



Proyecto de Ley N° 6943/2023-CR

MARIA ANTONIETA AGÜERO GUTIERREZ

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"



LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 6 Y 15 Y DEROGA LOS ARTÍCULOS 104, 110, 110-A Y 111 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1280 DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DEL SERVICIO UNIVERSAL DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO, PARA FORTALECER A LAS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

El Grupo Parlamentario de Perú Libre, a iniciativa de la Congresista de la República **Maria Antonieta Agüero Gutiérrez**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente PROYECTO DE LEY:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 6 Y 15 Y DEROGA LOS ARTÍCULOS 104, 110, 110-A Y 111 DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1280 DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DEL SERVICIO UNIVERSAL DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO, PARA FORTALECER A LAS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar los artículos 6° y 15° y deroga los artículos 104, 110, 110-A y 111 del Decreto Legislativo N° 1280 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley del Servicio Universal de Agua Potable y Saneamiento, con la finalidad de fortalecer a las empresas públicas del Estado mejorando su gestión empresarial.

Artículo 2. Modificación del artículo 6 y 15° del Decreto Legislativo N° 1280 – Decreto Legislativo que aprueba la Ley del Servicio Universal de Agua Potable y Saneamiento

Modifícase los artículos 6 y 15° del Decreto Legislativo N° 1280, modificado por el D.L. N° 1357, Decreto de Urgencia N° 011-2020 y por el Decreto Legislativo N° 1620, que deberán quedar redactado de la siguiente manera:

"Artículo 6.- Funciones del Ente rector
(...)



MARIA ANTONIETA AGÜERO GUTIERREZ

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la
conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

3. Promover las Obras por Impuestos (Oxi), para mejorar las infraestructuras públicas utilizadas en la prestación del servicio de agua potable y saneamiento.

(...)"

"Artículo 15.- Prestadores de servicios de agua potable y saneamiento

15.1. Son prestadores regulares de los servicios de agua potable y saneamiento, los siguientes:

a. Empresas prestadoras de servicios de agua potable y saneamiento, que pueden ser públicas de accionariado estatal o públicas de accionariado municipal;

(...)."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

Primera. Derogación de los artículos 104, 110, 110-A y 111 del Decreto Legislativo N° 1280.

Derógase los artículos 104, 110, 110-A y 111 del Decreto Legislativo N° 1280.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Vigencia

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación, en el diario Oficial El Peruano.

Lima, enero del 2024.

Waldemar Carrón

MARIA AGÜERO
GUTIERREZ

Margot Palacios

Margot Palacios
Vocera

SEGUNDO
MONTALVO CUBAS

FLAVIO CRUZ MAMANI

Wilson Quispe Mamani

I. EXPOSICION DE MOTIVOS

1.1. IDENTIFICACION DEL PROBLEMA

Las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso al agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. También les exigen que aseguren progresivamente el acceso a servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada, pero también que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable¹.

La obligación de realizar exige a los Estados que adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole adecuadas para hacer plenamente efectivo el derecho al agua. Los Estados deben, entre otras cosas, adoptar una política nacional sobre los recursos hídricos que dé prioridad en la gestión del agua a los usos personales y domésticos esenciales; defina los objetivos de la extensión de los servicios de abastecimiento de agua, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; determine los recursos disponibles para cumplir esos objetivos; especifique la forma más rentable de utilizarlos; indique las responsabilidades y los plazos para llevar a la práctica las medidas necesarias; y vigile los resultados, garantizando una reparación adecuada en caso de violación. En virtud de la obligación de realizar, los Estados deben también, progresivamente y en la medida que lo permitan los recursos disponibles, hacer extensivos los servicios de agua y saneamiento a los grupos vulnerables y marginados, aumentar la asequibilidad de los servicios de agua y saneamiento, y velar por una educación apropiada sobre el uso correcto del agua y los servicios de saneamiento, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir al mínimo el desperdicio².

A medida que avanza la descentralización —la transferencia de poderes y responsabilidades del Estado central a los niveles de administración intermedios y locales— en alrededor del 80% de los países en desarrollo y en los países en transición, los gobiernos locales desempeñan un papel cada vez más importante en la realización del derecho al agua. Las obligaciones de derechos humanos que dimanan del derecho al agua se aplican a las autoridades locales porque son parte del gobierno o porque el gobierno nacional ha delegado facultades en ellas. En ambos casos, la obligación principal de promover y proteger el derecho al agua recae en el gobierno nacional, que tiene la responsabilidad de vigilar el comportamiento de las autoridades locales y de

¹ Naciones Unidas Derechos Humanos (2011). El Derecho al Agua. Folleto Informativo N° 35.
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-09/FactSheet35sp.pdf>, página 3.

² Idem, página 31.



facultarlas para desempeñar sus tareas dotándolas de suficientes poderes y recursos³. En su Observación general N° 15, el Comité subrayó que, cuando el suministro de agua se haya delegado en las autoridades regionales o locales, el Estado deberá velar por que las autoridades no discriminen y porque dispongan de recursos suficientes para mantener y ampliar la prestación y la calidad de los servicios de abastecimiento de agua⁴.

