

# VIII JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS

## EL DERECHO DE AGUAS FRENTE AL COVID-19

ALBERTO CAIRAMPOMA  
PAUL VILLEGAS  
EDITORES

**CICAJ  
PUCP**

Grupo de Investigación  
en Derecho Administrativo



**PUCP**



**EL DERECHO  
DE AGUAS  
FRETE AL  
COVID-19  
OCTAVAS JORNADAS  
DE DERECHO DE AGUAS**



**EL DERECHO  
DE AGUAS  
FRETE AL  
COVID-19  
OCTAVAS JORNADAS  
DE DERECHO DE AGUAS**

**EDITORES  
ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO  
PAUL VILLEGAS VEGA**

**CICAJ  
PUCP**

—  
Grupo de Investigación  
en Derecho Administrativo



**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

**Jefe del DAD**

David Lovatón Palacios

**Director del CICAJ-DAD**

Betzabé Marciani Burgos

**Consejo Directivo del CICAJ**

Renzo Cavani Brain

Erika García-Cobián Castro

Gilberto Mendoza del Maestro

**Equipo de Trabajo**

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Alexia Gaitán Meléndez

Camila Canova Casusol

Guillermo Robilliard Silva

Genesis Mendoza Lazo

*El Derecho de aguas frente al COVID-19*

*Octavas Jornadas de Derecho de Aguas*

Editores: Alberto Cairampoma Arroyo y Paul Villegas Vega

Imagen de cubierta: PIRO4D/Pixabay (COVID-19) y Sourav Mishra/Pexels (agua)

Primera edición digital: diciembre de 2021

© Pontificia Universidad Católica del Perú  
Departamento Académico de Derecho  
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Grupo de Investigación en Derecho Administrativo

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901  
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: A. Aguilar y Raiza Tapia

*Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-14113

ISBN: 978-612-48287-8-2

Los textos de esta publicación han pasado satisfactoriamente por un proceso de arbitraje doble ciego por pares externos internacionales a cargo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú





# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>11</b>
---------------------	-----------

## **PRIMERA SECCIÓN: LA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS EN EL CONTEXTO DEL COVID-19**

La Gestión Española de los Recursos Hídricos en el Contexto del COVID-19 <i>Francisco Delgado Piqueras</i>	17
---	----

La Gestión de Recursos Hídricos y la COVID-19: El Caso de Brasil <i>Pilar Carolina Villar, José Irialdo Alves Oliveira Silva y Maria Luiza Machado Granziera</i>	43
---	----

La Gestión de Recursos Hídricos en Perú en el Contexto del COVID-19 <i>Paul Villegas Vega</i>	73
--	----

## **SEGUNDA SECCIÓN: LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN EL CONTEXTO DEL COVID-19**

La Incidencia de la COVID-19 en el Suministro y Saneamiento del Agua en España <i>Joaquín Tornos Mas</i>	101
---	-----

Los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento en el Contexto de la COVID-19 en Perú <i>Alberto Cairampoma Arroyo</i>	129
--	-----

El Sistema de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento en Chile, frente a la Pandemia del COVID-19 <i>Christian Rojas Calderón</i>	149
---	-----

Los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento en Colombia en el Contexto del COVID-19 <i>Silvia Yepes Serrano</i>	169
---	-----



## PRESENTACIÓN

La presencia habitual en la discusión nacional como internacional sobre la gestión de los recursos hídricos y la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento son una constante en estos tiempos. La COVID-19 ha supuesto que, entre otros retos, los vinculados al agua asuman una mayor relevancia debido a los efectos positivos que genera una adecuada gestión de los recursos hídricos y prestación de calidad de los servicios en referencia.

En este escenario, se presenta el libro de las VIII Jornadas de Derecho de Aguas promovido y organizado por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA) de la misma institución.

En las VIII Jornadas de Derecho de Aguas participaron expositores del ámbito académico, nacional e internacional. Cabe destacar la valiosísima participación de la academia a través de los profesores: Joaquín Tornos Más de la Universidad de Barcelona, España; Francisco Delgado Piqueras de la Universidad Castilla-La Mancha, España; Pilar Carolina Villar de la Universidad Federal de Sao Paulo, Brasil; Daniela Rivera Bravo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile; Christian Rojas Calderón de la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile; y, Silvia Yepes Serrano del Instituto Latinoamericano del Agua, Colombia.

La temática de la edición octava de las Jornadas de Derecho de Aguas, “El derecho de aguas frente al COVID-19”, fue concebida en el marco de las conversaciones y discusión de su Comité Científico compuesto, en esta oportunidad, por la profesora Teresa Navarro de la Universidad de Murcia, la profesora Daniela Rivera de la Pontificia Universidad Católica de Chile, así como por el profesor Alberto Cairampoma y el profesor Paul Villegas, ambos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Las VIII Jornadas fueron estructuradas tomando en consideración dos secciones principales que han sido replicadas para el presente libro: la primera se concentra en la Gestión de Recursos Hídricos en el Contexto del COVID-19 y la segunda en los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento en el Contexto del COVID-19. La primera sección del presente libro cuenta con tres artículos arbitrados de los profesores Francisco Delgado, Paul Villegas y el trabajo conjunto de los profesores Pilar Villar, José Oliveira y María Machado.

