificado de uso de suelo es un acto reglado que no da margen para discrecionalidades como las desarrolladas en la corporación municipal, debiendo limitarse a la aplicación de la regulación vigente, lo cual es un elemento adicional para acoger el recurso. La apelación deberá ser declarada con lugar, ordenándose a la Municipalidad de Belén expedir el certificado de uso de suelo conforme para Zona Residencial de Baja Densidad.” (Lo resaltado es nuestro).

III. RESULTADO OBTENIDO

En la relación con la asesoría solicitada por el Concejo Municipal mediante el acuerdo tomado en el punto tercero, artículo 01, de la Sesión Ordinaria No.66-2021, del 9 de noviembre de 2021, se indica lo siguiente:

1. Mapa de afectaciones y restricciones de la Municipalidad de Belén

El mapa de afectaciones y restricciones del cantón de Belén es **un mapa dinámico** que contiene la representación gráfica de información diversa que ha sido proporcionada por diferentes entes rectores como MINAE, SENARA, CNE, INVU, SETENA, Ministerio de Cultura, entre otros, que se utiliza como **una herramienta administrativa** para verificar de primera mano, afectaciones o restricciones que puedan tener las fincas, sometidas a trámites municipales, ya que cada Institución rectora, tiene su mapa y se requiere en forma pronta determinar posibles aspectos que deben ser considerados por los administrados y que de ser necesario recurran a los entes rectores en caso de que la información no corresponda a la realidad, como puede ser coordenadas mal identificadas de pozos y nacientes, pozos cerrados, cambios de situación de vulnerabilidad, cambios de zonas de captura de pozos y nacientes, existencia o no de cuerpos naturales y su estacionalidad, tipo de fuente de cuerpo de agua y tipo de flujo, entre otros.

Este mapa fue construido por la Unidad de Topografía, del Área Técnica Operativa de la Municipalidad, utilizando como base “capas” de información que da el Instituto Geográfico Nacional (IGN), primeramente y sobre esta las demás capas de cada información oficial que remitió en su oportunidad los Entes Rectores según el ámbito de su competencia. **No es un mapa oficial**, aunque si contiene información oficial de los diferentes entes rectores en la materia, entre otros, que sirve para orientación a los administrados con relación a aspectos que deben considerar para la tramitología de posteriores solicitudes como es Licencias de Construcción; pero **no sustituye los pronunciamientos oficiales de los entes rectores cada uno en su materia.**

2. Diferencias en las Mapas de afectaciones y restricciones de la Municipalidad de Belén

Los mapas de afectaciones y restricciones de las nacientes del cantón de Belén, que hace referencia el acuerdo del Concejo Municipal en la Sesión Ordinaria No.66-2021, artículo No.15, celebrada el 2 de noviembre del 2021, se realizaron tomando en cuenta las siguientes capas separadas, establecidas por los entes rectores :

1. Zona de protección acorde a los Estudio de Delimitación de Zonas de Protección a los acuíferos en áreas de influencia. SENARA 1995,
2. Zona de Protección según el Plan Regulador, vigente desde 1997;
3. Zona de Protección acorde a la Ley de Aguas No.276 y la Ley Forestal No.7575 vigentes.

Cabe indicar que en el **primer mapa**; este se basa en el estudio de SENARA, “Delimitación de Zonas de protección a los Acuíferos en el Área de Influencia del Cantón de Belén, Heredia, Costa Rica. 1995” realizado por la Dirección de estudios Básicos del Departamento de Hidrología del SENARA, con el objetivo de delimitar las zonas de protección de los acuíferos en el área de influencia de los manantiales de La Gruta, Ojo de Agua, Los Sánchez, Puente Mulas y San Antonio, el cual **no constituye una directriz o normativa es un documento de referencia**. La aplicación de éste sobre delimitación de Zonas de Protección a los acuíferos, que incluye la Zona 1 y la Zona 2, son indicativas y fueron consideradas o incluidas en el Plan Regulador del Cantón de Belén de 1997, que es el **segundo mapa**, en el cual no fue considerado en su totalidad, las áreas definidas en el informe de 1995 de SENARA, de ahí las diferencias.