En nuestro país existen 49 EPS. De ellas, 48 son municipales y otra es administrada por el Estado a través del FONAFE (Sedapal, que presta servicios en Lima Metropolitana). Otra prestadora, aunque no está constituida como EPS, es Agua Tumbes, administrada también por el Estado⁵.

Las empresas prestadoras de agua potable y saneamiento, al ser parte de la actividad empresarial del Estado, deben responder a los requerimientos de los sistemas administrativos del Gobierno Central que establecen las regulaciones presupuestales, las que por razones de austeridad o control del gasto público, limitan a toda la administración pública. Estas restricciones colisionan con las de la regulación tarifaria definidas por la SUNASS, que buscan que las EPS logren cierta eficiencia y sustentabilidad en la prestación. Esta situación afecta la gestión de las EPS y su capacidad institucional para responder a los desafíos que la prestación de los servicios les demanda. Un aspecto muy sensible es el relativo a los recursos humanos de las EPS: debido a las restricciones de la administración pública su personal cuenta con remuneraciones muy bajas. En efecto, se estima que las remuneraciones de los Gerentes Generales de las EPS están entre el 16% y 7% de lo que percibe un funcionario análogo en el sector privado (Chemonics del Perú, 2008).

En la respuesta del Estado para garantizar el derecho al acceso del agua potable y saneamiento para todos sus ciudadanos, es que crea un régimen jurídico para la constitución de empresas prestadoras de servicio público, el problema, radica específicamente cuando el gobierno peruano emite el Decreto Legislativo N° 1280 - QUE APRUEBA LA LEY MARCO DE LA GESTIÓN Y PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO, publicado en el diario Oficial El Peruano, el 29 de diciembre del 2016, conteniendo en su artículo 15° la clasificación de empresa prestadora de servicio de saneamiento, siendo aquellas que pueden ser públicas de accionariado estatal y municipal, además, incluye a los privados o mixtos, definición que se mantiene incluso con la emisión del D.L. N° 1620.

En consecuencia, la inclusión de empresas privadas para la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento, contraviene la finalidad del Estado, la búsqueda del bien común de la sociedad y la garantía plena del desarrollo de la

³ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, Local Government and Human Rights: Doing Good Service, 2005, págs. 11 y 20.

⁴ Naciones Unidas Derechos Humanos (2011). El Derecho al Agua. Folleto Informativo N° 35. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-09/FactSheet35sp.pdf>, página 36.

⁵ <https://www.gob.pe/9066-consultar-el-directorio-de-entidades-prestadoras-de-servicios-de-saneamiento-eps-del-pais>

personalidad de cada individuo, otorgándole condiciones de vida del más alto nivel de acceso a las necesidades básicas del ser humano, cabe indicar, que el sector privado tiene como finalidad el lucro mediante sus actividades comerciales dentro de un mercado determinado, es decir, desarrolla una actividad económica como la producción, distribución o venta de algún bien o servicio, esto, con el objetivo de obtener ganancias. Es por ello, que entregar, ceder, concesionar o trasladar la responsabilidad del Estado a agentes privados, para la distribución de agua potable y saneamiento, pone en riesgo la accesibilidad del agua potable a las personas que no cuenten con recursos económicos idóneos para costear el consumo del recurso, la eliminación de medidas para subsidiar a los que menos tienen con los sectores privilegiados económicamente y por último, debilita la constitución de las empresas públicas del Estado, al reducirse su participación o acción para intervenir como agente prestadora de recursos estratégicos indispensable para la supervivencia de la nación.

Ante esta posibilidad de concesionar el servicio de agua potable y saneamiento, habilitado por el Decreto Legislativo N° 1280 y su modificatoria con el D.L. N° 1620, es urgente modificar el artículo 15°, con el objetivo de proscribir la participación privada en la administración del servicio público y además que esta medida modificatoria de la legislación permitirá reforzar la gestión empresarial del Estado, concentrándonos en innovar la administración empresarial de las EPS de accionariado municipal y Estatal, mejorando sus niveles de prestación en calidad de servicio y eficiencia.

1.2. REGULACIÓN DE LA NORMA RESPECTO AL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

1.2.1. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

El derecho al agua abarca, por lo tanto, el acceso al agua necesaria para mantener la vida y la salud y para satisfacer las necesidades básicas, y no confiere a las personas el derecho a una cantidad ilimitada de agua. Según la OMS, se requieren entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para cubrir la mayoría de las necesidades básicas y evitar la mayor parte de los problemas de salud. El acceso a 20-25 litros por persona al día representa el mínimo, pero esta cantidad suscita preocupaciones sanitarias, porque no basta para cubrir las necesidades básicas de higiene y consumo⁶.

El fin del Estado, en la formulación tradicional, es "el bien común temporal de los súbditos" y, por cierto, hipotéticamente, fines del Estado pueden serlo en principio todos, pues el Estado es una entidad de fines totales. Ahora bien, la determinación en concreto de estos fines ha sido y será siempre una cuestión histórica, es decir, de circunstancias. El "servicio público", que es una expresión de uso generalizado, probablemente como fruto de su utilización extrajurídica, frecuente por lo demás en otras categorías jurídico-públicas, es de otro lado "un mito legitimador de la acción del Estado"; es decir, de un

⁶ G. Howard y J. Bartram, "Domestic water quantity, service level and health" (Organización Mundial de la Salud, 2003), pág. 22.