El artículo del profesor Delgado Piqueras se titula “La gestión española de los recursos hídricos en el contexto del COVID-19”. Inicia su estudio con una indispensable referencia a las medidas propias del estado de alarma y expone la situación actual de España en materia de aguas, a propósito de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una vez superado ello, el autor se encarga de detallar las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma vinculadas a los

procedimientos sobre la gestión de los recursos hídricos. El profesor Delgado incorpora en su estudio las disposiciones adoptadas por el Estado español referidas a la continuidad de las labores de los funcionarios de la autoridad del agua, precisando los retos que ha supuesto la administración electrónica y el teletrabajo. Asimismo, refiere la importancia del rol de las organizaciones de usuarios de aguas y expone el correctivo judicial a la privatización de la potestad sancionadora en materia de aguas. Termina su estudio señalando las buenas prácticas y desafíos en la gestión de recursos hídricos en España.

El segundo artículo de la sección, de autoría de los profesores Villar, Oliveira y Machado, se titula “La gestión de recursos hídricos y la COVID-19: el caso de Brasil”. El objetivo del artículo ha sido analizar cómo la COVID-19 ha impactado la gestión hídrica de Brasil a partir de una metodología de análisis documental. Los profesores señalan que, en el caso brasileño, el incremento del uso de la tecnología permitió que la administración logre brindar los principales servicios de gestión hídrica; no obstante, la pandemia puso en relieve los desafíos que la gestión hídrica brasileña mantiene, entre los cuales destaca el saneamiento.

El tercer artículo de la sección, de autoría del profesor Villegas lleva por título “La gestión de recursos hídricos en Perú en el contexto del COVID-19”. En el referido documento se analiza el impacto del COVID-19 en la actuación de la Administración Pública en la gestión de los recursos hídricos en Perú a partir de siete ejes. El profesor Villegas inicia analizando la vinculación de la gobernanza del agua con los Objetivos de Desarrollo Sostenible 3 y 6, luego se refiere al otorgamiento de derechos de uso de agua y otros procedimientos vinculados. Realizado ello, se aboca revisar la continuidad de las labores de los servidores públicos de la Autoridad Nacional del Agua y al rol de las organizaciones de usuarios de agua. Luego, se estudia la fiscalización y sanción en materia de aguas, así como la relación de la gestión de recursos hídricos con las actividades estratégicas y servicios esenciales en el marco de la pandemia. Finalmente, señala las buenas prácticas y desafíos en la gestión de recursos hídricos en el país.

La segunda sección del presente libro cuenta con cuatro artículos arbitrados de los profesores Joaquín Tornos, Christian Rojas, Silvia Yepes y Alberto Cairampoma. El trabajo del profesor Tornos está intitulado “La incidencia de la COVID-19 en el suministro y saneamiento del agua en España”. El autor parte de la premisa del acceso al agua potable y su saneamiento como un derecho humano, lo que involucra un servicio público de prestación obligatoria. A partir de ello se analiza el impacto que ha tenido la COVID-19 desde distintos puntos de vista: el agua y saneamiento como servicio público, en tanto se trata de un servicio esencial; la incidencia de la pandemia en el régimen económico de los contratos de concesión y los mecanismos extraordinarios que se han aplicado para enfrentar la crisis, con lo que termina por dar cuenta de las medidas que se han adoptado para proteger a los usuarios y garantizar la prestación de los servicios a los usuarios más vulnerables. Finalmente, el autor hace referencia a las oportunidades que se presentan para que se pueda invertir en infraestructuras hidráulicas.

En el caso del trabajo del profesor Rojas titulado “El sistema de abastecimiento de agua potable y saneamiento en Chile, frente a la pandemia del COVID-19” se da cuenta de manera crítica a las características del servicio de agua potable en Chile, tomando en cuenta un contexto de normalidad y un contexto de excepcionalidad producida por la COVID-19.

La profesora Yepes, en su trabajo “Los servicios públicos de agua potable y saneamiento en Colombia en el contexto del COVID-19”, presenta y analiza las medidas que se han aplicado en Colombia para afrontar la crisis producida por la COVID-19 en los servicios públicos de agua potable y saneamiento. En este artículo no solo se analiza el marco legal sino la posición jurisprudencial adoptada por el Estado en el contexto de crisis a fin de garantizar la prestación el acceso universal al agua potable y saneamiento.

Finalmente, contamos con el artículo del profesor Cairampoma, cuyo trabajo se intitula “Los servicios públicos de agua potable y saneamiento en el contexto de la COVID-19 en Perú” y analiza el marco regulatorio peruano, así como las medidas que se han adoptado para enfrentar la crisis sanitaria y su impacto en los servicios públicos de agua potable y saneamiento.

Como puede advertirse los trabajos de esta segunda parte giran en torno al impacto que ha generado la COVID-19 en el sistema sanitario y vínculo con los servicios públicos de agua potable y saneamiento. A propósito de ello, en los trabajos se resalta la importancia que tiene estos servicios públicos para la salud, la vida y la dignidad de las personas, por lo que todo esfuerzo de parte del Estado para garantizar el acceso al servicio universal de agua potable y saneamiento resulta importante. Además de ello, se deja constancia no solo de los obstáculos que se han tenido que superar, sino de las oportunidades que se pueden generar; en ese sentido, consideramos que el aporte de los distintos autores resulta de suma utilidad y consideramos que el objetivo que tienen las Jornadas de Derecho de Aguas se ha cumplido con creces.

Por último, queremos agradecer el valioso apoyo de todas las personas que nos han brindado su apoyo tanto en la organización de las VIII Jornadas de Derecho de Aguas, como en el proceso para la publicación de este libro. En ese sentido, queremos agradecer de modo especial a la Directora del CICAJ, profesora Betzabé Marciani, al Jefe del Departamento de Derecho, profesor David Lovatón, a la profesora Teresa Navarro, a los profesores del GIDA, Diego Zegarra y Gabriela Ramírez; y, a Rita Zafra, coordinadora de investigación del CICAJ.

