

LOS DESAFÍOS DE LA REGULACIÓN EN LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO EN EL PERÚ¹

*Alberto Cairampoma Arroyo**

*Paul Villegas Vega***

Departamento Académico de Derecho, PUCP

Categoría profesores

El presente trabajo analiza los principales desafíos que enfrenta el sector saneamiento en el Perú centrandolo la atención en el sinceramiento de las tarifas que se debe dar para lograr que las recientes reformas normativas tengan éxito. En tal sentido, el objetivo principal de este estudio es demostrar que, como ha sucedido con otros servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad y gas natural) en el caso del agua potable y alcantarillado (saneamiento) resulta necesario que el organismo regulador (SUNASS), en cumplimiento de la función reguladora, establezca las tarifas que permitan que la prestación del servicio de saneamiento resulte eficiente y sostenible en el tiempo.

I. Introducción

La gestión y prestación de los servicios de agua potable, saneamiento y alcantarillado, denominados «servicios de saneamiento» en el ordenamiento jurídico peruano, si bien son consideradas como los servicios de mayor relevancia para el desarrollo y bienestar del país, también son los que mayor cantidad de dificultades han enfrentado durante su evolución en la realidad peruana.

La discusión sobre el derecho humano al agua, su titularidad, la consecuencia de ser considerado un derecho subjetivo, la participación de una Administración Pública que no asume su rol en el sector; la falta de comprensión sobre la intervención de privados para la prestación de los servicios de saneamiento, además de la aplicación de tarifas y derechos de agua insuficientes, no han permitido un mejoramiento sostenido.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «El acceso universal al agua potable de poblaciones vulnerables», financiado por la Dirección de Gestión de la Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Cabe mencionar que el artículo fue enviado el 20 de diciembre de 2017, razón por la cual no toma en consideración las normas posteriormente emitidas. Agradecemos la colaboración de Paola Smith Anías, estudiante de la Facultad de Derecho de la PUCP, en la elaboración del presente artículo. A Elizabeth y Lourdes, con amor:

* Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Correo electrónico: vcairampoma@pucp.edu.pe

** Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios. Correo electrónico: villegas.paul@pucp.edu.pe

En el presente documento, se analiza la reforma del sector saneamiento en el Perú tomando en cuenta las experiencias de reformas en otros servicios públicos domiciliarios, como las telecomunicaciones, la electricidad y el gas natural. Se considera que resulta válido cuestionar el desempeño ineficiente del sector saneamiento a partir de los mejores resultados que se han presentado en los otros sectores.

En ese sentido, a partir de la identificación de los pilares en los que se centraron las reformas en distintos servicios públicos, se considera en este artículo como hipótesis de trabajo que uno de los factores que ha dificultado mejorar la situación del sector saneamiento es la falta de sinceramiento de las tarifas en la prestación del servicio o lo relacionado al cumplimiento del principio de suficiencia financiera. Sin duda, existen otros aspectos a evaluar porque se tratan de sectores con características particulares; no obstante, como se aprecia de las últimas reformas realizadas entre finales del 2016 y el 2017, se ha hecho énfasis de manera particular en la determinación de la tarifa como factor clave.

A continuación, se propone el análisis del contexto general en el cual se desarrolla la regulación del sector saneamiento, los procesos de reforma de los servicios públicos domiciliarios en Perú y el nuevo marco normativo de los servicios de saneamiento, a propósito del Decreto Legislativo 1280.

2. Delimitación del tema, problema jurídico e hipótesis de trabajo

La consideración del agua como elemento fundamental para el desarrollo y bienestar de todo país se inicia con el reconocimiento nacional en diversas experiencias comparadas, preocupación que, con el tiempo, ha sido ratificada a nivel internacional a través de distintos organismos internacionales.

No obstante, el reconocimiento del agua como recurso estratégico no ha tenido el impacto deseado a raíz de distintas circunstancias, como la falta de cultura de protección del agua debido a su consideración como bien inagotable; la inacción de la Administración Pública para la planificación, gestión y supervisión hídrica; así como la intervención de agentes privados que aprovechan la falta de un contexto institucional que les exija un mayor nivel de calidad en sus procesos tanto de captación, uso y descarga del recurso. (Cairampoma Arroyo y Villegas Vega, 2015, pp. 21-23; Martín Mateo, 1991, pp. 7-39; Mejía *et al.*, 2012, p. 17).

En este contexto, en el que aún se tienen en agenda diversos aspectos pendientes de investigación, aprehensión, interpretación y aplicación en materia de recursos hídricos, es posible reconocer la intención política, en el tiempo, a nivel nacional e internacional, de asegurar su disfrute (Cairampoma Arroyo y Villegas Vega, 2015, pp. 21-22).

Así, se puede identificar que, en el año 2000, entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio se consideró al Objetivo 7, referente a la garantía de la sostenibilidad del medio ambiente, el cual tuvo como Meta 7 el mejoramiento del acceso a los servicios de agua potable y saneamiento mediante la reducción a la mitad del porcentaje de personas que carecían de estos para el año 2015.

La Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, en el año 2010, reconoció al derecho al agua y saneamiento como derecho humano, en base a su esencialidad para el desarrollo de la vida y el disfrute del resto de derechos humanos (Vergara Blanco, 2015, pp. 41-42)².

2 Sobre el Derecho al Agua o Derecho Humano al Agua y sus consecuencias existe extensa bibliografía. No obstante, si bien el trabajo se encuentra vinculado con el referido tema, en la medida en que se expone un objeto de estudio distinto, únicamente a modo de referencia se deja anotada la siguiente bibliografía: Bautista Justo, J., El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), Naciones Uni-

En la misma línea, en el año 2015, encontrándose próxima la culminación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se aprobó una nueva agenda determinada por los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en la que el Objetivo 6 señala que para el año 2030 se deberá haber garantizado la disponibilidad de agua y saneamiento para todos.

En el ámbito nacional peruano, los servicios de saneamiento obtienen una mayor relevancia en el siglo XXI. Ello se observa a través de cinco hitos relevantes, de los cuales el primero se presenta en el marco del Acuerdo Nacional, con el que se aprueban un conjunto de políticas de Estado desde el año 2002.

Entre ellas se encuentra la Política de Estado N° 13 (Acceso Universal a los Servicios de Salud y a la Seguridad social) y la Política de Estado N° 21 (Desarrollo de Infraestructura y Vivienda), acordadas en el año 2002, a través de las cuales se promueven dos aspectos fundamentales para el sector: (i) la relevancia del acceso al agua y saneamiento y (ii) la importancia del desarrollo de infraestructura de agua y saneamiento.

En el año 2009 se emite el segundo, la Ley de Recursos Hídricos, a través de la cual se regula la gestión del agua y sus bienes asociados, reconociendo la necesidad de realizarla de manera integrada (Mejía *et al.*, 2012, p. 49) Asimismo, la norma referida crea a la Autoridad Nacional del Agua (ANA). De esta manera, se buscó implementar el marco institucional necesario para el disfrute sostenible de los recursos hídricos.

El tercero, del año 2012, se refiere a la aprobación de la Política de Estado N° 33, Política de Estado sobre los Recursos Hídricos. En ella, se garantiza la adecuada gestión de los recursos hídricos, así como la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento conforme con los estándares de cantidad, calidad y oportunidad disponibles. Así, al igual que en el plano internacional mediante los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el agua adopta un papel central en la agenda; en este caso, nacional.

El cuarto, del año 2016, se refiere al factor político del actual gobierno. En el año en referencia, Pedro Pablo Kuczynski fue elegido presidente de la República del Perú y entre la diversidad de políticas propuestas, se brindó un espacio principal al desarrollo de la gestión de los recursos hídricos y la prestación de los servicios de saneamiento. El reconocimiento del agua como tema central de la agenda es indiscutible, y esto se ha materializado a través de las últimas reformas normativas que se han emitido (Decreto Legislativo 1280 y su reglamento) y las políticas que se han adoptado de cara al Bicentenario de la República peruana (alcanzar la totalidad de acceso al agua potable en las zonas urbanas y el 75 % en las zonas rurales).

das - CEPAL, Santiago de Chile, 2013; Bartolomé Navarro, José Luis, «Los derechos en relación con los servicios públicos», en Bermejo Vera, José y López Ramón, Fernando, *Tratado de derecho público aragonés*, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2010; Boisson de Chazourmes, Laurence, Leb, Christina y Tignino, Mara, «Environmental Protection and Access to Water: the Challenges Ahead», en Van Der Valk, Michael y Keenan, Penelope, *The Right to Water and Water Rights in a Changing World*, UNESCO, Delft, 2010; De Albuquerque, C., & Winkler, I.T. Neither Friend nor Foe: Why the Commercialization of Water and Sanitation Services is not the Main Issue in the Realization of Human Rights. *The Brown Journal of World Affairs*, 17(1), 2010, 167-179; Embid Irujo, Antonio, "El derecho al agua en el marco de la evolución del derecho de aguas" en Embid Irujo, Antonio (director), *El derecho al agua*, Aranzadi, Navarra, 2007; Loperena Rota, Demetrio, "El agua como derecho humano", en González-Varas Ibáñez, Santiago (coordinador), *Nuevo derecho de aguas*, Thomson - Civitas, Navarra, 2007; Mancisidor, Mikel (director), *El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro*, Icaña-Unesco Etxea, Barcelona, 2008; Menéndez Rexach, Ángel, "El derecho al agua en la legislación española", en Agudo González, Jorge (coordinador), *El derecho de aguas en clave europea*, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2010.