En el caso del **tercer mapa**, éste se basa en lo establecido en la Ley de Aguas No.276 y la Ley Forestal No.7575 vigentes, el cual refleja lo referente en cuanto al retiro dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Aguas, de nacientes ya captadas y destinadas al uso poblacional y el radio de las áreas de protección.

De acuerdo con lo anterior, se considera que estos tres **mapas no son comparables**, ya que **definen aspectos diferentes**, debido a que el estudio de Delimitación de Zonas de protección a los Acuíferos de SENARA, constituye un mero trabajo desarrollado para delimitar las zonas de protección de los acuíferos, y que está contenido en el Plan Regulador en el que se definen el uso del suelo según la zonificación del cantón y la Ley de Aguas No.276 y la Ley Forestal No.7575, proporcionan el marco legal que regula las zonas de protección.

Cuando se comparan los mapas, se realiza como una herramienta administrativa para verificar las afectaciones o restricciones que puedan tener las fincas, tomando en cuenta lo definido por cada Institución rectora, en su mapa específico y que se requiere en forma pronta determinar posibles aspectos que deben ser considerados por los administrados y que de ser necesario recurran a los entes rectores en caso de que la información no corresponda a la realidad.

3. Marco Normativo

De seguido, se detalla la normativa relacionada como parte del análisis realizado:

- **Leyes**

Las leyes relacionadas con el tema de estudio son;

- Ley General de la Administración Pública, No. 6227, en sus artículos No.11 y No.16 establece respecto a las potestades de la administración pública y sus actuaciones lo siguiente:

“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 la 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.”* (Lo resaltado no es del original).

“Artículo 16-

1. *En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.*
2. *El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.”* (Lo resaltado no es del original).

- En la Ley Forestal, No.7575 en su artículo 33, se indica lo referente a las áreas de protección;

“Artículo 33: Áreas de protección

Se declaran áreas de protección las siguientes:

- a) *Las áreas que bordeen nacientes permanentes, definidas en un radio de cien metros medidos de modo horizontal.*
- b) *Una franja de quince metros en zona rural y de diez metros en zona urbana, medidas horizontalmente a ambos lados, en las riberas de los ríos, quebradas o arroyos, si el terreno es plano, y de cincuenta metros horizontales, si el terreno es quebrado.*
- c) *Una zona de cincuenta metros medida horizontalmente en las riberas de los lagos y embalses naturales y en los lagos o embalses artificiales construidos por el Estado y sus instituciones. Se exceptúan los lagos y embalses artificiales privados.*
- d) *Las áreas de recarga y los acuíferos de los manantiales, cuyos límites serán determinados por los órganos competentes establecidos en el reglamento de esta ley.”*

- Ley de Aguas, No.276:

Asimismo, lo que establece la Ley de Aguas, No.276, artículo 31:

“Artículo 31.- Se declaran reserva de dominio a favor de la Nación:

- a) Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio;*
- b) La zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables, así como el de los que dan asiento a cuencas hidrográficas y márgenes de depósito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas aguas.”*

En la relación con la asesoría solicitada por el Concejo Municipal mediante el acuerdo tomado en el punto tercero, artículo 01, de la Sesión Ordinaria No.66-2021, del 9 de noviembre de 2021, se hace referencia a los criterios;

- **Criterio de Procuraduría General de la República**

La Procuraduría General de la República en el pronunciamiento **PGR-C-220-2022** del 6 de octubre de 2022, sobre la determinación de la existencia de una naciente y de su carácter permanente, *“no es una competencia municipal. Esa es una competencia que corresponde a la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía, según los artículos 176 y 177 de la Ley de Aguas y el artículo 41 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Ambiente y Energía (Decreto Ejecutivo no. 35669 de 4 de diciembre de 2009). Y así lo ha reconocido la Sala Constitucional:*

“...la verificación de si una naciente es de carácter permanente o no permanente, es una determinación que compete a las instancias técnicas de la administración, que de conformidad con sus respectivos ámbitos de competencia, sería un asunto propio de la Dirección de Aguas del Ministerio del Ambiente y Energía, en estricta coordinación con otras instancias relacionadas, como el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento, y el propio Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, definición que igualmente debe ser observada incluso por las municipalidades al momento de la elaboración de los correspondientes planes reguladores y los respectivos otorgamientos de los permisos de uso de suelo o sus denegatorias.” (Voto no. 9221-2019 de las 11 horas 41 minutos de 22 de mayo de 2019).