Estado que no quiere limitarse a la actividad de policía o de mantenimiento del orden público, características esenciales del Estado Liberal del siglo XIX, que se convierte en un sujeto conformador del orden social, asumiendo una posición activa en la prestación de servicios⁷.

Nos dice Meilán que "el servicio público es el resultado jurídico de determinados compromisos ideológico-políticos, económicos y sociales bajo la exaltación del progreso que las innovaciones tecnológicas hicieron posible. Responde a un determinado entendimiento de la relación Estado-Sociedad⁸.

Para entender mejor la evolución e importancia del servicio público veamos, esquemáticamente, siguiendo a Gaspar Ariño⁹, las etapas de la expansión histórica de los fines del Estado en Europa continental, las que incluso podrían servir de pauta para su estudio en nuestra realidad. Una primera se sitúa en la primera mitad del siglo XIX en la cual el Estado asume, además de sus fines esenciales como la Defensa, Hacienda y Justicia, actividades de carácter policial y de fomento. Su objetivo fundamental es el mantenimiento del orden público, limitando lo menos posible la libertad de los ciudadanos, y garantizando su libertad y su propiedad. Se trata del denominado Estado Liberal, en el que sólo se establecerá un marco jurídico genérico y formal para la configuración del orden económico. En esta etapa sólo excepcionalmente se admitirán medidas de fomento para la actividad privada, así como la prestación, por el Estado o por los Municipios, de servicios asistenciales y económicos¹⁰.

La segunda etapa se sitúa en la segunda mitad del siglo XIX, momento en que se originan, al compás del progreso técnico, los grandes servicios públicos de carácter económico que llegan incluso a nuestros días, tales como los ferrocarriles, los transportes por carretera, el gas, el teléfono, etc., que suponen nuevos campos de acción, para cuya eficaz realización no basta la acción policial ni tampoco la pura medida de fomento; exigen una intervención, es decir, planificación y dirección, por parte del Estado. Si bien muchas de estas tareas no eran susceptibles de realizarse en un régimen de competencia, sino que tenían vocación de exclusividad, de monopolio, la ideología o dogmas liberales constituían un obstáculo para que el Estado asumiera directamente más responsabilidades, pues su papel debía ser esencialmente jurídico, no económico. "La resultante de esta tensión -dice Armo- entre la urgencia de satisfacer las nuevas necesidades públicas (exigencias de la vida de la sociedad) y las concepciones ideológicas imperantes será la concesión administrativa"¹¹. Mediante esta fórmula el Estado hará compatible la titularidad estatal sobre dichas actividades (dominus) con su dirección, pero sin gestionar. Estas tareas o actividades novedosas si

⁷ Kresalja B. (1994). El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos. Themis, pág. 39.

⁸ MEILÁN, J.L., "El Servicio Público en el Derecho Actual". En: Revista de Derecho Administrativo, número 15, Buenos Aires, 1994, p. 343.

⁹ ARIÑO, G., Op. Cit. p. 278 Y ss.

¹⁰ Kresalja B. (1994). El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos. Themis, pág. 42.

¹¹ ARIÑO, G., Op. Cit. p. 278 Y ss.

bien no eran intrínsecamente públicas, pues no formaban parte de los fines históricos o esenciales del Estado, mediante esa técnica quedaban publicadas, ya que lo que se cede en concesión no es la titularidad sino la gestión. De esta forma, mediante la concesión se limitaba la libre actuación privada y se sometía al empresario a un régimen especial de Derecho Público. Dice Armo: "Concesionario interpuesto, control intenso del Estado y prerrogativas frente a terceros son tres elementos definitorios del régimen jurídico de los servicios públicos en esta etapa que aproximadamente se extiende de mediados del siglo XIX hasta los primeros años del siglo XX¹².

La tercera etapa es calificada por Armo como de prestación directa, la que se inicia después de la Primera Guerra Mundial, y que es el resultado de graves dificultades ocurridas en algunos concesionarios (quiebras, inviabilidad técnica); de la reversión de ciertas concesiones (caducidad, rescate); así como por el surgimiento de nuevas actividades, tales como la seguridad social. La gravísima crisis económica y social en Europa, consecuencia de la citada guerra, acelerará esta opción estatal¹³.

Explica Santiago Muñoz Machado¹⁴ que a finales del siglo XIX las concepciones sobre el Estado comienzan a cambiar y con ellas las ideas sobre la significación de los servicios públicos. La ideología dominante en ese siglo fue la del poder, en virtud de la cual nadie podía sustraerse, todos debían obedecer al Estado. En ese orden de ideas - continúa si el Estado está sometido al Derecho es por una autolimitación voluntariamente asumida, de lo que se deriva la idea de que no está sometido a las mismas reglas que rigen las relaciones entre los particulares. El Derecho no precede al Estado sino que nace del poder de éste. "El derecho es un límite externo, resulta solamente de un proceso de objetivación de la voluntad del Estado en un orden jurídico caracterizado por la estabilidad, la coherencia y la jerarquización"¹⁵. Esta concepción comienza a declinar a fines del siglo XIX, cuando los procesos de industrialización, concentración económica y urbanización creciente exigen cada vez más la intervención del Estado para "mantener los equilibrios sociales". La cada vez mayor intervención de éste en la vida económica no encuentra ya en la teoría del Estado-Poder una fácil justificación; ahora debe legitimar su intervención, es decir, explicarla¹⁶.