Alberto Cairampoma Arroyo  
Profesor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho de la PUCP  
Miembro del GIDA

Paul Villegas Vega  
Profesor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho de la PUCP  
Miembro del GIDA



## **PRIMERA SECCIÓN**

# **LA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS EN EL CONTEXTO DEL COVID-19**





# LA GESTIÓN ESPAÑOLA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN EL CONTEXTO DEL COVID-19<sup>1</sup>

*Francisco Delgado Piqueras<sup>2</sup>*

## **1. Sobre la Naturaleza Jurídica de las Medidas Propias del Estado de Alarma**

El COVID-19 es, sin duda, un acontecimiento que marcará nuestras vidas. Estamos ante un drama de dimensión mundial que responde a una enfermedad infecciosa desconocida hasta ahora, con alta capacidad de contagio y consecuencias letales en muchos casos. Es claro que cada país tiene unas condiciones de partida diferentes y la enfermedad se ha expresado de manera desigual. También hay divergencias en cuanto al modo de hacerle frente. No obstante, creo que el conocimiento de las maneras de abordarlo en cada país nos puede permitir extraer enseñanzas, como siempre que hacemos al comparar la respuesta de los diferentes ordenamientos a problemas comunes. En ese sentido, me propongo exponer en sus líneas maestras cuál ha sido la respuesta en España para afrontar la crisis del COVID-19, según se expresa a través de medidas innovadoras del Ordenamiento jurídico. En ese contexto general se ha de enmarcar la gestión de los recursos hídricos desde que se decretara el estado de alarma, por RD 463/2020, de 14 de marzo, hasta aquí.

Digo esto porque el sector que nos ocupa (la gestión de los recursos hídricos) no ha sido objeto de una consideración especial. Únicamente la garantía de los servicios de agua potable y saneamiento ha merecido una regulación específica dentro del estado de alarma.

Me refiero a la Orden SND/274/2020, de 20 marzo, de Medidas en relación con los Servicios de Abastecimiento de Agua de Consumo Humano y de Saneamiento de Aguas Residuales, y también a las disposiciones para garantizar el suministro de agua y energía a los hogares, impidiendo el corte del servicio a las familias vulnerables.

Pero esa cuestión se abordará en la siguiente mesa temática y, por consiguiente, no debo yo entrometerme en lo que será la exposición del profesor Joaquín Tornos, que lo hará con mucha mayor solvencia.

---

1 Basado en la ponencia presentada en las VIII Jornadas de Derecho de Aguas "El Derecho de Aguas frente al COVID-19", organizadas por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 11-12-2020. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2017-86637-C3-3-P y de título Energías Renovables y Agricultura de Regadío: Agua y Electricidad Verde, financiado por el Ministerio español de Ciencia, Investigación y Universidades.

2 Doctor y Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

Por tanto, mi trabajo intentará presentar una síntesis de las medidas generales frente al COVID-19 e identificar las que podrían tener más relación con la gestión de las aguas. Y también dar mi visión de cuál ha sido su impacto, para así responder al cuestionario que tan acertadamente nos ha facilitado el profesor Alberto Cairampoma para orientar nuestras aportaciones.

En una primera aproximación, es de destacar que la lucha contra la pandemia ha dado lugar a un aluvión de disposiciones legales y reglamentarias a todos los niveles local, regional, nacional, europeo...<sup>3</sup> Por razones de tiempo, yo me voy a centrar exclusivamente en las dictadas por el Gobierno de España, que son de diferente rango (Real Decreto Ley, Real Decreto, Órdenes Ministeriales) pero que responden todas al diseño previsto en el art. 116 de la Constitución Española CE: el estado de alarma<sup>4</sup>. Con ésta, será la segunda vez que se utiliza esta potestad constitucional<sup>5</sup>.

Ha sido una labor frenética en las primeras semanas, pues hubo que poner en pie el marco jurídico que respaldara numerosas medidas destinadas a atajar la enfermedad propiamente dicha, evitando los contagios mediante restricciones de las libertades de circulación, de reunión y otras. Así como paliar las repercusiones económicas de estas medidas sobre el tejido social y empresarial, especialmente

3 El Boletín Oficial del Estado ofrece una recopilación de más de 300 normas de derecho español y europeo, actualizadas y consolidadas, que comprenden todas sus redacciones, desde el texto original hasta la versión vigente: véase BOE.es - COVID-19: Derecho Europeo y Estatal. Más de 3.000 páginas del BOE que Muñoz califica de epidemia normativa insoportable, pues supera la capacidad de comprensión de los ciudadanos (2020, pág. 111).

4 Art. 116 CE: "1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. 2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. 3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. 5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente. 6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes." (Constitución Española [CE], 1978, art. 116)

5 El único precedente en la reciente historia democrática española ha sido el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, "por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo". Diez años después, el pasado 15 de octubre de 2020, la justicia condenó a penas de multa entre 15.000 y 31.000 euros a los controladores aéreos que participaron en aquella huelga salvaje que causó el caos en el tráfico aeroportuario.

graves en España debido a la caída del turismo internacional, que es uno de los motores de nuestra economía. El turismo es el sector que más riqueza aporta a la economía española en términos de PIB y de empleo<sup>6</sup>.

Estas medidas han merecido la crítica acerba de la oposición política, presta a aprovechar la debilidad del Gobierno de coalición, exponiéndolo a obtener el respaldo a sus medidas entre los grupos minoritarios nacionalistas. Tampoco ha contribuido a la eficacia del combate contra la pandemia las disonancias entre las Comunidades Autónomas, por la confusión y desconfianza que generan entre la ciudadanía.