En el caso de las nacientes que constituyan tomas surtidoras de agua potable o que, según el criterio del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, convenga reservarlos para tal fin, hemos señalado que:

“...corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados determinar técnicamente si una naciente es útil para surtir de agua a una o más poblaciones, y en caso de

serlo, fijar el área para su protección (artículos 2 y 16 de la Ley General de Agua Potable, 32 de la Ley de Aguas, 2º, incisos f) y h), de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, en relación con los numerales 7º, inciso c), de la Ley de Tierras y Colonización y 31 de la Ley de Aguas.” (Dictamen no. C-173-2010 de 16 de agosto de 2010. Reiterado en el dictamen no. C-157-2012 de 25 de junio de 2012).” (Lo resaltado no es del original).

Además, la Procuraduría General de la República en el pronunciamiento **C-119-2023 del 12 de junio del 2023**, manifiesta;

“De tal forma, en el caso de las nacientes cubiertas por lo dispuesto en el artículo 33 inciso a) de la Ley Forestal, es decir, las nacientes permanentes que no surten de agua a alguna población ni se han reservado para ese fin, el propio artículo 34 de esa misma Ley dispone que “los alineamientos que deban tramitarse en relación con estas áreas, serán realizados por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo.”

“En esos supuestos, resulta claro, entonces, que corresponde al Instituto de Vivienda y Urbanismo delimitar el área de protección correspondiente, tal y como lo hemos señalado en otras oportunidades al indicar que: “Al tenor del artículo 34 de la Ley Forestal, los alineamientos que deben tramitarse en relación con las áreas de protección definidas por el artículo 33 de la Ley 7575 son del resorte exclusivo del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo.” (Dictamen no. C-042-1999 de 19 de febrero de 1999. En igual sentido, véanse los dictámenes nos. C-333-2018 de 20 de diciembre de 2018 y PGR-C-220-2022 de 6 de octubre de 2022).”

- **Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU)**

Respecto a las competencias del INVU, éste comunica a los Concejo Municipales y Alcaldías por medio del oficio **DU-UCTOT-057-2019 del 20 de febrero de 2019**, sobre el trámite de alineamiento de cauces fluviales que la Dirección de Urbanismo es la entidad comisionada por orden del artículo No.34 de la ley Forestal No.7575 para la determinación de las Áreas de Protección según lo dispuesto en el artículo No.33 Áreas de Protección;

*“Teniendo en consideración que la ley es de carácter obligatorio y que se han presentado casos recientes de propiedades con construcciones cercanas a cauces fluviales que no cumplen con el alineamiento respectivo, la Unidad de Criterios Técnicos y Operativos de Ordenamiento Territorial hace un recordatorio de la obligatoriedad del procedimiento cuando se realizan los permisos de construcción para aquellas propiedades que estén afectadas por un cauce fluvial. **La Dirección de Urbanismo es el único organismo autorizado por ley para definir las áreas de protección;** y además es quien establece mediante un protocolo la metodología para la determinación del*

cálculo de la pendiente y consecuentemente del respectivo alineamiento por tipo de zona en que se encuentre, sea urbana o rural.” (La negrita no es del original).

- **Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE)**

Por otra parte, la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), mediante el oficio **DA-1145-2023 del 26 de mayo de 2023**, respecto al ente rector que determina la delimitación de radio de protección de las diferentes áreas de protección a nivel nacional, indica:

“Las áreas de protección establecidas en el artículo 33 de la Ley Forestal, corresponde al INVU el alineamiento conforme el artículo 34 de esta misma ley.

El retiro dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Aguas, de nacientes ya captadas y destinadas al uso poblacional, la ley no previó expresamente el responsable, ni dispone del alineamiento para aplicar el INVU. En jurisprudencia de la Sala Constitucional esta ha ordenado, en casos particulares, una intervención interinstitucional, pero reitero, en caso específicos.”