Mediante el quinto y último, del año 2017, se ha reconocido en la Constitución Política del Perú el acceso al agua potable como un derecho fundamental, esto como consecuencia de lo expuesto en los hitos previos, dándose, según se entiende en este trabajo, un hecho que puede convertirse en la piedra de toque para las reformas que apuntalen este servicio público.

Sin embargo, de lo hasta ahora señalado, que sin duda resulta favorable, queda pendiente analizar cuáles son los factores que se deben tomar en cuenta para que las decisiones que se han adoptado a nivel político y normativo tengan éxito. Como se ha adelantado en la parte introductoria, se considera que uno de los aspectos clave se encuentra en el sinceramiento y la determinación de la tarifa (principio de recuperación de costes) que deben pagar los usuarios del servicio de agua potable.

En este punto, se considera importante hacer una precisión sobre la referencia que se plantea sobre el sinceramiento de las tarifas en el contexto de los servicios públicos de saneamiento. El sinceramiento de tarifas está vinculado al régimen económico financiero del agua y a la aplicación del principio de suficiencia financiera.

El principio de suficiencia financiera o autofinanciación del servicio es «aquél en virtud del cual la tarifa debe bastar para cubrir todas las necesidades económicas del servicio» (García de Enterría, citado en Molina Giménez, 2001, p. 445).

En efecto, la determinación de la tarifa determina si los ingresos de la entidad prestadora de los servicios de saneamiento podrán cubrir tanto sus costos de operación como las inversiones necesarias para el desarrollo de la actividad. Caso contrario, lo cual no es la excepción en el Perú, los operadores deberán acudir al gobierno (nacional, regional o local) para negociar la posibilidad de contar con aportes que les permitan desarrollar la actividad. Ello conlleva a que no solo se considere la prestación del servicio como fin, sino que, además, se aplicarán criterios externos a la industria de saneamiento (criterios políticos) (Mejía *et al.*, 2012, p. 20).

Para reforzar lo planteado, se partió del análisis de otros servicios públicos domiciliarios, como las telecomunicaciones, la electricidad y el gas natural, casos en los cuales es posible advertir que la mejora en la regulación y la prestación del servicio pasó necesariamente por una nivelación de las tarifas.

De esta manera, se entiende que las modificaciones que debieron realizarse tienen como objetivo que la prestación de los servicios de saneamiento se brinde procurando tutelar el interés general, es decir, maximizando su eficiencia en beneficio de la población usuaria (Villar Rojas, 2016, p. 224). Cabe señalar que, si bien en un primer momento la nivelación tarifaria afectó a la economía de los usuarios, con el tiempo, y la intervención de los organismos reguladores, permitió la presencia de servicios que se prestan con un mayor grado de eficiencia y, por ende, se ha mejorado la cobertura (acceso universal) y la calidad de los servicios.

En el caso de los servicios de saneamiento, tal como se va a advertir en los siguientes puntos, las reformas se dieron, como en los otros servicios, en la década de los noventa. Sin embargo, no se impulsó la implementación de un periodo de nivelación o sinceramiento de tarifas (Berg, 2013, p. 5), con lo cual, según la hipótesis de trabajo del presente texto, este factor que se considera aquí una de las claves de la reforma, fue determinante para no alcanzar un mayor nivel de cobertura y mejora en la calidad del servicio. Por el contrario, colaboró en la situación actual peruana, caracterizada por niveles de servicio inferiores al promedio de los países de la región.

3. Justificación de la investigación: Evolución y metas del servicio público de saneamiento

Establecido el marco general del agua en el Perú, resulta importante señalar cuál ha sido su desarrollo en los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, reconociendo además su evolución y metas (Cairampoma Arroyo y Villegas Vega, 2016, pp. 235-236; OMS y Unicef, 2016, pp. 54-55). En este punto, es posible apreciar que la decisión política y los cambios normativos deben ir acompañados de una reforma y nivelación de las tarifas, como ha sucedido en otros servicios públicos, además de otras decisiones que se analizarán en este trabajo, como la integración de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento (EPS), la atención a las zonas rurales con un régimen especial y una mayor coordinación entre las entidades ejecutoras del presupuesto (Gobiernos regionales y locales y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).

Respecto del acceso al agua potable, como se observa en la Figura 1, en 1990 el 74 % de la población peruana tenía acceso, situación que mejoró para el año 2015 con un acceso del 87 %. Para el año 2030, está pendiente la meta del acceso universal, lo cual significa que deben realizarse las obras y actividades necesarias para que ese 13 % de la población peruana (aproximadamente 4 millones de personas) obtenga el servicio.

Por otra parte, el servicio de saneamiento ha experimentado un incremento mayor entre los años 1990 y 2015, puesto que se pasó de prestar el servicio al 53 % de la población al 76 %. No obstante, aún resta que se brinde el servicio al 24 % de la población peruana (aproximadamente 7 millones y medio de personas).

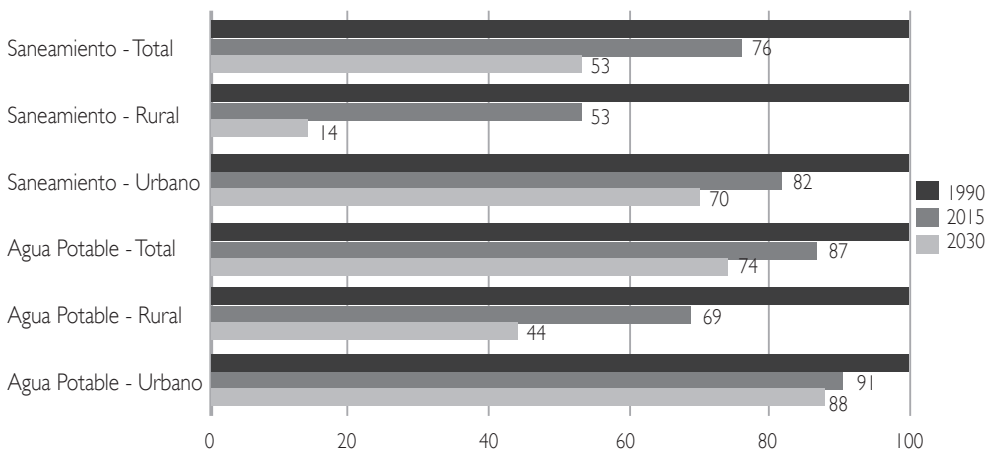


Figura 1. Población con Acceso al Agua e Instalaciones Sanitarias en el Perú (%). Elaboración propia sobre la base de la OMS y Unicef (2016).

Asimismo, un aspecto que no resulta particular en el Perú es que las zonas rurales han sido sistemáticamente relegadas en la prestación de los servicios. Ello se debe a dos causas principales: por un lado, (i) los políticos optan por realizar obras y prestar servicios principalmente donde tienen una mayor cantidad de posibles votantes, y, por otro, (ii) las zonas rurales no presentan los beneficios de las economías de escala, a diferencia de las ciudades, lo cual ha motivado una mayor dificultad para la instalación y posterior gestión de los servicios de saneamiento.

Con ello, se puede observar que en el sector saneamiento, debido a la problemática iniciada por la falta de sinceramiento de las tarifas, no se ha establecido un modo adecuado que permita brindar los servicios de manera eficiente y, como consecuencia, tampoco se ha logrado realizar una identificación, priorización y apoyo en favor de las poblaciones vulnerables, quienes sí deberían contar con un esquema diferenciado que les permita acceder a los servicios (Klein, 1996, p. 28).

La situación descrita previamente se observa en Figura 1, donde aún en el 2015, el 31 % de la población rural peruana no accede al agua potable. Incluso más adversa resulta la situación de los servicios de saneamiento, donde el 47 % de la población rural peruana todavía tiene pendiente el acceso.

Para el año 2021, año del bicentenario del Perú, se ha planteado conseguir que se alcance la totalidad de cobertura o servicio universal en zonas urbanas y el 75 % en zonas rurales. Estas metas que resultan ambiciosas dependen de muchos factores, y uno de ellos está vinculado al sinceramiento de las tarifas, objeto de estudio de este trabajo de investigación.