Como cabía esperar, el tema ha generado ríos de tinta en publicaciones y seminarios *on line*, así como en los medios de comunicación<sup>7</sup>. Algunas de las críticas doctrinales se han visto contagiadas del debate político, que no me corresponde analizar. Dejando esto aparte, también observo que otras están caracterizadas por una incomprensión de partida sobre la naturaleza del problema: la pandemia, y la respuesta que corresponde dar desde el ordenamiento jurídico; que, en primer lugar, es ordenar las restricciones de derechos. Ante la falta de vacunas y de tratamientos curativos las únicas medidas eficaces posibles son las dirigidas a evitar los contagios, tales como la distancia interpersonal, el confinamiento, la cuarentena, las restricciones de aforos, de horarios; en definitiva, imponer limitaciones a ciertas libertades, sin llegar a suspenderlas ni suprimirlas.

Estas disposiciones se incardinan en lo que la doctrina denomina “reglamentos contra legem o de necesidad”. Como explican los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez (2015, pág. 242), esta categoría se justifica únicamente en función de una situación de emergencia excepcional, que coloca en primer plano el viejo principio “*salus populi suprema lex est*”, por encima incluso de la primacía de la ley, que queda transitoriamente excepcionada. Como dicen estos maestros: “hay una reserva de poder último en la Administración que no sólo la permite, sino que la obliga a actuar en la situación de circunstancias excepcionales para salvar los valores sociales supremos” (García & Fernández, 2015, pág. 242).

En esta categoría incluyen no solo el art. 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que regula los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. También los poderes extraordinarios de los alcaldes previstos por la Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases del Régimen Local<sup>8</sup>. Ni que decir tiene que la legislación sanitaria contiene

6 Según la “Cuenta satélite del turismo de España. Año 2019”, que elabora el Instituto Nacional de Estadística, el peso del turismo alcanzó los 154.487 millones de euros en 2019, lo que supuso el 12,4% del PIB. Las ramas características del turismo generaron 2,72 millones de puestos de trabajo, el 12,9% del empleo total (INE, 2019).

7 Por cuestión de espacio, me limitaré a citar algunas publicaciones monográficas: El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (2020); Revista General de Derecho Constitucional nº 3, de octubre de (2020); Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo (dir.), (2020); Blanquer, (2020); Mingorance, (2020).

8 “1. El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones: ...m) Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno.” (Ley 7/1985, 2 de abril de 1985, art. 21)

las previsiones más específicas frente a epidemias y otras emergencias de este tipo (Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y artículo 54. Medidas especiales y cautelares de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública) o epizootias o zoonosis (Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, arts. 20, 26, *passim*).

También la legislación española de aguas contiene previsiones de este género, que permiten adoptar medidas extraordinarias para hacer frente a situaciones excepcionales de sequías, inundaciones y otros graves desórdenes hídricos, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros<sup>9</sup>. El recurso a esta potestad no es nada infrecuente, dada la acusada irregularidad de las precipitaciones en España, si bien en esta ocasión, en el tiempo que dura el COVID-19, todavía no ha sido preciso actuarlas.

En relación con la declaración inicial del estado de alarma, sus prórrogas y las medidas adoptadas en este caso concreto del COVID-19, opiniones muy fundamentadas son las publicadas por el profesor Tomás de la Quadra-Salcedo en el diario El País<sup>10</sup>. En este caso, al citado principio *salus populi* hay que sumar el viejo principio romano de no hacer daño al otro: *alterum non laedere*. Y es que, como explica el profesor, el estado de alarma se fundamenta en la constatación de que todos podemos transmitir la enfermedad, incluso inconscientemente. Y, ante la imposibilidad de identificar a cada uno de los portadores, se tiene que imponer la recomendación científica de limitar para todos la libre circulación y desplazamiento.

Digamos, para concluir esta introducción, que aparte de las discusiones dogmáticas, han sido innumerables las aportaciones tendentes a la mejora de aspectos de orden práctico y gerencial, a la luz de las carencias puestas de manifiesto por la pandemia (por ejemplo, Cantero, 2020; Gallego, 2020). Y también han empezado a aparecer las primeras resoluciones judiciales, relacionadas muchas de ellas con la ratificación judicial de las medidas sanitarias urgentes<sup>11</sup> y

9 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas: artículo 58. Situaciones excepcionales.

“En circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión. La aprobación de dichas medidas llevará implícita la declaración de utilidad pública de las obras, sondeos y estudios necesarios para desarrollarlos, a efectos de la ocupación temporal y expropiación forzosa de bienes y derechos, así como la de urgente necesidad de la ocupación.” (Real Decreto Legislativo 1/2001 [Ministerio de Medio Ambiente], 20 de julio de 2001, art. 58)

10 (De la Quadra-Salcedo, Estado de alarma y lealtad, 2020; De la Quadra-Salcedo, Límite y restricción, no suspensión, 2020; De la Quadra-Salcedo, La aversión europea al estado de excepción, 2020; De la Quadra-Salcedo, Rompiendo el espejo, 2020; De la Quadra-Salcedo, Abracadabra, 2020). Desde una perspectiva histórica, en cambio, el profesor Muñoz considera innecesaria la declaración del estado de alarma para la adopción de medidas ya previstas en la legislación sanitaria, debiendo limitarse el Gobierno del Estado a la coordinación del ejercicio de la competencia que en esta materia corresponde a las Comunidades Autónomas (2020, pág. 94 y ss).

11 Como botón de muestra, Auto 84/2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de

otras con impugnaciones que, a buen seguro, con el tiempo se irán incrementando conforme se tramiten los procesos<sup>12</sup>.