La nueva concepción del Estado ya no lo convierte entonces tanto en un "garante externo" sino en el "responsable" del crecimiento económico y del progreso social, y adquiere presencia la noción de solidaridad. Pronto se desbordaría entonces el concepto de servicio público, al ser equiparado por la escuela de Burdeos a toda actividad desarrollada por la Administración. Para el gran jurista francés León Duguit, quien tendría tan grande influencia en lo que sería el concepto dominante de servicio público durante parte importante de este siglo que termina, la concepción del Estado como entidad abstracta y soberana, situada detrás de los gobernantes y titular del poder,

¹² Idem.

¹³ Kresalja B. (1994). El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos. Themis, pág. 42.

¹⁴ Servicio Público y Mercado, Volumen 1. Los fundamentos, Ed. Civitas, Madrid 1998, p. 99 Y ss.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, S., Op. Cit. p. 101.



pertenece al orden de la metafísica. Los actos del Estado no son para él sino la traducción de la voluntad de las personas que lo conducen. Y los actos de los gobernantes se imponen a los gobernados en la medida que corresponden con las normas jurídicas surgidas de la conciencia social, a las que llama Duguit Derecho Objetivo, en cuyo centro está la idea de servicio público. El papel de los gobernantes es tomar a su cargo actividades de interés general indispensables para la vida colectiva. Y afirma que **el servicio público constituye "el fundamento y el límite del poder de los gobernantes"**¹⁷. En esta línea de pensamiento el Derecho Público se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido¹⁸. Esta concepción sería posteriormente desarrollada y reelaborada por otros dos grandes juristas, M. Hauriou y G. Jeze, lo que daría lustre y gran influencia a la doctrina francesa de los servicios públicos en Europa y América Latina.

La cuarta etapa se caracteriza -dice Ariño¹⁹- por el protagonismo económico del Estado en la producción de bienes, última ampliación histórica, en este proceso, de los fines del Estado, la que tendrá lugar a partir de 1945 una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y que estará íntimamente vinculada a la ideología del Estado Social o del Bienestar. Esta expansión de la actuación del Estado en el terreno de las prestaciones económicas hace que difiera significativamente de la tarea original de prestación de servicios públicos, pues ya no se trata sólo de la prestación de un servicio para la satisfacción de los ciudadanos, sino de influir en la economía en su conjunto²⁰.

Finalmente, en la quinta etapa, que es la que vivimos hoy, el Estado es un programador de la vida social. En efecto, al Estado en nuestros días no le interesa tanto producir como hacer que los demás produzcan, instrumentar técnicas de concierto con las empresas privadas que hagan actuar a éstas como agentes económicos en el cumplimiento de programas nacionales. La Administración Pública de nuestros días debe hacer suya -se dice- aquella máxima atribuida a Metternich: "yo sólo hago lo que

¹⁷ MUÑOZ MACHADO, S., Op. Cit. p. 102-103.

¹⁸ Afirmará Duguit: "los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales: las leyes. Este es el fin perseguido por los gobernantes y que les impone su carácter. Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar del servicio sino conforme ley, ni los gobernantes, ni sus agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a su ley. De este modo se puede decir que los servicios públicos son instituciones de Derecho Objetivo", "Las transformaciones del Derecho", citado por MUÑOZ M.S., Op. Cit. p. 104. Sobre la importancia e influencia de la Escuela de Burdeos en la creación de una "ideología" del servicio público, la participación de notables juristas como L. Duguit, M. Hauriou y G. Jeze, su influencia en Europa y en Argentina, Vid, MEILÁN, r.L., "El servicio público en el derecho actual". En: "Revista de Derecho Administrativo", número 15, Buenos Aires, 1994; eIT ARA, R., "El Servicio Público", Buenos Aires, 1995; CASSAGNE, J.c., "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado". En: "Revista de Administración Pública", número 140, mayo-agosto, Madrid, 1996; y "El Servicio Público y las Técnicas Concesionales". En: La Ley-1995-C, Buenos Aires.

¹⁹ ARIÑO, G., Op. Cit., p. 282, 283.

²⁰ Kresalja B. (1994). El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos. Themis, pág. 43.



nadie es capaz de hacer por mí". Su grandeza y su finalidad se asientan, en buena medida, en poner en marcha a la sociedad y haciendo uso de su política económica.

La evolución de los fines históricos del Estado sirve para poner de manifiesto las modalidades de la actuación administrativa que surgieron como consecuencia de su expansión en asuntos económicos. y conviene poner de relieve que las etapas de esa evolución deben apreciarse no como sustitutivas sino acumulativas, es decir, los nuevos fines no han desplazado a los anteriores, sino que se han superpuesto.