Así, se parte por considerar que las tarifas relacionadas al abastecimiento de agua potable y saneamiento deben considerar distintos aspectos (Kanakoudis y Tsitsifli, 2014, p. 33). Por un lado, se deberá tomar en cuenta los costes propios de la realización del servicio tanto a corto como a largo plazo (Kanakoudis y Tsitsifli, 2014, p. 40), pero, por otro, por causa de la relevancia del servicio, también deberán tomarse en cuenta mecanismos que permitan a las poblaciones vulnerables disfrutar del referido servicio (Kanakoudis y Tsitsifli, 2014, p. 44).

Como ya se ha adelantado, la materialización de las metas para el bicentenario de la República del Perú podría no alcanzarse si no se toman las decisiones adecuadas respecto del sinceramiento de las tarifas, la integración de las EPS de saneamiento, así como si no se logra materializar la coordinación entre unidades ejecutoras y los correspondientes operadores de los servicios de saneamiento.

4. Desarrollo del marco teórico: procesos de reforma de los servicios públicos domiciliarios en Perú

Después de haber explicado el problema principal, la hipótesis de trabajo y la justificación de la presente investigación, se pasará a desarrollar sobre los procesos de reforma que se dieron en torno a los servicios públicos domiciliarios en nuestro país. En este punto, se podrá advertir que en los otros sectores se tomaron decisiones, entre ellas el necesario sinceramiento de las tarifas, para poder contar con servicios sostenibles en el tiempo.

Para tal fin, se han elegido las cuatro actividades más importantes que cuentan con usuarios domiciliarios: telecomunicaciones, electricidad, gas natural y saneamiento. Ahora bien, antes de entrar al detalle de las reformas planteadas en cada actividad, resulta importante hacer referencia a algunos aspectos comunes a los referidos procesos.

4.1. Presupuestos comunes de las reformas.

En efecto, se puede advertir que, en el Perú, las cuatro actividades experimentaron reformas en la década de los noventa del siglo pasado, emitiéndose en todos los casos normas que rediseñaron el nuevo modelo institucional. Al respecto, se debe resaltar que en todas estas reformas se replanteó el rol del Estado empresario, en la medida en que estas actividades eran prestadas por empresas estatales monopólicas que actuaban a nivel nacional.

En ese sentido, el referido replanteamiento del marco regulatorio tuvo como eje la apertura del mercado a la libre competencia, en aquellos segmentos o actividades que lo permitieran, lo cual involucró plantear o analizar la posibilidad de la desintegración de actividades y, a su vez, la posibilidad de permitir el ingreso de empresas privadas.

Producto de la apertura del mercado, resultó factible la privatización de las empresas estatales. Por ello, el Estado inició la venta de activos de muchas de ellas, presentándose una concentración de las privatizaciones en las actividades de telecomunicaciones y de electricidad.

Además, un punto medular que se presentó fue la reorganización industrial de las actividades y la separación de estas. En el sector telecomunicaciones, electricidad y gas natural, se planteó la desintegración de las actividades y se fomentó la libre competencia; por el contrario, en saneamiento esto no fue propuesto.

Otro aspecto fundamental fue priorizar la especialización de cada actividad frente a la actuación política. De esta manera, se permitió que la gestión y prestación de los servicios brindados por los operadores, ya sean públicos o privados, no estuviesen bajo injerencias políticas. Este esquema fue aplicado en el sector energético y de telecomunicaciones, mientras que no sucedió en saneamiento.

En el punto previamente descrito, la figura del organismo regulador adopta mayor relevancia en tanto que será este el que equilibre los intereses de los distintos agentes del sector; los operadores, los usuarios y el gobierno. Además, el regulador deberá procurar no actuar en beneficio de los intereses de ninguno de los agentes (Baldwin *et al.*, 2012, pp.107-108; Klein, 1996, pp. 23-24).

Adicionalmente, se propuso un nuevo diseño institucional, el cual consistió en crear nuevas entidades que se adaptaran a los cambios estructurales implementados y al nuevo desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, tales como la agencia de la competencia (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI) y los organismos reguladores (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - SUNASS).

En el caso de la agencia de competencia y los organismos reguladores, se consideró que las referidas entidades podrían colaborar en la implementación y aseguramiento de la liberalización de los distintos mercados sectoriales, bien mediante el uso de herramientas propias de la competencia o bien con la aplicación de herramientas de regulatorias. De esta manera, el primer reto que tuvieron fue generar la información suficiente que les permita regular los mercados de manera eficiente y adoptar decisiones justificadas en cada procedimiento en el que participaran (Baldwin *et al.*, 2012, pp. 69-72; Klein, 1996, p. 29), evitando que su actuación genere impactos negativos en los sectores (Berg, 2013, p. 45).

Posteriormente, se crearon nuevas entidades competentes en materia ambiental (Ministerio del Ambiente y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA) y muchos otros organismos públicos especializados (por ejemplo, en el caso del agua, la Autoridad Nacional del Agua - ANA y el Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento - OTASS).

De todo lo mencionado, interesa advertir cómo se desarrollaron los procesos de reforma de manera comparada, con la finalidad de explicar desde esta perspectiva lo que sucedió con los servicios de saneamiento.

A continuación, se dará cuenta de manera muy sucinta de lo que pasó en cada uno de los sectores mencionados:

4.2. Principales reformas en el sector telecomunicaciones.

En el caso de las telecomunicaciones, en el año 1993 se emitió la Ley General de Telecomunicaciones, mediante la cual se declara de necesidad pública el desarrollo de esta actividad «como instrumento de pacificación y de afianzamiento de la conciencia nacional». Para ello, se enfatizó que se «requiere captar inversiones privadas, tanto nacionales como extranjeras».

Además, se declara «de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado de acuerdo a la presente Ley» (artículo 2).

Dentro de este contexto, le corresponde al Estado fomento de la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados» (artículo 6).

A partir de lo señalado, se inició un proceso de liberalización del mercado y la privatización de las dos empresas estatales (Compañía Peruana de Teléfonos - CPT y Entel Perú), que fueron adquiridas por la empresa Telefónica de España, la cual participó del mercado como único operador por un periodo de cuatro años (1994-1998) para luego dar paso a la apertura del mercado, a la competencia.

Actualmente, habiendo transcurrido más de dos décadas, el sector telecomunicaciones es uno de los más competitivos y todas las empresas son privadas. El Estado interviene, principalmente, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y el Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones (FITEL).

Cabe resaltar que, como consecuencia de la reforma en este sector; uno de los cambios estructurales fue el sinceramiento de las tarifas, las cuales, en el escenario anterior, eran subsidiadas por las empresas estatales. En este caso, el rol del organismo regulador (OSIPTEL) fue importante, en la medida en que fue la entidad destinada a fijar las tarifas del sector telecomunicaciones.

En atención a la función de fijación de tarifas, el regulador se encontró en la necesidad de contar con información relevante de las empresas operadoras de los servicios. Con la referida información, el regulador se encontró en la posición de conocer (aunque no en su totalidad) tanto la estructura de costes que debían soportar las empresas como cuáles eran los beneficios de la demanda por los servicios prestados (Klein, 1996, p. 11).

Respecto del sinceramiento de tarifas en la actividad de telefonía fija, concretamente en el caso de la tarifa residencial básica, fue modificada de S/ 10.97 en 1994 a S/ 31.93 en 1998 (Torero y Pascó-Font, 2000, p. 13). En este caso, se experimentó casi un aumento del 200 %, aproximadamente.

Otro aspecto fundamental a resaltar es el rol del FITEL, pues se trata de un fondo que tiene por fuente el aporte que realizan los operadores que participan del sector telecomunicaciones y sirve para financiar los proyectos que se encuentran en zonas no rentables económicamente (zonas rurales y de preferente interés social). Bajo este mecanismo, el Estado procura que el acceso/servicio universal se materialice, es decir, que todos los pobladores, sin importar el lugar donde se encuentren o la situación económica que tengan, se beneficien de los servicios públicos.

Finalmente, se debe anotar que, en el sector telecomunicaciones, el factor tecnológico ha resultado fundamental para el desarrollo de la actividad en libre competencia. Sin la tecnología, este sector no habría presentado tanto desarrollo y la posibilidad de contar con varios competidores.

4.3. Principales reformas en el sector eléctrico.

En el caso de las actividades del sector eléctrico, la Ley Concesiones Eléctricas se emitió en el año 1992. Esta norma divide las actividades de electricidad en las siguientes: generación, transmisión y distribución, especificando que podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Si bien en esta norma no se señala de manera expresa el fomento de la Libre Competencia, esta se encuentra implícita en la desintegración vertical de la actividad que involucra la posibilidad de ingreso de más de una empresa, por ejemplo, en la actividad de generación.

Como en el caso del sector de las telecomunicaciones, en el eléctrico se dieron procesos de liberalización y privatización. El Estado peruano, además de abrir el mercado a empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras, privatizó empresas estatales. No obstante, a diferencia de las telecomunicaciones, no se llegaron a privatizar todas las empresas, de manera que muchas de ellas se mantuvieron en la actividad de distribución y generación (en transmisión, todas las empresas son privadas).