A continuación, voy a dar resumida cuenta de las principales disposiciones dictadas con motivo del COVID-19, para fijarme un poco más en las medidas que pueden afectar a la gestión de los recursos hídricos y responder a los temas sugeridos para esta publicación.

## 2. Gobernanza del Agua e Impacto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

Se nos pregunta en primer lugar sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible impulsados en 2015 por las Naciones Unidas para dar continuidad a la Agenda 2030 de Desarrollo del Milenio. Si recordamos, uno de estos (el Sexto) es garantizar el acceso al agua potable y al saneamiento de las aguas residuales para toda la población. Esa meta se marca para el año 2030, previendo que la escasez aumente como consecuencia de los efectos del cambio climático<sup>13</sup>. Por lo cual es importante preservar las masas de agua: ríos, acuíferos y humedales.

Este objetivo es clave para alcanzar el objetivo Tercero, que es garantizar la salud de todos. Se ha dicho, y con razón, que en los países en desarrollo la salud pública depende más del abastecimiento de agua potable que del número de camas de hospital. ¡Qué duda cabe! Lo estamos viendo cuando la primera recomendación contra el COVID-19 es el aseo de manos. No me extenderé mucho porque este objetivo atañe más bien a otros capítulos. Solo apuntaré que el abastecimiento de agua potable es un objetivo ya realizado en España hace mucho tiempo, sin perjuicio de circunstancias coyunturales de sequía extrema, como las que afrontó Barcelona en 2008 o Mallorca en 1995.

En cuanto al saneamiento, según las cifras del Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico en España se depura más del 80% del agua residual urbana e industrial (Dirección General del Agua, 2020). El 100% de los núcleos mayores de 15.000 h. Es una competencia de los Ayuntamientos y de las Comunidades Autónomas, que con frecuencia contratan la operación de estas instalaciones con empresas privadas. Esta política tuvo un gran impulso a partir de los años noventa, con la aprobación de la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo,

---

Santa Cruz de Tenerife, que ratifica el confinamiento de un hotel; Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Albacete de 5 julio 2020, que ratifica el confinamiento de un edificio de viviendas; Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 22 de enero 2021, que ratifica la suspensión de clases presenciales en la Universidad, pero no de los exámenes.

12 Como el Auto 84/2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, que ratifica el confinamiento de un hotel; Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Albacete de 5 julio 2020, que ratifica el confinamiento de un edificio de viviendas; Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 22 de enero 2021, que ratifica la suspensión de clases presenciales en la Universidad, pero no de los exámenes. Auto del Tribunal Constitucional núm. 40/2020, de 30 de abril, que inadmite el recurso de amparo del derecho de manifestación presentado por un sindicato contra la declaración del estado de alarma en la emergencia de COVID-19; Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo nº 1569/2020, de 20 de noviembre (rec. 140/2020), que desestima el recurso contra la Orden SND/2020, de 19 mayo que regula el uso obligatorio de la mascarilla anti-COVID-19.

13 Una breve síntesis referida a España en Díaz (2019).

sobre Tratamiento de Aguas Residuales Urbanas y del Real Decreto Ley 11/1985, de 28 de diciembre, que la traspuso; lo que propició una inversión superior a los 10.000 millones de euros. Hoy hay en España unas 3.000 estaciones depuradoras de aguas residuales (EDAR) en funcionamiento, con una capacidad de depuración superior a los 4.000 hm<sup>3</sup>/año.

Esto no significa que no haya problemas<sup>14</sup>. Al igual que otros países, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en cinco sentencias que España no ha implementado correctamente la Directiva 91/271/CEE; es decir, que no ha garantizado el tratamiento adecuado de todas las aguas residuales urbanas vertidas en determinadas zonas sensibles procedentes de ciertas aglomeraciones. En un caso, al haber transcurrido el plazo concedido por el Tribunal sin resolver el problema, impone una sentencia condenatoria con una importante sanción económica<sup>15</sup>.

Por cierto que, al hilo de la pandemia, hemos sabido que “La vigilancia microbiológica en aguas residuales puede utilizarse como indicador epidemiológico para la detección de la circulación del virus en la población”, habiendo “demostrado su sensibilidad, incluso cuando la prevalencia de la COVID-19 presenta niveles bajos en la población” (aguasresiduales.info, 2020). Como consecuencia, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico “ha puesto en marcha este proyecto de Vigilancia microbiológica en aguas residuales y aguas de baño como indicador epidemiológico para un sistema de alerta temprana para la detección de SARS-CoV-2 en España” (aguasresiduales.info, 2020).

Dicho esto, lo cierto es que no tenemos noticias de que la situación de COVID haya causado ninguna dificultad para proveer de agua a ningún uso concreto. Lo que sí padecemos es un problema crónico de insuficiencia de agua para el regadío, sobre todo en la vertiente mediterránea y los archipiélagos.

Desde hace siglos, España ha tratado de aumentar la escasa e irregular capacidad natural de los ríos mediterráneos mediante embalses, trasvases y, desde los años 60, con la explotación de las aguas subterráneas. Pero las posibilidades que ofrecen estas obras hidráulicas no dan mucho más de sí. Mientras que las necesidades no paran de crecer, lo que da lugar a conflictos por el acceso al agua. Un ejemplo de los conflictos a que esto da lugar se refleja en las conclusiones de la Abogada General del TJUE presentadas el pasado día 3 de diciembre de 2020 (Asunto C-559/19 Comisión Europea contra Reino de España) por el deterioro del espacio natural de Doñana a causa de las extracciones ilegales de aguas subterránea para el riego de los frutos rojos (fresas, moras, frambuesas, arándanos) (Comisión Europea contra Reino de España, 2019).