Adicionalmente, menciona cuando existe duda sobre los límites definidos en área de protección;

*“Lo referido a cauces de corrientes está dispuesto en el artículo 69 de la Ley de Agua, y en lo que refiere a pozos en el artículo 8 de la Ley de Aguas y reglamento Decreto 43053-MINAE. Corresponde **gestionarlo ante la Dirección de Agua.**” (Lo resaltado no es del original).*

A continuación, se detallan esos artículos de la Ley de Aguas, No.276, para mejor comprensión:

“Artículo 8º.- Las labores de que trata el artículo anterior para alumbramientos, no podrán ejecutarse a menor distancia de cuarenta metros de edificios ajenos, de un ferrocarril o carretera, ni a menos de cien de otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público, sin la licencia correspondiente del Ministerio del Ambiente y Energía.

Tampoco podrán ejecutarse estas labores dentro de una pertenencia minera, sin previa estipulación para el resarcimiento de perjuicios.”

“Artículo 69.- Por zona marítima se entiende el espacio de las costas de la República que baña el mar en su flujo y reflujo y los terrenos inmediatos hasta la distancia de una milla, o sean mil seiscientos setenta y dos metros, contados desde la línea que marque la marea alta.

Esta zona marítima se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables o se hagan sensibles las mareas, con un ancho de doscientos metros desde cada orilla, contados desde la línea que marque la marea alta.

Se entiende por vaso de un lago, laguna o estero, el depósito de la capacidad necesaria para contener las aguas de los mayores crecientes ordinarias. Se entiende por álveo o cauce de un río o arroyo, el terreno que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias.”

Partiendo de lo anterior, la Dirección de Agua del Ministerio de Ambiente y Energía **es quien tiene la función de ejercer la rectoría en materia de recurso hídrico**; cuyo objetivo principal es administrar el recurso hídrico a nivel nacional y resolver sobre el dominio, control, aprovechamiento y utilización de los cuerpos de agua y cauces.¹

- **Criterio de la Dirección de Aguas (MINAE)**

Asimismo, y ante la consulta realizada directamente a la Dirección de Aguas (MINAE), ésta manifiesta mediante el oficio DA-1610-2023 del 11 de junio de 2023, lo indicado por la Procuraduría General de la República en su pronunciamiento **C-119-2023 del 12 de junio del 2023**, respecto a cuál entidad le corresponde delimitar el área de protección que rodea una naciente, se transcribe lo externado por ésta;

- “1. Corresponde al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo determinar el área de protección de las nacientes permanentes que no surten de agua a alguna población ni se han reservado para ese fin.*
- 2. La determinación de la existencia de una naciente y de su carácter permanente, no es una competencia municipal, es una función que corresponde a la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía.*
- 3. Corresponde a las Municipalidades operadoras de acueductos municipales determinar el área de protección de las nacientes que captan para brindar el servicio de abastecimiento de agua potable. Para esos efectos, pueden solicitar el ejercicio de las competencias de asesoría y tutela técnicas que la Ley 2726 le reconoce al AyA.” (Lo subrayado es nuestro).*

De acuerdo con lo anterior, para la delimitación del área de protección de las nacientes será según las competencias de cada entidad, siendo el ente idóneo en este tema sobre la administración del recurso hídrico, la Dirección del Agua del MINAE, por lo que el Concejo Municipal de Belén debe observarlas y respetarlas.

¹ Fuente: Tomado de la página web de <https://da.go.cr/funciones/>.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con la revisión efectuada, se concluye lo siguiente,