"El servicio público puede considerársele "como un instituto jurídico tendiente a garantizar que la actividad por él regulada sirva para la plena satisfacción de las prestaciones exigidas por los administrados". Únicamente con fines ilustrativos diremos que Garrido Falla lo define como "servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial". Agrega el jurista español que se trata de un servicio técnico porque lo que el administrado recibe no son actos administrativos (órdenes, licencias, autorizaciones o sanciones), sino prestaciones técnicas, y menciona como ejemplos de ello que en una universidad o en una escuela pública se imparten enseñanzas y en un hospital se reciben atenciones médicas. Más adelante indica que debe ser prestado al público, es decir, a los ciudadanos en general y con respeto al principio de igualdad ante la ley; y que debe hacerse de manera regular y continua. (...)"

Se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público. De ahí se deriva que un usuario tenga un derecho abstracto a la prestación, exigible jurídicamente. Esto significa también que a través de ella no se tiene como objetivo conseguir ingresos para el Tesoro²¹.

1.2.2. EL DERECHO AL AGUA POTABLE EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Ahora bien, el derecho al agua potable aparece descrita específicamente y en otros inherente a otros derechos desarrollados por la legislación internacional, por ejemplo, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general N° 15 sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Mientras que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se menciona expresamente el derecho al agua, el Comité subrayó que este derecho forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado, al igual que los derechos a disponer de alimentación, de una vivienda y de vestido adecuados. El Comité también subrayó que el derecho al agua está

²¹ Idem, pág. 48.

indisolublemente asociado al derecho a la salud y a una vivienda y una alimentación adecuadas.²²

Las obligaciones relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento están implícitas también en varios otros tratados internacionales de derechos humanos y se derivan de las obligaciones de promover y proteger otros derechos humanos, como el derecho a la vida, a una vivienda adecuada, a la educación, a la alimentación, a la salud, al trabajo y a la vida cultural. Al interpretar el derecho a la vida en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general N° 6 (1982), subrayó que, además de la protección contra la privación de la vida, el derecho también imponía a los Estados el deber de garantizar el acceso a los medios de supervivencia y les exigía que adoptaran medidas positivas, en particular para reducir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, así como para eliminar la malnutrición y las epidemias. En su Observación general N° 14 (2000) sobre el derecho al más alto nivel posible de salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó que el historial de la elaboración del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la redacción de su artículo 12 2) constituían un reconocimiento de que ese derecho abarcaba los factores determinantes básicos de la salud, como el acceso al agua potable y al saneamiento.²³

En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988) se subraya que todos tienen derecho a vivir en un entorno sano y a tener acceso a los servicios públicos básicos (art. 11.1). En la Carta Árabe de Derechos Humanos (2004) también se consagra el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel de vida posible, para lo cual los Estados deben garantizar la nutrición básica y el suministro de agua potable para todos, junto con sistemas de saneamiento adecuados (art. 39)²⁴.

El Comité Europeo de Derechos Sociales consideró que el derecho a una vivienda adecuada, reconocido en el artículo 31° de la Carta Social Europea Revisada, comprendía obligaciones específicas en relación con el acceso a agua potable y servicios de saneamiento: En el artículo 31° se garantiza el acceso a una vivienda adecuada, lo que significa una vivienda segura desde los puntos de vista estructural, higiénico y sanitario, es decir, una vivienda dotada de todas las instalaciones básicas, como agua, calefacción, evacuación de desechos, servicios de saneamiento y electricidad, exenta de hacinamiento y con una tenencia segura protegida por la ley²⁵.

El derecho internacional humanitario y el derecho ambiental también protegen expresamente el acceso al agua potable y el saneamiento. Los Convenios de Ginebra

²² Naciones Unidas Derechos Humanos (2011). El Derecho al Agua. Folleto Informativo N° 35.
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-09/FactSheet35sp.pdf>, página 4.

²³ Ídem, pág. 6.

²⁴ Ídem.

²⁵ Reclamación N° 27/2004, European Roma Rights Centre v. Italy, decisión sobre el fondo, 7 de diciembre de 2005.

(1949) y sus Protocolos adicionales (1977) destacan la importancia fundamental del acceso al agua potable y el saneamiento para la salud y la supervivencia en los conflictos armados internacionales y no internacionales. El Protocolo relativo al agua y la salud del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, de 1992, dispone que los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso a agua potable y saneamiento y proteger los recursos hídricos utilizados como fuentes de agua potable contra la contaminación. El Convenio africano sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales (2003) también establece que los Estados contratantes se esforzarán por garantizar a sus poblaciones un suministro suficiente y continuo de agua adecuada.²⁶

En su Observación general N° 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclaró el alcance y el contenido del derecho al agua explicando qué significa disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.²⁷

1.2.3. CASOS EMBLEMÁTICOS INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO AL AGUA POTABLE

1. Tribunal argentino ordena al Estado poner fin a la contaminación y mejorar el acceso a los servicios de abastecimiento de agua