Para el sector energético, las principales entidades son: el Ministerio de Energía y Minas, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería (OSINERGMIN), el Fondo de Inclusión Social en Energía (FISE) y el Comité de Operaciones del Sistema Interconectado Nacional. Como en el caso del sector de las telecomunicaciones, el rol del regulador ha sido clave para el establecimiento de las tarifas del sector eléctrico y del gas natural, en el que también se planteó un sinceramiento de las tarifas.

En este punto, resulta importante resaltar que este sinceramiento de tarifas resultó necesario para el éxito de las reformas en los sectores de energía y de las telecomunicaciones. Esto fue impulsado por el Estado con la finalidad de asegurar el éxito de las reformas mediante la participación del regulador; lo cual le permitió evitar las interferencias políticas (Berg, 2013, p. 18) y otorgarle rentabilidad económica a las empresas privadas que estaban empezando a participar en los sectores. No obstante, esto no sucedió en los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento.

De acuerdo con la Comisión de Tarifas Eléctricas (1998, pp. 82-83), el precio medio de la electricidad en el año 1985 fue de USD 3.64 por KWh; en el año 1989, el precio medio fue de USD 1.90 por KWh. Se puede advertir que hubo una reducción significativa. En el año 1990, con el gobierno fujimorista entrante, el precio medio de la electricidad subió a USD 4.57 por KWh. Luego, en noviembre de 1993, se produce la primera fijación tarifaria, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas de noviembre de 1992. En consecuencia, en enero de 1994, el precio medio fue de USD 9.00 por KWh. Como se puede advertir, el aumento de la tarifa se produjo en casi un 100 %.

Un dato importante a considerar es que a partir del sinceramiento de las tarifas se pasó a una evolución de estas, manteniendo un equilibrio e incluso experimentando la reducción de la misma en algunos periodos.

Finalmente, para el cierre de las brechas de infraestructura y la cobertura de las personas que se ubican en zonas no rentables económicamente, se creó el Fondo de Inclusión Social en Energía (FISE) (2012), el cual tiene un rol similar al del FITEL: el acceso/servicio universal.

4.4. Principales reformas en el sector gas natural.

En el caso de las actividades relativas al gas natural, en el año 1993 se emitió la Ley Orgánica de Hidrocarburos. En esta norma se señala lo siguiente: «El Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional» (artículo 2).

Como en los casos anteriores, para este subsector se planteó que las actividades se realicen bajo un esquema de libre mercado, y para cumplir con tal objetivo el Estado peruano promovió la inversión privada.

Sin embargo, a diferencia de los otros sectores, el inicio del proyecto Camisea, el proyecto más grande en cuanto a gas natural en el Perú, se dio bajo la gestión de operadores privados. En efecto, tanto la explotación, procesamiento, transporte y distribución (incluida la comercialización) se encuentran en manos de empresas privadas, aun cuando el Estado cuenta con una empresa estatal, PETROPERÚ.

En este caso, el diseño institucional es similar al de electricidad por ser parte del sector energía. En efecto, en el caso de la distribución de gas natural, el OSINERGMIN es el organismo que se encarga de regular las tarifas y, como en el caso de electricidad, el FISE es el que se encarga del acceso/servicio universal en este sector.

Si hay algo que se debe resaltar en esta actividad es que en nuestro país se han establecido altos estándares de seguridad debido a los riesgos que genera su desarrollo, lo que repercute en la determinación de la tarifa. En ese sentido, los altos costos de acceso (pago por conexión) hacen que muchos usuarios no accedan al servicio, a pesar de que el costo del gas natural puede ser mucho menor a mediano y largo plazo que el costo por el gas licuado de petróleo (GLP) que se suele utilizar en las viviendas promedio.

Ante este escenario, el Estado, a través de las entidades competentes, viene desarrollando programas de fomento que impulsen la instalación a las redes de las empresas prestadoras mediante bonos que permiten reducir el costo de acceso.

La lección que se puede obtener de este caso es que, a pesar de estar ante una actividad esencial para la población, el Estado, a través del Poder Ejecutivo o los Gobiernos locales o regionales, no puede interferir en el establecimiento de la tarifa fijada por el OSINERGMIN, puesto que ello podría conllevar a que el servicio no resulte sostenible en el tiempo.

A diferencia de las actividades de telecomunicaciones, electricidad y saneamiento que se desarrollan a nivel nacional, en el caso del gas natural se trata de una actividad que se desarrolla en algunas regiones del país (Lima y Callao e Ica).

4.5. Principales reformas en el sector saneamiento.

Los cambios que ha experimentado el sector saneamiento deben ser comprendidos en el marco de la relevancia del agua como recurso natural estratégico. En ese sentido, cabe iniciar el análisis de las reformas del sector saneamiento identificando las normas que regularon los recursos hídricos en el Perú.

En 1969, la Ley General de Aguas, Decreto Ley 17752, partió por considerar al agua como un bien de dominio público que debía ser utilizado únicamente de manera justificada y en armonía con el interés general. Posteriormente, la referida norma fue actualizada y reformulada, 2009, mediante la Ley de Recursos Hídricos, Ley 29338, en la cual se reiteró la calidad de bien de dominio público para los recursos hídricos y se implementó el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos.

En el referido marco, los recursos hídricos y los servicios de saneamiento obtuvieron una mayor relevancia en la realidad nacional peruana, la cual se materializó primero en la mencionada Ley de Recursos Hídricos de 2009, para luego iniciar el análisis y reforma de los servicios de saneamiento, los cuales no habían experimentado una modificación desde el año 1994 en que se promulgó la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N° 26338.

La Ley General de Servicios de Saneamiento declaró a los servicios de saneamiento como servicios de necesidad y utilidad pública, así como de preferente interés nacional. Asimismo, identificó como responsables de la prestación de los servicios de saneamiento a las municipalidades provinciales, permitiendo que los referidos servicios sean brindados por entidades públicas, privadas o mixtas, aunque la presencia de privados como operadores directos de los servicios de saneamiento no se presentó (Kanakoudis y Tsitsifli, 2014, p. 40).

En la referida norma, adicionalmente, se consideró que la SUNASS, creada en 1992, sería la encargada de garantizar una prestación de calidad de los servicios de saneamiento a los usuarios. Sin embargo, la función correspondiente al establecimiento de tarifas (para garantizar los servicios) resultó de difícil implementación en tanto que era un servicio que aún contaba con mucha injerencia política (Berg, 2013, p. 10), con lo cual las tarifas, al no haber sido sinceradas, no cubrían los costes necesarios para el soporte de los servicios (Klein, 1996, p. 16).

Posteriormente, mediante la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Ley 30045 (2013), la Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley 30327 (2015), el Decreto Legislativo que modifica la Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo 1240 (2015), se procuró brindar un mejor marco regulatorio que permita la aplicación de tarifas coherentes con los costes de la industria.

Con ello, se utilizó la regulación para emular un escenario de competencia en un sector caracterizado por desarrollarse en monopolio. De esta manera, la regulación actúa como un instrumento que promueve la prestación del servicio de saneamiento conforme con un estándar de calidad adecuado, previniendo a su vez la aplicación de subsidios y costos excesivos (Berg, 2013, p. 8; Klein, 1996, p. 3; Ogus, 1994, pp. 29-31).

5. Análisis del nuevo marco normativo de los servicios de saneamiento. Decreto legislativo 1280 y su reglamento

5.1. Lecciones aprendidas de las reformas en los servicios públicos.

Como se ha podido advertir, a diferencia de otros servicios públicos domiciliarios, el servicio de saneamiento no ha pasado por un proceso de incentivo de la inversión privada. Por ello, no resulta extraño tener por organismo regulador a una superintendencia (SUNASS), mientras que en los otros sectores se crearon organismos supervisores de la inversión privada (OSIPTTEL, OSINERGMIN, OSITRAN).

Además de ello, en el caso del saneamiento se cuenta básicamente con la participación de empresas estatales (49 de 50 de las EPS de saneamiento son públicas). Solo existe una empresa privada —Aguas de Tumbes (ATUSA)—, la cual viene operando en Tumbes desde el año 2010.

Otro aspecto fundamental es tomar en cuenta el ámbito de acción de las empresas concesionarias. En el caso de los servicios de telecomunicaciones, se cuenta con alcance nacional; en el caso de la electricidad y gas natural, el alcance es regional, mientras que en el caso del sector saneamiento es municipal. Al respecto, resulta importante resaltar que, además de lo señalado, en el caso de los servicios de saneamiento se han diferenciado los sectores urbano y rural como dos ámbitos distintos de gestión.