14 Desde un plano jurídico, recomendamos el libro dirigido por Setuáin (2020), en el que diversos especialistas analizan los problemas normativos, de planificación, gestión y financieros en España y los países americanos.

15 Nos referimos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 25 julio 2018 (Caso Comisión Europea contra Reino de España) (ECLI: ECLI:EU:C:2018:606), que declara el incumplimiento de la STJUE de 14 de abril de 2011 e impone una multa coercitiva de 10.950.000 euros por cada semestre de retraso en la aplicación de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia y suma a tanto alzado de 12 millones de euros.

Se trata de una agricultura exportadora floreciente, en la comarca de El Condado (Huelva), que emplea mucha mano de obra nacional e inmigrante. La Abogada General propone al Tribunal que declare el incumplimiento por parte del Reino de España de la Directiva 92/43/CEE relativa a la Conservación de los Hábitats Naturales y de la Fauna y Flora Silvestres, debido a las repercusiones negativas que sufren las marismas de Doñana, la Dehesa del Estero y Montes de Moguer como consecuencia de las extracciones de agua subterránea desde 2006 y el incumplimiento de la Directiva 2000/60/CE, “que establece un Marco Comunitario de Actuación en el ámbito de la Política de Aguas”, al estimar que el Plan Hidrológico del Guadalquivir no prevé medidas para evitar y corregir ese problema (Comisión Europea contra Reino de España, 2019).

La solución que ofrece el Estado español, con el apoyo de la Junta de Andalucía, está en la Ley 10/2018, de 5 de diciembre, “sobre la Transferencia de Recursos de 19,99 hm<sup>3</sup> desde la Demarcación Hidrográfica de los Ríos Tinto, Odiel y Piedras a la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir”. Este proyecto supone la construcción de dos embalses que atiendan los crecimientos en las demandas de regadío y otros usos en las cuencas cedentes. Y, por otro lado, el trasvase contribuye con 3 m<sup>3</sup>/año a asegurar el abastecimiento de los pueblos de El Condado. El resto del agua irá destinado a la sustitución de bombeos de aguas subterráneas del acuífero Almonte-marismas, en las zonas agrícolas de regadío, para mejorar los balances de agua en el entorno de Doñana. De este modo, se procura un desarrollo sostenible de la actividad agraria en la comarca y el equilibrio hídrico del Parque Nacional de Doñana.

Volveré después sobre el problema de la escasez de agua, nuestro principal desafío, para apuntar la que sería, a mi juicio, la manera de afrontarlo incrementando los recursos de agua disponible; amén de exacerbar la eficiencia en su uso y la preservación de su calidad. Pues, como es evidente, la buena gestión de los recursos hídricos es indispensable para los servicios y actividades esenciales para la superación de la crisis sanitaria, económica y social derivada de la COVID-19. Algunas tan básicas como el aseo y la higiene personal o la limpieza de instalaciones de todo tipo y la producción de alimentos.

Afortunadamente, no hubo noticias de que durante la crisis de la COVID-19 se haya planteado alguna dificultad especial en cuanto a la provisión de agua para ninguna zona ni sector de actividad. En general, la crisis ha provocado una menor actividad a todos los niveles, especialmente en el sector turístico con la consiguiente menor demanda de agua en la costa mediterránea y los archipiélagos. Si sirve de consuelo, por contrapartida esto ha tenido algunos efectos positivos, como sería la reducción de las emisiones contaminantes a la atmósfera debido a la caída de la movilidad, del tráfico aéreo, etc.

### **3. Suspensión del Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y Otros Procedimientos Administrativos Relativos a su Gestión**

Desde el primer momento, el Gobierno previó que las medidas de confinamiento y otras directamente encaminadas a combatir la pandemia tendrían un efecto

inmediato sobre el normal funcionamiento de las Administraciones Públicas. De ahí que simultáneamente se adoptaran medidas sobre la instrucción de los procedimientos, la suspensión de los plazos o el impulso de las vías electrónicas de trabajo y de relación con los administrados, que resultan de aplicación a todas las Administraciones a todos los niveles, incluidas las Confederaciones Hidrográficas y demás organismos de gestión de aguas.

Tenemos que referirnos aquí al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Esta disposición fue adoptada en virtud de lo previsto en la Ley Orgánica 4/1981, de 6 de junio, que regula los estados de alarma, excepción y sitio, para todo el territorio español, durante 15 días; si bien después fue prorrogada por sucesivos reales decretos que tuvieron que ser ratificados por el Congreso de los Diputados cada 15 días, hasta el último RD 537/2020, de 22 mayo. Por tanto, el primer estado de alarma se prolongó hasta el 7 de junio de 2020.

El RD 463/2020 declara autoridad competente al Gobierno para el ejercicio de las funciones propias del estado de alarma, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno y, como autoridades competentes delegadas, en las respectivas áreas de responsabilidad, a los Ministros de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad (art. 4.2.). No obstante, cada Administración conserva sus competencias de gestión ordinaria de los servicios públicos. Esto incluye a las Confederaciones Hidrográficas, a las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y otras.

Como decía, las medidas más trascendentes son las relativas a la limitación general de la libertad de circulación de las personas, salvo para la adquisición de alimentos, asistencia a hospitales, al trabajo o retornar al lugar de residencia, y otras excepciones. También se adoptan medidas de contención de la actividad comercial, de equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, como lugares de culto y ceremonias civiles y religiosas (art. 10). Y, por supuesto, medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional (art. 12).