La contaminación del agua y la falta de acceso a agua potable, así como los vínculos entre ambas, en los barrios pobres de la ciudad de Córdoba, fueron el tema central del caso Marchisio José Bautista y otros. Al carecer de conexión a las redes públicas de distribución de agua, esos barrios se abastecían a partir de pozos subterráneos que estaban muy contaminados con sustancias fecales y otros contaminantes. Además, río arriba se había construido una planta depuradora de agua que, debido a su capacidad insuficiente, derramaba diariamente aguas residuales no tratadas en el río. En su fallo, el tribunal ordenó a las autoridades municipales que adoptaran medidas urgentes para poner remedio a esta situación y reducir al mínimo el impacto de la planta en el medio ambiente hasta que se encontrara una solución permanente para su funcionamiento. También les ordenó que suministraran 200 litros diarios de agua potable a cada hogar hasta que se les pudiera ofrecer el pleno acceso a los servicios públicos de abastecimiento de agua.²⁸

En la Observación general N° 15 se subraya además que en ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua. Por consiguiente, la cantidad de agua potable de que dispone una persona puede reducirse, pero el corte total sólo es admisible si existe otra fuente que pueda proporcionar la cantidad mínima

²⁶ Ídem, pág. 7.

²⁷ Ídem, pág. 8.

²⁸ Ídem, pág. 36.

de agua potable necesaria para prevenir las enfermedades. A este respecto, existe una fuerte presunción de que deben prohibirse los cortes en las instituciones que atienden a grupos vulnerables, como las escuelas, los hospitales y los campamentos de refugiados o personas internamente desplazadas.

Si el corte obedece a la falta de pago, la Observación general N° 15 señala que la capacidad de pago de la persona debe tomarse en consideración antes de proceder a la interrupción del servicio. Este requisito, leído conjuntamente con el criterio de la asequibilidad (véase el capítulo I), implica que, en algunos casos, cuando las personas no puedan pagar por el agua, las autoridades pueden tener que suministrarla gratuitamente. A este respecto, varias legislaciones nacionales restringen los cortes del abastecimiento de agua, especialmente en los casos en que el usuario no paga porque no puede, no porque no quiere.

2. Intervención judicial en un caso de corte por falta de pago en Colombia

Debido a una insuficiencia renal crónica y al tratamiento médico que se le administraba, la Sra. Jiménez de Correa tuvo que dejar de trabajar y no pudo seguir pagando los servicios que le suministraban las Empresas Públicas de Medellín. En vista de ello, la compañía le cortó el suministro de electricidad y de agua. El tribunal decidió que los servicios públicos eran inherentes al propósito del Estado social de derecho y reconoció el deber de garantizar su suministro eficiente a todos los habitantes del país. En apelación, la Corte Constitucional confirmó la decisión del tribunal y ordenó la reinstauración inmediata del suministro de electricidad y agua a la Sra. Jiménez como servicio público, remitiéndose en su fallo, entre otras cosas, a las normas internacionales y las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁹

1.2.4 LEGISLACIÓN NACIONAL

El 18 de junio del 2013, el ejecutivo promulgó la Ley N° 30045, denominada Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, que complementa la Ley N° 26338 Ley General de los Servicios de Saneamiento, del 22 de julio de 1994 (*contiene el artículo 6° refiere que los servicios de saneamiento deben ser prestados por entidades públicas, privadas o mixtas, a quienes en adelante se les denominará "entidades prestadoras, constituidas con el exclusivo propósito de prestar los servicios de saneamiento"*). Dicha norma trajo consigo algunas novedades, que no favorecen precisamente a las empresas de saneamiento, sino que buscó la intervención y la privatización de los servicios, a través de las siguientes medidas:

- La creación del Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento – OTASS, para apoyar técnicamente a las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento – EPS.

²⁹ Ídem, pág. 38.



- Se establece el Régimen de Apoyo Transitorio (RAT), el cual es un sistema de intervención de una Empresa Prestadoras de Servicios de Saneamiento - EPS a cargo del OTASS hasta por 15 años.
- Se modifica la composición de los Directorios de las EPS, pasando a ser integrados por un representante de la sociedad civil (colegios de profesionales, cámara de comercio y universidades), un representante del Gobierno Regional, dos representantes de los Municipios, e incorporando a un representante del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento³⁰.
- Se promueve las Asociaciones Público-Privadas ya que el OTASS puede promover la participación del sector privado en las EPS intervenidas por el Régimen de Apoyo Transitorio – RAT³¹.

Por otro lado, en el Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski se promulgó el Decreto Legislativo N° 1280, Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, publicado el 29 de diciembre del 2016, norma que derogó La Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, excepto su artículo 3; a continuación, algunas de las propuestas más relevantes:

- Se establecen mecanismos y procedimientos a los que se sujetan las empresas prestadoras mixtas (con participación de accionariado público y privado), que se regulan mediante normas sectoriales (no a través de la Ley General de Sociedades), para fomentar la participación de capitales privados³².
- El MVCS, funge de entidad titular de proyectos, respecto de los proyectos de Asociación Público Privada formulados sobre las empresas prestadoras incorporadas al Régimen de Apoyo Transitorio y Régimen Concursal³³.
- Modifica la composición del Directorio, de cinco miembros pasa a ser integrado por tres: Un representante de las municipalidades accionistas, un representante del gobierno regional y un representante de la sociedad civil (colegios profesionales, cámaras de comercio y universidades).
- Se faculta a las municipalidades provinciales de otorgar al sector privado la explotación de los servicios de saneamiento mediante cualquiera de las modalidades de asociación pública privada, así como la posibilidad de propiciar la participación del sector privado para mejorar la gestión empresarial de las empresas prestadoras en el marco del Decreto Legislativo N° 1224³⁴.