1. Se reitera la importancia de tener en cuenta dos aspectos, el primero; la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, establecido en el artículo No.6 de la Ley General de la Administración Pública, que permite establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el segundo aspecto; es el **respeto de competencias de los entes públicos**, según la Ley No.8220 Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, en el artículo No.3, en que cada ente es el rector de la materia que le corresponde por lo que estas deben respetarse ya que son de carácter obligatorio.
2. El Concejo Municipal puede imponer limitaciones al derecho de propiedad únicamente mediante la promulgación del Plan Regulador de su respectivo cantón, por lo que no es permisible la imposición de limitaciones por la vía de un acuerdo municipal, debido a que carecen de competencias para ello, tal como lo indico el Tribunal Contencioso Administrativo Sección III, en Resolución No.00059-2022 del 24 de febrero del 2022.
3. La Dirección de Urbanismo del INVU es el Ente Rector autorizado por Ley para definir las áreas de protección y del respectivo alineamiento por tipo de zona en que se encuentre una propiedad.
4. Los mapas de afectaciones contienen la información proporcionada por los entes técnicos competentes y de acuerdo con la normativa vigente; así como el Plan Regulador para el cantón de Belén, por lo que solamente los entes rectores en la materia son los que tienen la facultad para definir y ajustar el radio de protección de las zonas en estudio en los mapas oficiales, información que debe prevalecer, a los cuales la administración debe avocarse en su cumplimiento.
5. Por lo anterior, se considera que las diferencias que se presentan en los mapas de afectaciones y restricciones utilizados por la administración, se deben al origen de las fuentes de información las cuales son distintas, por lo que el análisis que se realice dependerá de éstas.
6. De acuerdo con la jerarquía de las normas, se debe respetar lo que establece la Ley Forestal y la Ley de Aguas, cada una con sus competencias y normas y posterior a ello, lo establecido en el Plan Regulador para el cantón de Belén; siendo en conjunto las normas que demarquen las nacientes del Cantón de Belén.
7. El Ente rector que determina la delimitación de radio de las diferentes áreas de protección a nivel nacional es la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) y al INVU le

corresponde el alineamiento de las áreas de protección establecidas en el artículo No.33 de la Ley Forestal y en cuanto a lo referido a cauces de corrientes y a pozos le corresponde a la Dirección de Agua, por lo que los Entes rectores son lo que tienen la competencia cada uno en su especificidad respectiva, por lo que el Concejo Municipal no tiene esa competencia ni tampoco la debe ejercer de forma temporal.

V. CONSIDERACIONES FINALES

De conformidad con lo descrito, en el presente documento, se exponen las siguientes consideraciones para su atención, con el fin de fortalecer el sistema de control interno a nivel otorgamiento de usos de suelos:

1. Se insta al Concejo Municipal a futuro consultar a las Unidades técnicas de la administración, con el propósito de obtener de las áreas primarias de información, los análisis y explicaciones de los temas tratados en ese Órgano para un mejor y mayor entendimiento de temas de carácter técnico como soporte para la toma de decisiones.
2. El Concejo Municipal debe considerar que la definición de los radios de protección de las nacientes en estudio, están dadas por los entes competentes en la materia y la normativa vigente que le aplique a cada caso en particular, que deben ser respetadas según el marco legal respectivo y así evitar arrojarse **competencias que no le corresponden**.
3. Valorar la revisión del acuerdo No.6601-2021, tomado por el Concejo Municipal respecto a que la administración debe respetar el radio de protección de todas las zonas sobrepuestas, utilizando el mapa más amplio, para dictar actos y evitar una lesión a los intereses públicos, hasta que técnica y legal se aclare el tema del área que debe prevalecer y el área que debe aplicar la administración, dado que **no es permisible la imposición de limitaciones al derecho de propiedad por la vía de un acuerdo municipal, pues los cuerpos ediles carecen de competencias para ello. En segundo lugar y como consecuencia lógica de lo expuesto, la única limitación de zonificación que el ayuntamiento puede imponer en este caso en concreto, es la establecida precisamente en el Plan Regulador vigente,** según lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III, en Resolución No.00059-2022 del 24 de febrero del 2022.

Lo anterior se presenta a la administración superior como una asesoría que agregue valor en la gestión del otorgamiento de certificados de uso de suelo y la toma de decisiones de forma oportuna, de acuerdo con los aspectos de tipo legal y técnico, entre otros que puedan impactar de manera directa o indirecta a la Municipalidad.

Atentamente,

LICDA. MARIBELLE SANCHO GARCIA
AUDITORA INTERNA

Copia: Alcaldía
Archivo / Expediente.