Asimismo, se tiene que en los servicios de telecomunicaciones, electricidad y gas natural se adoptó como una reforma regulatoria la desintegración vertical de las actividades, dando como resultado el ingreso de competencia en aquellas actividades en la que ello resultara factible (telecomunicaciones y generación eléctrica) y estableciendo monopolios legales en los que no se pudiera (transmisión y distribución eléctrica y gas natural). En el sector saneamiento, esta opción no se dio (Klein, 1996, p. 4), manteniendo las actividades integradas verticalmente y en manos de una EPS de saneamiento.

A diferencia de los servicios de telecomunicaciones, electricidad y gas natural en los que no existe injerencia alguna de los Gobiernos regionales o locales en la gestión de las empresas concesionarias, en el caso de los servicios de saneamiento se decidió municipalizar la gestión del servicio, lo cual conllevó a la necesaria coordinación entre los gobiernos locales (responsables de garantizar la prestación del servicio de acuerdo a la normativa) y las empresas concesionarias (EPS), siendo la excepción la empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), empresa que opera en Lima y Callao, la cual se encuentra bajo el ámbito del Poder Ejecutivo (específicamente, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE) y no requiere de ningún tipo de coordinación con los Gobiernos locales, provinciales o distritales.

Este último dato resulta relevante en la medida en que SUNASS, a diferencia de los otros reguladores, ha tenido que coordinar con un actor adicional a las empresas concesionarias —los gobiernos locales— al momento de fijar las tarifas. Y en ese sentido, muchas veces el objetivo de sincerar las mismas ha resultado una tarea más que compleja: imposible.

En efecto, ello se observa en el Tabla I (SUNASS), donde las tarifas promedio aplicadas para un metro cúbico (m^3) en la distintas EPS de Saneamiento resultan o bien inferiores o muy aproximadas al valor de un litro de agua embotellada.

Tabla I

Tarifas promedio por EPS

Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento	Tarifa Promedio (Soles / m³)	Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento	Tarifa Promedio (Soles / m³)
ATUSA	1.805	EPS ILO S.A.	2.204
EMAPA CAÑETE S.A.	1.075	EPS MANTARO S.A.	0.878
EMAPA HUACHO S.A.	1.816	EPS MARAÑÓN S.R.L	1.041
EMAPA HUANCVELICA S.A.	0.910	EPS MOQUEGUA S.A.	1.754
EMAPA HUARAL	1.120	EPS MOYOBAMBA S.R.L.	2.018
EMAPA PASCO S.A.	0.969	EPS NOR PUNO S.A.	1.374
EMAPA SAN MARTÍN S.A.	1.428	EPS SEDA LORETO S.A.	2.217
EMAPAB S.A.	0.845	EPS SEDACAJ S.A.	2.363
EMAPACOP	1.257	EPS SELVA CENTRAL S.A.	0.643
EMAPAT S.R.L.	3.327	EPS SIERRA CENTRAL S.A.	0.537
EMAPA-Y S.R.L.	1.014	EPS TACNA S.A.	1.447
EMAPISCO	1.086	EPSEL S.A.	1.902
EMAQ S.R.LTDA.	0.624	EPSSMU S.R.TLDA	1.279
EMPAVIGS S.A.C.	1.385	SEDAAYACUCHO S.A.	0.697
EMPSSAPAL S.A.	0.959	SEDACHIMBOTE S.A.	1.326
EMSAPA CALCA S.R.L	0.435	SEDACUSCO S.A.	2.283
EMSAPA YAULI-LA OROYA S.R.L.	1.210	SEDAHUANUCO S.A.	1.140
EMSAPUNO S.A.	1.691	SEDAJULIACA S.A.	0.836
EMUSAPABANCAY S.A.	1.105	SEDALIB S.A.	3.230
EMUSAP S.R.L	2.223	SEDAM HUANCAYO S.A.	1.136
EPS AGUAS DEL ALTIPLANO S.R.L.	0.471	SEDAPAL S.A.	2.136
EPS CHAVIN S.A.	0.870	SEDAPAR S.A	1.958
EPS EMAPICA	0.874	SEDAPAR S.R.L.	1.947
EPS EMSAP CHANKA S.R.L.	0.980	SEMAPA BARRANCA S.A.	1.121
EPS GRAU S.A.	1.806	SEMAPACH S.A.	1.593

Nota: Elaboración propia sobre la base de información de la SUNASS.

Otro factor que se suma al anterior es el hecho de que, en los servicios que fueron privatizados (telecomunicaciones, electricidad y gas natural), las empresas privadas negociaron (o exigieron) con el Estado para que mediante los contratos de concesión se asegurara contar con una tarifa que cubra los costos para brindar el servicio, alcanzar mayores niveles de cobertura y mejorar la calidad.

En cambio, en el sector saneamiento las EPS de Saneamiento no necesariamente han podido realizar esa exigencia y, de acuerdo con datos oficiales del OTASS (Dirección de Evaluación del OTASS, 2017), esto ha generado que una de las EPS (EPS GRAU S. A. - Piura) se

encuentre en régimen concursal y otras 18 (de una muestra de 36) cumplan las condiciones para el inicio de un procedimiento concursal ordinario.

Producto de todo lo mencionado se tiene que las inversiones en todos los servicios públicos, excepto en el sector saneamiento, se han incrementado exponencialmente y, por ende, la brecha de acceso ha disminuido y la calidad ha mejorado.

Frente a este contexto, se ha emitido un nuevo marco regulatorio en el que se han formulado propuestas de mejora, y algunas de ellas apuntan a mejorar muchos de los problemas que se han identificado, tal como se verá en el siguiente punto.

Antes de ello, se debe hacer una precisión sobre el planteamiento de mejorar la gestión de los servicios. En este documento no se propone la privatización de los actuales prestadores de servicios de saneamiento. En realidad, la propuesta consiste en, independientemente de si la gestión se encuentra en manos públicas o privadas, o incluso cuando las municipalidades decidan realizar gestión directa, realizar un reajuste o sinceramiento de las tarifas de los servicios de saneamiento.

Asimismo, cabe tomar en consideración que, sumado al sinceramiento de tarifas para contar con una prestación adecuada de los servicios de saneamiento, deberán adoptarse medidas adicionales relacionadas a la estructura organizativa, a la mejora de procesos, al perfil profesional de los directores y gerentes de las EPS de Saneamiento, entre otros.

De esta manera, antes que cuestionar o juzgar la prestación de los servicios en tanto sean brindados por el sector público o privado, en este artículo se prioriza el análisis del impacto de la tarifa. No obstante, se debe precisar que la medición de la eficiencia en la prestación de los servicios de saneamiento, antes de dividirla en pública o privada, debería atender a casos específicos para la realización de la respectiva evaluación (Tornos Mas, 2016, p. 73).

Por lo tanto, el sinceramiento de tarifas en los servicios de saneamiento tendría como resultado que sea sostenible en el tiempo y pueda alcanzarse una cobertura con servicio universal (en zonas rurales y urbanas), manteniendo una buena calidad en la prestación.

5.2. Principales reformas de la vigente Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento (Decreto Legislativo N° 1280).

En la exposición de motivos de la norma, se establecen como objetivos que se logre en el sector medidas orientadas a la gestión eficiente de los prestadores, para fortalecer la gestión y la prestación de los servicios a fin de lograr un incremento en la cobertura (servicio universal), así como para asegurar la calidad y una prestación eficiente y sostenible. Todo ello, promoviendo la protección del ambiente y la inclusión social.

Como bien se establece en el objeto y finalidad de la norma (art. 1), se plantea lograr el acceso universal en los ámbitos urbano y rural y establecer un marco regulatorio para lograr una gestión eficiente de los prestadores del servicio. Esto último involucra regular sobre «la constitución, funcionamiento, desempeño, regulación y control» de las EPS. Por ende, se busca lograr el fortalecimiento de la capacidad reguladora del Estado en aspectos económicos y de gobernanza de las EPS.

Como se puede advertir de lo señalado en los dos puntos anteriores, lo que se ha establecido como objetivo principal es lograr que las EPS funcionen de manera eficiente y, como se ha señalado en varias partes de este documento, pasar por el sinceramiento de tarifas y mejorar la gobernanza de los prestadores del servicio.

Otro aspecto que se debe resaltar de la vigente norma es el rol que se encarga a los Gobiernos regionales y locales —recuérdese que este es un punto medular en la regulación del sector saneamiento—. En la ley, se establece que estos gobiernos son encargados «de asegurar la prestación eficiente de los servicios de saneamiento usando los medios institucionales, económicos y financieros que lo garanticen» (art. 4.3).

Esta disposición debe ser leída de manera conjunta con dos principios establecidos en la norma que orientan las coordinaciones que se deben presentar: En efecto, el principio de independencia en el manejo de los recursos financieros y patrimonio señala lo siguiente: «Las municipalidades accionistas y sus autoridades y representantes se obligan al respeto irrestricto de la autonomía económica, financiera y administrativa de los prestadores de servicios de saneamiento [...]» (artículo III.5).