³⁰ Art. 21° del DS N° 015-2013-VIVIENDA Reglamento de la Ley 30045.

³¹ 2 Art. 35° de la Ley N° 30045.

³² Art. 48.4 del D. Leg. N° 1280

³³ Art. 104° del D. Leg N° 1280.

³⁴ En el Título VIII del D. Leg. N° 1280.

Durante el gobierno del Presidente Martín Vizcarra, mediante el Decreto de Urgencia N° 011-2020, se realizó las siguientes modificaciones al Decreto Legislativo N° 1280:

Se incorporó una nueva modalidad de APP, que es la venta de agua en bloque y tratamiento de aguas residuales, con la participación de proveedores especializados.

Por último, el día 23 de diciembre del 2023 el gobierno emite el Decreto Legislativo N° 1620 – Que modifica el D.L. 1280. Que, para incentivar la privatización del servicio de agua potable y alcantarillado, modifica el artículo 6°, refiriendo que es una función del ente rector (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento), el de promover las APPs y agregado a otros mecanismos de participación público y privada en los servicios de agua potable y saneamiento, conforme a los siguientes términos:

"Artículo 6.- Funciones del Ente rector

Son funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, en su calidad de Ente rector en materia de agua potable y saneamiento:

(...)

3. Promover las Asociaciones Público-Privadas (APP), las Obras por Impuestos (Oxi), así como otros mecanismos de participación público y privada en los servicios de agua potable y saneamiento.

Asimismo, el D.L. N° 1620, modifica el artículo 15 agregando al servicio el concepto de agua potable, sin embargo, mantiene la posibilidad que las empresas prestadoras sean privadas o mixtas, conforme se puede visualizar en los términos siguientes:

"Artículo 15.- Prestadores de servicios de agua potable y saneamiento

15.1. Son prestadores regulares de los servicios de agua potable y saneamiento, los siguientes:

a. Empresas prestadoras de servicios de agua potable y saneamiento, que pueden ser públicas de accionariado estatal, públicas de accionariado municipal, privadas o mixtas;

b. Unidades de Gestión Municipal;

c. Operadores Especializados; y,

d. Organizaciones Comunes"

En la misma línea modifica los artículos 110, 110-A y 111, con la finalidad que el sector privado pueda prestar servicios de agua potable y saneamiento, esta vez pudiendo acceder a las fuentes de agua y sistemas, además de propiciar la participación del sector privado mediante las asociaciones público privada, citamos los dispositivos mencionados siendo los siguientes:

"Artículo 110.- Facultad de los gobiernos locales en la promoción de la inversión privada en los servicios de agua potable y saneamiento"

Los gobiernos locales, en el ámbito de su jurisdicción, están facultados para otorgar al sector privado la explotación de los servicios de agua potable y saneamiento, mediante cualquiera de las modalidades de Asociación Público Privada la realización de uno o más fuentes, sistemas y procesos establecidos en el artículo 2 de la presente Ley, conforme lo establezcan las normas aplicables en materia de promoción de la inversión privada y supletoriamente la presente Ley y su Reglamento.

(...)"

"Artículo 110-A.- Facultad de cofinanciamiento del Gobierno Nacional en la promoción de la inversión privada en los servicios de agua potable y saneamiento"

En los casos que, por delegación expresa, el Ente rector otorgue al sector privado la explotación de los servicios de agua potable y saneamiento, mediante cualquiera de las modalidades de Asociación Público Privada la realización de una o más fuentes, sistemas y procesos comprendidos en los servicios de agua potable y saneamiento establecidos en el artículo 2 de la presente Ley, éste se encuentra facultado para cofinanciar los costos de inversión de dichos proyectos. Excepcionalmente, según los criterios que establezca el Reglamento, el Ente rector puede cofinanciar los costos de operación y mantenimiento de manera gradual y temporal, lo cual es determinado en el respectivo contrato".

"Artículo 111.- Promoción de la inversión privada para la optimización y mejora de la gestión empresarial"

Los gobiernos locales, según lo que establece el marco legal aplicable, pueden propiciar la participación del sector privado para mejorar la gestión empresarial de las empresas prestadoras, ejerciendo las funciones correspondientes a las entidades titulares de proyectos de Asociaciones Público Privadas".