El Real Decreto que declara el estado de alarma no contiene medidas específicamente pensadas para la gestión de los recursos hídricos, pero es claro, a mi juicio, que, de haber sido necesario, esta actividad podría entenderse comprendida en el ámbito de los poderes extraordinarios que se confieren a los Ministros para adoptar las medidas para asegurar el suministro de bienes y servicios, para la protección de la salud pública, para el abastecimiento alimentario, para el suministro de energía eléctrica y, en general, para la protección de infraestructuras críticas y los servicios esenciales (arts. 13 y 18).

Por otro lado, los procedimientos administrativos relativos al otorgamiento de concesiones, autorizaciones y otros relativos al aprovechamiento de los recursos hídricos se vieron afectados por la suspensión general de los procedimientos que se prolongó hasta el 1 de junio de 2020, en total 2 meses y 17 días.

Esta suspensión e interrupción de plazos se aplicó a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es decir, a las Administraciones



territoriales, a los organismos públicos y entidades de derecho público y también a las entidades de derecho privado vinculadas a las Administraciones que ejerzan alguna potestad administrativa (disposición adicional tercera, inciso 3, RD 436/2020). Por tanto, la suspensión afectó de lleno a los procedimientos a cargo de las Confederaciones Hidrográficas y demás administraciones hidráulicas dependientes de las Comunidades Autónomas.

No obstante, el órgano competente podía acordar la continuidad del procedimiento y las medidas de instrucción necesarias para evitar perjuicios graves a los derechos e intereses del interesado en el procedimiento, valga la redundancia, y siempre que éste manifieste su conformidad (disposición adicional tercera, inciso 3, RD 436/2020).

Por supuesto, las entidades públicas podían acordar la continuación de los “procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios” (disposición adicional tercera, inciso 4, RD 436/2020). Por ejemplo, para sancionar el incumplimiento de las restricciones.

Finalmente, el estado de alarma supuso la suspensión de plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera derechos hasta el 4 de junio de 2020, es decir, 2 meses y 20 días<sup>16</sup>. Esta suspensión interrumpió la prescripción de las infracciones y en materia de aguas, por ejemplo.

#### **4. La Continuidad de las Labores de los Funcionarios de la Autoridad del Agua Mediante la Administración Electrónica y el Teletrabajo**

Otra disposición fundamental en este tiempo ha sido el Real Decreto Ley 8/2020, 17 marzo, “de Medidas Urgentes Extraordinarias frente al Impacto Económico y Social del COVID-19”. No me voy a detener a examinarlas todas, si acaso mencionar las más importantes, para llegar a la que nos interesa de modo específico.

En esta ley se contienen medidas para evitar despidos de trabajadores, mediante la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causa de fuerza mayor (los famosos expedientes de regulación temporal de empleos, ERTES) y prestaciones de protección por desempleo, en su caso (Cavas, 2020). También cabe destacar la línea de avales del Instituto de Crédito Oficial para que las empresas y trabajadores autónomos necesitados de liquidez pudieran obtener préstamos bancarios de forma rápida. Igualmente, esta norma dispuso los suplementos de créditos presupuestarios para atender las medidas de apoyo a los familias y consumidores domésticos vulnerables, es decir, sin recursos económicos. Aquí se incluye la garantía de suministro de agua y energía, en cuya virtud las compañías de energía eléctrica, gas natural y agua no podían suspender el servicio a los consumidores vulnerables o en riesgo de exclusión social.

Otras medidas han tratado de proteger a los inquilinos de viviendas en situación de vulnerabilidad, concediéndoles moratorias legales para el pago de los alquileres y para la devolución de los préstamos hipotecarios (ver Moreno P. , 2020).

---

16 Ha sido este uno de los temas más comentados; como ejemplo ver Negro, 2020.

Un capítulo destacable es el atinente a la contratación pública de obras, de servicios y suministros en general y, lógicamente, en sectores de agua, transporte y energía afectados por la COVID-19 o por las medidas acordadas por el Gobierno (Moreno J. A., 2020). Entre otras medidas, se establece la suspensión total o parcial hasta que cesen los impedimentos y puedan reanudarse las prestaciones y se reconoce el derecho de los contratistas a indemnización de daños y perjuicios (gastos salariales, mantenimientos de avales y seguros, alquileres, mantenimientos de equipos e instalaciones, entre otros). La suspensión, por tanto, no es causa de resolución en ningún caso. Es más, se amplía el plazo de cumplimiento, salvo que el contrato hubiera perdido su finalidad o fuera imposible su cumplimiento o que el contratista hubiera incurrido en demora antes del COVID. También se reconoce el derecho al reequilibrio económico de los contratos que hubieran modificado su objeto por causa del COVID, sea mediante la ampliación de su duración o mediante la adaptación de las cláusulas económicas.

Llegamos, ahora sí, al artículo 5 de este Real Decreto Ley, destinado a mantener la actividad laboral, pero por mecanismos alternativos de relación electrónica, frente al cese temporal o la reducción de actividad. Para lo cual, las empresas debieron “adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado” (Real Decreto-ley 8/2020 [con fuerza de ley], 17 de marzo de 2020).

Esta modalidad de funcionamiento se implantó igualmente a todos los niveles de las Administraciones Públicas, ya que muchas oficinas públicas cerraron al público o atendían con cuenta gotas, exigiendo una cita telefónica previa difícil de obtener y que generaba largas listas de espera. Si tenemos en cuenta además las numerosas bajas de funcionarios afectados por COVID o en cuarentena preventiva, es claro que el trabajo ordinario de las Administraciones se vio en estos meses muy resentido.