Esto quiere decir que el hecho de haberse establecido que los Gobiernos locales deben garantizar la prestación eficiente no implica que deban tener injerencia o intervenir en las decisiones de las empresas prestadoras (sean estas públicas o privadas), sino, por el contrario, deberán respetar las decisiones que se puedan adoptar en el marco de su autonomía. El referido principio deja muy claro este último aspecto, pues indica que se obligan «a no influir; interferir; restringir; limitar o condicionar las decisiones respecto del destino de los recursos financieros o económicos del prestador» (artículo III.5).

Y, además, en la línea de lo que se viene analizando se debe complementar con lo que establece el principio de autonomía y responsabilidad en la gestión empresarial, que de manera categórica señala: «Las decisiones que adoptan los órganos de propiedad, administración y gestión de los prestadores de los servicios de saneamiento se basan en criterios técnicos, legales, económicos, financieros y ambientales, que tienen como objetivo primordial prestar los servicios de saneamiento en condiciones de eficiencia, sostenibilidad y calidad y para ello gozan de autonomía administrativa, económica y de gestión» (artículo III.4).

De las disposiciones que contiene la ley, seguramente las que se han mencionado tienen un nivel muy alto de importancia por lo que involucra en la gestión de los servicios de saneamiento por parte de los prestadores o EPS. Se aprecia que el legislador ha querido dejar claramente delimitados los ámbitos de acción de cada actor, enfatizando en que la prestación debe apuntar a ser eficiente, sostenible y de calidad. Y cuando se hace referencia a esto, se debe de tomar en cuenta que para que ello suceda se debe tomar en consideración que una de las consecuencias de estas disposiciones es el sinceramiento de las tarifas, tal como se verá más adelante.

Ahora bien, lo señalado no significa que los Gobiernos regionales y locales no desempeñen un rol importante. Por el contrario, en el caso del primero, deben formular políticas regionales en materia de saneamiento, en concordancia con las políticas nacionales; deben brindar asistencia técnica; capacitación; fomentar la investigación académica y tecnológica; apoyar técnica y financieramente a los Gobiernos locales, entre otras labores (artículo 9). En el caso de los Gobiernos locales, deben administrar los bienes de dominio público; contar con un área técnica encargada de fiscalizar y brindar asistencia técnica a los prestadores en pequeñas ciudades y centros poblados rurales; designar los recursos del financiamiento de inversiones para infraestructura de saneamiento, y, por último, «financiar y cofinanciar la reposición y mantenimiento de la infraestructura en el ámbito rural» (artículo 10).

Como se puede advertir, no se ha querido desconocer la importancia de estos Gobiernos, sino que, por el contrario, resulta importante que puedan colaborar con la gestión que

llevan a cabo los prestadores de los servicios de saneamiento, siempre que se cuide que no absorba, menos políticamente, la gestión autónoma de los servicios de saneamiento.

De la experiencia de las últimas décadas, sin lugar a duda, la tarea de los Gobiernos locales de coordinar con los prestadores sin ninguna intención de injerencia política debe ser de las más complejas de acatar y respetar. Sin embargo, si realmente se desea mejorar la prestación de estos servicios, es algo que debe suceder; y el rol del organismo regulador resulta medular en la labor de fiscalización que debe cumplir sobre las obligaciones que se han establecido en la norma.

Otro aspecto que se debe anotar es el nivel de responsabilidad por tipo de Gobierno local. En el caso de las zonas rurales, si estas no se encuentran dentro del ámbito de operación de una EPS, son las municipalidades distritales las responsables de la prestación eficiente y sostenible. En el caso de las zonas urbanas, las que se hacen responsables son las municipalidades provinciales, las cuales deben entregar la explotación, parcial o total, a una EPS.

En este punto se debe resaltar que el objetivo es la integración de los ámbitos de influencia de los prestadores, esto ante el reconocimiento de la alta atomización de la prestación del servicio. En buena cuenta, se trata de que un prestador (sea una EPS o no) dé los servicios atendiendo a un número de usuarios de manera eficiente con costos medios o totales por unidad producida (en la norma, se denomina «escala eficiente» y el encargado de determinar esta escala es la SUNASS); por tanto, se busca la integración, y esta se puede lograr; por ejemplo, a través de la fusión de empresas.

Como se puede apreciar, en esta decisión la tarifa también jugará un rol preponderante, pues, en función de lo que puede cobrar un prestador, se puede determinar cuántos y qué tipo de usuarios puede tener.

En la norma se detallan otros aspectos importantes que por pertinencia y espacio no se incluyen en este artículo. Aquí se han abordado los aspectos que se consideran generales y esenciales para entender la reforma y, específicamente, vinculada a la materia de análisis: el sinceramiento de las tarifas en el sector saneamiento como un factor clave de la reforma. En ese sentido, habiendo detallado los aspectos generales, ahora se pasará a analizar los cambios que se han dado específicamente sobre la regulación económica o el establecimiento de tarifas.

5.3. Reformas en torno a la regulación económica o establecimiento de tarifas en los servicios de saneamiento.

Para concluir; habiendo analizado lo que sucedió en otros servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad y gas natural), al igual que la importancia del sinceramiento de las tarifas como factor clave para lograr una real reforma, y luego de analizar las reformas generales de la nueva normativa vigente del sector saneamiento, se pasarán a estudiar las principales reformas que giran en torno al establecimiento de las tarifas para saber si se ha tomado en cuenta la necesidad de sincerarlas en el sector saneamiento.

Un primer aspecto a resaltar es que se hace mención a que la SUNASS tiene competencia exclusiva y excluyente en materia de regulación económica o «establecimiento, revisión, reajuste del nivel, determinación de la estructura tarifaria y cargos de acceso, así como el proceso de desregulación» (art. 68). Para ello, la SUNASS puede emitir las normas y procedimientos para cumplir con ese rol.

Además, en la norma (art. 69), se establece que la SUNASS, a través de la regulación económica, debe «garantizar la disponibilidad y gestión eficiente y sostenible de los servicios de saneamiento». En ese sentido, debe estar orientado «por los principios de eficiencia

económica, viabilidad financiera, de equidad social, de simplicidad, de transparencia, de no discriminación y de costos-beneficio». De estos, cabe resaltar el contenido de los dos primeros, los cuales se detallan en el reglamento de la ley (art. 168): (i) la eficiencia económica incluye la eficiencia asignativa (las tarifas son iguales al costo marginal) y productiva («minimización del costo total, sin que ello afecte la óptima operación y mantenimiento de los sistemas de agua y alcantarillado»). Por su parte, la viabilidad financiera involucra que «los servicios deben permitir la recuperación de los costos económicos y financieros requeridos para su funcionamiento eficiente, en función a los niveles de calidad y servicio que fije SUNASS, así como debe permitir cubrir el costo de reposición de la infraestructura al final de su vida útil». Palabras más, palabras menos, esto implica que los prestadores del servicio de saneamiento deben buscar a través de las tarifas que cobran brindar un servicio a todos sus usuarios y con una calidad determinada.

Como ya se ha señalado en puntos anteriores, a pesar de existir en las normas derogadas reglas sobre el establecimiento de tarifas, estas disposiciones no se respetaron y causaron muchos de los problemas que se vienen dando en el sector. En las normas vigentes, se puede resaltar el hecho que se ha empoderado al organismo regulador (SUNASS) para que haga cumplir estas disposiciones. Se espera que así sea.

En esa línea, resulta muy pertinente lo establecido en el artículo 71.2 de la ley sobre las transferencias y donaciones: «El financiamiento para la provisión de los servicios de saneamiento son tarifas, y excepcionalmente las transferencias y donaciones, en el marco de la normatividad vigente», en las que las transferencias y donaciones tienen que estar debidamente planificadas.

Se considera que la inclusión de este supuesto resulta importante porque tanto los Gobiernos locales como garantes de la prestación del servicio, como los prestadores del servicio, deben ser conscientes de que el servicio se debe sustentar en lo que pagan los usuarios, y para ello se requiere que las tarifas cumplan, en lo posible, con los principios que se han mencionado. Esto, en buena medida, involucra que las tarifas se sinceren y nivelen, pues en todos estos años eso no ha sucedido, perjudicando el desempeño de todos los prestadores del servicio.

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que lo que se acaba de señalar no obvia la existencia de usuarios que no se encuentran en condiciones de asumir un sinceramiento de tarifas. En la regulación, se ha considerado la condición en la que se pueden encontrar muchos ciudadanos que viven en zonas rurales y lugares con extrema pobreza o pobreza (más aún en un país como el nuestro, que tiene altos niveles de inequidad).