Por último, cabe destacar que el D.L. N° 1280 en su artículo 114, permite la privatización del servicio de agua potable y saneamiento a través de las asociaciones público privadas, de los proyectos de APPs formulados sobre las empresas prestadoras incorporadas al Régimen de Apoyo Transitorio y



Régimen Concursal, en la que bastaría con la opinión del MVCS, o por la Junta de Acreedores. Cito para mayor ilustración:

"Artículo 104.- Proyectos de Asociación Público Privada

104.1. Corresponde al Ente rector el ejercicio del rol de entidad titular de proyectos a que se refiere el Decreto Legislativo N° 1224 "Decreto Legislativo del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos" respecto de los proyectos de Asociación Público Privada formulados sobre las empresas prestadoras incorporadas al Régimen de Apoyo Transitorio y Régimen Concursal, siempre que no involucren la modalidad de concesión.

104.2. La opinión de relevancia es emitida únicamente por el MVCS, o por la Junta de Acreedores, según corresponda."

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

Es así que, como lo hemos observado, desde la emisión de la Ley N° 26338 - Ley General de los Servicios de Saneamiento (22 de julio de 1994), mediante la cual desde su artículo 6° propone que los servicios de saneamiento deben ser prestados por entidades públicas, privadas o mixtas, en esa misma línea, nace la Ley N° 30045, denominada Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento (18 de junio del 2013), que en su artículo 37°, habilita la participación del sector privado en la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento, a través de las asociaciones público - privadas, para la mejora de la gestión empresarial, sostiene. En la emisión del D.L N° 1280, la misma que deroga las dos normas anteriormente mencionadas, estructura la participación de las empresas privadas en la prestación del servicio en tratamiento, a través de sus artículos 6°, 15°, 104°, 110°, 110°-A y 111°. Es importante mencionar que, se propone la modificatoria de los artículos 6 y 15, en tanto la derogatoria de los artículos restantes indicados, esto con la finalidad de fortalecer las empresas públicas del Estado, como único agente productor, distribuidor y administrador del agua potable y servicio de saneamiento, comprendiéndose al agua potable como un recursos estratégico indispensable para el sustento de la vida de la nación, además de ello, cabe indicar que el Estado tiene como responsabilidad la prestación del servicio público y en consecuencia, crea las empresas públicas con el objetivo de brindar el servicio a la ciudadanía, sin exclusiones ya sea por índole económico o factor social. Ceder la responsabilidad del Estado y de sus



MARIA ANTONIETA AGÜERO GUTIERREZ

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la
conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

entes público a las empresas privadas, significa desligarse de su finalidad principal, la búsqueda del bien común, la garantía de los derechos humanos de acceso al agua potable o el libre desarrollo de la personalidad y la seguridad nacional al no tener la administración de un recurso estratégico, el sector privado en su lugar, solo buscaría obtener ganancias mediante el cobro de las tarifas, discriminando el acceso al agua potable a aquello que no pueden solventar el pago por el servicio, que ya no sería público sino privado conforme a su naturaleza de administración privada.

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de ley busca modificar los artículos 6° y 15° y deroga los artículos 104, 110, 110-A y 111 del Decreto Legislativo N° 1280 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley del Servicio Universal de Agua Potable y Saneamiento, con la finalidad de suprimir la participación del sector privado en la prestación del servicio de agua potable y saneamiento. La proposición se encuentra enmarcada dentro de los parámetros constitucionales y legales, por ende, no vulnera el ordenamiento jurídico nacional.

III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto de ley propuesto contiene importante modificación normativa al D.L. N° 1280 y deroga artículos de la norma, con la finalidad de excluir al sector privado de la prestación del servicio de agua potable y saneamiento. El agua, al tratarse de un recurso hídrico estratégico para la vida la nación, tiene que ser administrada por el Estado, a través de sus instituciones o empresas públicas, quienes no buscan lucrar con la prestación del servicio, sino que este alcance a cada uno de los individuos de la nación, cuyo servicio sea de calidad y de alto nivel de eficiencia. Esta proposición no contiene un costo presupuestal para el Estado y tiene como beneficio el fortalecimiento de las empresas públicas como único administrador del servicio, distribuidor del agua potable y responsable de las aguas servidas y de su tratamiento para el reúso.

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL Y LA AGENDA LEGISLATIVA.

La presente iniciativa legislativa se vincula con la 24 Política de Estado del Acuerdo Nacional relativa a la afirmación de un Estado eficiente y transparente, para ello cito lo estipulado:

"Nos comprometemos a construir y mantener un Estado eficiente, eficaz, moderno y transparente al servicio de las personas y de sus derechos, y que promueva el desarrollo y buen funcionamiento del mercado y de los servicios



MARIA ANTONIETA AGÜERO GUTIERREZ

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la
conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

públicos. Nos comprometemos también a que el Estado atienda las demandas de la población y asegure su participación en la gestión de políticas públicas y sociales, así como en la regulación de los servicios públicos en los tres niveles de gobierno. Garantizaremos una adecuada representación y defensa de los usuarios de estos servicios, la protección a los consumidores y la autonomía de los organismos reguladores".

Asimismo, de acuerdo al artículo 1 de la Resolución Legislativa del Congreso 002-2023-2024-CR, guarda relación con el tema 100. MODERNIZACIÓN Y EFICIENCIA DE LA GESTIÓN DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, de la Agenda Legislativa para el Periodo Anual de Sesiones 2023-2024.