Este tema está vinculado con lo que en doctrina y experiencias comparadas se conoce como «regulación del servicio» o «acceso universal», y se hará referencia puntual al principio que se ha contemplado en la ley al respecto, es decir, el principio de equidad social, el cual establece lo siguiente: «La SUNASS aplica una política de subsidios, así como de una regulación económica especial para cada prestador de servicios, a efectos de promover el acceso universal a los servicios de saneamiento». Además de esto, se faculta al organismo regulador «a mejorar el sistema de subsidios cruzados, sin afectar el equilibrio económico financiero del prestador» (art. 77).

Finalmente, en la ley se ha contemplado una disposición que no se encontraba en su predecesora, se señala de forma general que «[l]as tarifas aprobadas por la SUNASS son de aplicación obligatoria para todos los usuarios sin excepción alguna» (artículo 74), su vigencia es de 5 años y se ha agregado lo siguiente: «Son nulos de pleno derecho todo acuerdo, convenio, pacto o disposición que establezca tarifas distintas a las aprobadas por la SUNASS o que difieran su inmediata aplicación, salvo en el caso que las tarifas se encuentren establecidas en un contrato de Asociación Público Privada celebrado como resultado de un proceso competitivo».

Esta disposición refuerza el rol del organismo regulador y lo empodera a fin de que la función de establecimiento de tarifas no deje de cumplirse por motivos distintos de los técnicos, sino, por el contrario, sirva para sincerar las tarifas y permita que este sector logre que el servicio se preste cada vez a más personas hasta llegar al último rincón del territorio nacional, con las mejores condiciones de calidad.

Se trata de una tarea que no solo involucra a los prestadores del servicio, sino a todos los que se encuentran involucrados con el agua potable, vale decir, el Poder Ejecutivo (a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Ministerio de Agricultura y Ministerio del Ambiente), los Gobiernos regionales y locales (provinciales y distritales), los prestadores del servicio (EPS y otras figuras), la SUNASS (que debe proceder a calcular y sincerar las tarifas), los usuarios (que deben ser conscientes de que el servicio de agua potable no puede valer menos que el de telecomunicaciones, electricidad o gas natural) y, por qué no, la academia (colegios y universidades), que cumple un rol de investigación y educador que puede ser determinante en este largo proceso que se debe iniciar lo antes posible para conseguir que todos los peruanos cuenten con un servicio que no solo es esencial, ya que se encuentra reconocido como un derecho humano y, por lo tanto, resulta exigible como derecho subjetivo.

6. Conclusiones

A diferencia de lo que ha ocurrido con otros servicios públicos domiciliarios (telecomunicaciones, electricidad y gas natural), en saneamiento no se ha conseguido el mismo progreso a nivel de cobertura ni de calidad de los servicios.

Si bien se presentan diferencias relevantes entre los servicios analizados, se puede advertir que los procesos de reforma en los servicios de energía y telecomunicaciones han permitido materializar el sinceramiento de las tarifas aplicadas y el fortalecimiento de los organismos reguladores correspondientes. No obstante, en el caso del saneamiento, las reformas aplicadas no han permitido la obtención de dichos resultados, lo que ha impactado negativamente en su progreso.

El servicio público de saneamiento está municipalizado, pero con la Ley de Modernización ya existía un objetivo de empoderamiento del Gobierno central que, finalmente, se ha consolidado en la vigente Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento (Decreto Legislativo 1280) y su reglamento. Además de ello, se debe señalar que se ha fortalecido de manera significativa a la SUNASS.

Independientemente de encontrarse municipalizado el servicio de saneamiento y la gestión, ya sea en manos públicas o privadas, se debe pasar por un proceso de sinceramiento de tarifas para lograr que el servicio sea eficiente y resulte sostenible en el tiempo.

Resulta evidente que la reforma de los noventa en el sector saneamiento no ha funcionado, por lo que resultaba necesario adoptar cambios desde distintas posiciones: política, normativa o regulatoria y en la toma de decisiones de las entidades que cuentan con la competencia. Una de esas decisiones determinantes es pasar por un proceso de sinceramiento de tarifas que permita que el servicio se preste de manera eficiente y sostenible en el tiempo.

En suma, tomando en cuenta que este sinceramiento de tarifas puede causar impacto en la sociedad, resulta necesario emprender un trabajo con todos los actores involucrados (Poder Ejecutivo, Gobiernos regionales, locales, EPS, usuarios, ciudadanía y academia) para tomar consciencia de que, cuando se habla del agua potable, no solo se trata de un servicio público esencial, sino de un servicio que resulta fundamental para la salud y la vida de las personas y, por lo tanto, debe ser valorado por todos.

REFERENCIAS

- Baldwin, R., Cave, M., y Lodge, M. (2012). *Understanding regulation: theory, strategy, and practice* (2.ª ed.). New York: Oxford University Press.
- Berg, S. (2013). *Best Practices in Regulating State-Owned and Municipal Water Utilities*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Cairampoma Arroyo, A., y Villegas Vega, P. (2015). El régimen jurídico para el aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú. *Actas de Derecho de Aguas*, (5), 21-31.
- Cairampoma Arroyo, A., y Villegas Vega, P. (2016). El acceso universal al agua potable. La experiencia peruana. *Derecho PUCP*, (76), 229-250.
- Congreso de la República del Perú. (1993). Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley 26221. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 20 de agosto de 1993
- Congreso Constituyente Democrático. (29 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. Lima, Perú.
- Congreso de la República del Perú. (1994). Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley 26338. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 24 de julio de 1994.
- Congreso de la República del Perú. (2009). Ley de Recursos Hídricos, Ley 29338. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 30 de marzo de 2009.
- Congreso de la República del Perú. (2013). Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Ley 30045. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 18 de junio de 2013.
- Congreso de la República del Perú. (2015). Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley 30327. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 21 de mayo de 2015.
- Comisión de Tarifas Eléctricas. (1998). *Situación Tarifaria en el sector eléctrico peruano*. CTE.
- Dirección de Evaluación del OTASS. (2017). *Informe Final de Resultados de Evaluación de EPS. Período 2013-2015*. Lima: Organismo Técnico de Administración de los Servicios de Saneamiento.
- Kanakoudis, V., y Tsitsifli, S. (2014). Doing the Urban Water Supply Job: From Privatization to Remunicipalisation and the Third Pillar of the Performance Based Service Contracts. *Water Utility Journal*, (8), 31-46.
- Klein, M. (1996). *Economic Regulation of Water Companies*. Policy Research Working Paper: Washington, D. C.: World Bank.

- Martín Mateo, R. (1991). Administración de los Recursos Hídricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras. *Revista de Administración Pública*, (124), 7-34.
- Mejía, A., Requena, B., Rivera, D., Pardón, M., y Rais, J. (2012). *Agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe: Metas realistas y soluciones sostenibles*. Ciudad de Panamá: CAF - Banco de Desarrollo de América Latina.
- Molina Giménez, A. (2001). *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ogus, A. (1994). *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Clarendon Law Series. New York: Oxford University Press.
- Organización Mundial de la Salud, UNICEF. (2016). *Progresos en materia de saneamiento y agua potable. Informe de actualización 2015 y evaluación del ODM*. Panorámicas para Latinosa 2016.
- Presidencia de la República. (1969). Ley General de Aguas, Decreto Ley 17752. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 29 de mayo de 1969.
- Presidencia de la República. (1992). Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 254844. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 7 de noviembre de 1992.
- Presidencia de la República. (1993). Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 013-93-TCC. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 6 de mayo de 1993.
- Presidencia de la República. (2015). Decreto legislativo que modifica la ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y Ley 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo 1240. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 26 de setiembre de 2015.
- Presidencia de la República. (2016). Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo 1280. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: 29 de diciembre de 2016.
- Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento. (5 de diciembre de 2017). *Tarifas*. Recuperado de <http://www.sunass.gob.pe/websunass/index.php/eps/tarifas-vigentes>.
- Torero, M., y Pascó-Font, A. (2001). *El Impacto Social de la Privatización y de la Regulación de los Servicios Públicos en el Perú* [Documento de Trabajo, 35]. Lima: GRADE.
- Tornos Mas, J. (2016). Servicios públicos y remunicipalización. *Derecho PUCP*, (76), 51-76.
- Vergara Blanco, A. (2015). El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno. En *Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI: Reflexiones y estudios a partir del WaterLaw* (pp. 189-218). España: Thomson Reuters Arazandi.
- Villar Rojas, F. J. (2016). El monopolio en el servicio público de suministro de agua en España: conflictos y tutela. *Derecho PUCP*, (76), 207-228.

COMENTARIO

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

El artículo de los profesores Alberto Cairampona y Paul Villegas nos encara con elementos y problemas fundamentales de un servicio a la vez fundamental y básico como es el de abastecimiento de agua a poblaciones. En el texto, destacan sus autores la relevancia de este servicio para la vida, la salud y el desarrollo integral de la persona, al tiempo que lo sitúan en el marco de declaraciones internacionales que afirman el derecho humano al agua.

Mantienen los autores una posición crítica respecto de los efectos que han tenido en el Perú las reformas de los años noventa sobre el servicio de abastecimiento y saneamiento de agua. Son dos aspectos —el abastecimiento y la depuración o saneamiento— que están cada vez más conectados, como muestra la propia experiencia que se relata del Perú y la configuración de lo que se conoce en Europa como «el ciclo integral del agua», que incluye desde su captación para el abastecimiento hasta la depuración y saneamiento.

El elemento de análisis y contraste que utilizan los autores para su valoración crítica es el contraste del servicio de agua respecto de otros servicios domiciliarios que experimentaron una mejora significativa con las reformas de los noventa: telecomunicaciones, electricidad y gas.

Si se me permite la observación, creo que, con relación a estos servicios, hay que destacar, como certeramente se hace en el artículo, la distribución domiciliaria, pero también la presencia de otras fases que pueden tener un régimen diverso y estar bajo la competencia de otras Administraciones. Así, por ejemplo, con relación a la electricidad, se distinguen claramente la fase de generación, la de transporte y la de distribución; solo esta última tiene una clara proyección domiciliaria.

Respecto del servicio de abastecimiento de agua, cada vez más se tiende a distinguir entre el abastecimiento en alta o red primaria —que comprende la captación o abducción, el almacenamiento y la depuración—, que se desarrolla en la órbita regional, y el abastecimiento en baja, o red secundaria, que es propiamente la distribución domiciliaria, ordinariamente competencia municipal. Quienes contemplamos admirados la naturaleza del Perú, con las ingentes reservas de agua de su cuenca amazónica y las escaseces agudas que se registran en zonas andinas y costeras, tenemos la impresión de que resulta clave el abastecimiento en alta. También es clave, por supuesto, el abastecimiento de municipios aislados, aunque su problema no es tanto de distribución domiciliaria, sino de abastecimiento en alta.

Otro aspecto que resulta destacado en la acertada comparación de servicios que se realiza en el artículo es el tecnológico. Los requerimientos tecnológicos del servicio del ciclo integral del agua son cada vez más exigentes, lo que tiene sus implicaciones en el modo de gestión. La tendencia que parece generalizarse es la gestión pública —municipal fundamentalmente— en los pequeños municipios, mientras que en los grandes municipios las exigencias

tecnológicas apuntan a fórmulas de gestión concesional por empresas especializadas. Es perfectamente posible la gestión pública, presente en las grandes ciudades peruanas con excepción de Tumbes, pero ha de repararse en que esas entidades públicas de gestión acaban contratando con empresas privadas buena parte de su actividad o instalaciones (en una proporción que tiende a situarse en torno al 70 %), con lo que el carácter público de la gestión queda seriamente cuestionado.

Finalmente, la ortodoxia del régimen de tarifas ha de ser en relación a los costes reales en que se incurre por la prestación del servicio. Es muy acertada la modulación favorable a colectivos vulnerables que se propone en el artículo. Lo que no es admisible, como también se desprende del trabajo, es que se vean afectadas como instrumentos de política económica general —para moderar la inflación, por ejemplo— por consideraciones del todo ajenas al servicio.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Queremos agradecer al profesor Esteve Pardo por sus comentarios concisos y muy pertinentes, los cuales nos permiten agregar algunas reflexiones finales sobre la importancia del documento que hemos presentado, más aún en el contexto en que se viene desarrollando el servicio público de saneamiento en el Perú.

Una primera apreciación del profesor Esteve Pardo es sobre la importancia del agua y su directa relación con la vida y la salud de las personas. Como lo indicamos en el trabajo, en el caso peruano, este hecho ha sido reconocido a nivel constitucional, así como la dación de un nuevo marco regulatorio (legal). Además de ello, se debe resaltar la existencia de una Política Nacional de Saneamiento (2016) y un Plan Nacional de Saneamiento para el periodo 2017-2021 (2017).

De otro lado, debemos hacer mención a un dato resaltante para el servicio público de saneamiento, es decir, el cambio del presidente de la República, por hechos que resultan conocidos, en marzo de este año (2018). El Poder Legislativo aceptó la renuncia presentada por Pedro Pablo Kuczynski, razón por la cual asume la presidencia Martín Vizcarra. Este hecho resulta clave porque uno de los temas más importantes en la agenda del presidente saliente era promover el desarrollo del agua potable mediante el impulso de la promoción de la inversión privada. Este tema ha quedado pendiente de análisis con el actual gobierno y pronto sabremos si el presidente Vizcarra continuará bajo el marco regulatorio dejado por su predecesor o si contaremos con uno distinto.

Tal como lo planteamos en el documento de trabajo, a diferencia de otros servicios públicos (telecomunicaciones y energía), en el caso del saneamiento existe un mayor nivel de participación política, y esto puede resultar determinante en muchos casos. Esperemos que los cambios en la política peruana tengan consecuencias positivas para el desarrollo de este servicio público, que es tan importante para la vida de los ciudadanos como para el medio ambiente.

Sobre este último punto, el profesor Esteve Pardo hace una referencia muy valiosa sobre la importancia de la configuración del ciclo integral del agua en Europa, tema que aún no llega a nuestro país y resulta necesario que lo estudiemos. En efecto, resulta clave que, a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal comencemos a pensar en el agua como parte de un todo, de un ciclo integral que, como bien señala el profesor Esteve, incluye desde su captación para el abastecimiento, hasta la depuración y saneamiento. Debemos ser conscientes de que el agua la tomamos de la naturaleza, del ambiente, la procesamos para darle un uso y luego debemos devolverla al destino de origen: la naturaleza o el ambiente. En ese sentido, debe existir una columna vertebral al momento de regular el servicio público de saneamiento y el régimen del agua como un recurso hídrico. El Estado debe actuar y tratar el agua de manera holística; las instituciones públicas y privadas, las personas naturales y jurídicas, los ciudadanos, todos debemos tomar en cuenta la existencia de este ciclo integral. En el caso peruano, existe mucho por hacer respecto de este tema, y uno de los puntos claves para que esto suceda es justamente el que se trata aquí: el sinceramiento de las tarifas.

Como lo venimos sosteniendo no solo en este trabajo, los usuarios de los servicios de agua potable y alcantarillado debemos valorar el agua como un bien preciado para la vida y la salud y, por lo tanto, debemos estar dispuestos a pagar una determinada tarifa por el uso de este bien y desterrar del inconsciente popular la idea de que el agua potable debe ser gratuita, porque ha causado muchos perjuicios para la gestión eficiente de las empresas prestadoras. Esto ha generado que las personas que menos tienen, las que se encuentran en extrema pobreza o pobreza, deban pagar más por no contar con el servicio público de agua potable y alcantarillado, y, de manera paradójica, que las personas que tienen la posibilidad de pagar por el servicio asuman una tarifa muy baja. Evidentemente, como bien lo advierte el profesor Esteve Pardo, no debe dejar de tomarse en cuenta el régimen especial para el caso de las personas vulnerables, según el cual se debe pensar en la existencia de un régimen que permita pagar una tarifa asequible con la finalidad de materializar el servicio universal del agua potable y alcantarillado.

Finalmente, el profesor Esteve Pardo hace mención a otro tema medular para el buen funcionamiento del servicio público de saneamiento: las modalidades de gestión. En el caso peruano, el legislador optó por municipalizar el servicio público; esto es, que la responsabilidad recayera en los Gobiernos locales, al darles la opción de elegir por contar con una empresa pública municipal o concesionar el servicio a una empresa privada. Como lo mencionamos, a pesar de la existencia de estas posibilidades, en el Perú, de las 50 empresas prestadoras para el ámbito urbano, 1 es privada (Atusa en Tumbes), 1 es pública estatal (SEDAPAL en Lima) y 48 son empresas públicas municipales. En el nuevo y vigente marco regulatorio (Decreto legislativo N° 1280 y su reglamento), se plantea integrar empresas prestadoras, atendiendo a una lógica de escala eficiente. Bajo esta lógica, se busca que los ámbitos de prestación de los servicios no atiendan solo a zonas urbanas, sino, en cuanto resulte factible, también a las rurales. Se han redefinido las funciones de las entidades públicas competentes (MVCS, como ente rector; OTASS, como organismo de apoyo técnico; SUNASS, como organismo regulador; y los Gobiernos regionales y locales) y, finalmente, se ha recogido en la norma marco un régimen de buen gobierno para las empresas prestadoras.

De lo descrito en el último párrafo, consideramos que el marco institucional y regulatorio existe, y si a esto sumamos la existencia de recursos económicos y voluntad política, la situación del sector saneamiento en el Perú debería mejorar y desarrollarse de manera óptima. Evidentemente, el funcionamiento del sistema resulta muy complejo y se requiere tiempo y paciencia. Esperemos que todos los actores (políticos, entidades, funcionarios, empresas prestadoras, públicas y privadas, usuarios, personas naturales y jurídicas) pongan de su parte.