Pero este recurso no ha sido realmente una novedad desde el punto de vista legal, ya que el procedimiento administrativo, desde la Ley de 30/1992, de 30 de noviembre, del Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, ha venido abriéndose a las formas telemáticas de funcionamiento, con la creación de la firma, el registro y la notificación electrónicos (Punzón, 2005). En la vigente Ley 39/2015, de 1 octubre, “del Procedimiento Administrativo Común”, el procedimiento y el expediente electrónicos, así como el acceso a través de la sede electrónica de las Administraciones Públicas están plenamente implantados, con carácter voluntario para los ciudadanos que lo deseen y obligatorio para las Administraciones, las empresas y los profesionales<sup>17</sup>.

El reto planteado por la pandemia no ha sido, por tanto, de orden legal sino logístico. Y aquí el escenario es muy dispar, pues no todos los servicios públicos estaban igualmente preparados para funcionar mediante administración

---

17 La más reciente y exhaustiva novedad editorial al respecto seguramente sea el libro dirigido por Isaac Martín Delgado (2020). Contiene, de un lado, un análisis teórico y práctico de las normas en España, Francia e Italia, para conocer el estado de la cuestión. Y, de otro, propone reformas legales y soluciones concretas para avanzar en la digitalización de las Administraciones Públicas.

electrónica y teletrabajo, ni disponían de equipos informáticos y de personal formado para ello. Si me disculpan la inmodestia, entre los que mejor y más rápido se han adaptado han estado las universidades. Así, en la Universidad de Castilla-La Mancha mantuvimos la actividad lectiva sin interrupción, con lecciones, prácticas y exámenes en línea gracias a esta alternativa. La adaptación fue rápida porque ya se disponía de los medios y existía experiencia entre el personal docente y gestor, por más que algunos tuviéramos que hacer cursos acelerados o echar mano de la ayuda de los alumnos, sin duda, los mejor preparados.

Por lo que se refiere al trabajo administrativo, no se puede decir que todas las Administraciones estuvieran preparadas. En el caso de las Confederaciones Hidrográficas, mi experiencia (que no tiene por qué ser representativa del conjunto) es que quedaron en estado de hibernación, salvo honrosas excepciones. Esto afectó incluso el trabajo de campo, como el de la guardería fluvial. En línea con su proverbial letargo, algunos servicios así siguen, ya que ni atienden el teléfono ni responden al correo electrónico.

Eso sí, los expedientes sancionadores y los destinados a imponer restricciones para los aprovechamientos del agua volvieron a ser reactivados en cuanto desapareció el estado de alarma, si bien con dificultades para el ejercicio de los derechos, para el acceso a los documentos y a las oficinas, supuestamente para evitar aglomeraciones. La valoración general ha de ser negativa por lo que a este sector administrativo se refiere<sup>18</sup>.

El hecho positivo es que, a raíz de esta experiencia, se ha aprobado el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19<sup>19</sup>. En virtud de esta nueva disposición legal, el teletrabajo se ha convertido en una alternativa posible, aunque no ordinaria ni preferente. Está condicionada a que las necesidades del servicio permitan ejercer las funciones del puesto de trabajo “fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación” (Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, III).

El teletrabajo es voluntario para los empleados públicos y tendrá que ser expresamente autorizado y será compatible con la modalidad presencial; salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos que el resto; y la Administración proporcionará los medios tecnológicos necesarios para su actividad (Real Decreto-ley 29/2020 [con fuerza de ley], 29 de septiembre 2020, art. 1). Esta regulación es fruto de un acuerdo con los sindicatos y susceptible de desarrollo mediante negociación colectiva.

---

18 Según González “las principales demandas por parte de la sociedad civil durante el estado de alarma han sido el reconocimiento del acceso a la información como un derecho fundamental para asegurar su protección incluso en momentos de crisis, la supresión de la suspensión de plazos para las solicitudes de acceso a la información y la transparencia en los procedimientos de contratación pública de emergencia” (2020, pág. 21).

19 Un primer análisis del reciente marco normativo, en Rafael Jiménez Asensio (2020).

Parece, por tanto, que ésta es una medida que ha venido para quedarse. Bien utilizada por todos los concernidos, empezando por los empleados públicos, puede tener muchas ventajas para la conciliación de la vida familiar y laboral, ahorrar gastos y tiempo de transporte y otros de índole personal (Rodríguez, 2020). Todo lo cual debería repercutir en una mayor eficacia para la Administración. Y también para el interés público como es la menor contaminación por desplazamientos de vehículos. Aunque a nadie se le oculta que entraña riesgos evidentes, en la medida en que se preste al escaqueo por parte de algunos aprovechados si no hay controles, de lo cual acabarían siendo víctimas los ciudadanos, los demás funcionarios y los propios servicios públicos.

### 5. El Rol de las Organizaciones de Usuarios de Aguas

Las comunidades de usuarios tienen un gran protagonismo en la autogestión de los aprovechamientos colectivos de aguas superficiales. Son las herederas de las tradicionales Comunidades de Regantes. Como titulares de la concesión administrativa, son las encargadas de la conservación de la infraestructura a su cargo (azudes, partidores, acequias, etc.), de ordenar la distribución del agua, recaudar las aportaciones económicas para su sostenimiento, y contribuir a los gastos de amortización y mantenimiento de las infraestructuras hidráulicas públicas, tales como embalses y acueductos. Además, disponen de Jurados para resolver disputas entre los comuneros e imponer sanciones por incumplimiento de las ordenanzas. Y, mediante convenios con la Administración Hidráulica, pueden ejercer funciones de policía de aguas<sup>20</sup>.

La Ley 29/1985, de 2 agosto, de Aguas, extendió esta forma organizativa también a los usuarios de aguas subterráneas, aunque no compartan una misma toma ni un mismo título jurídico de aprovechamiento. Es más, la mayoría ostentan derechos privados individuales adquiridos antes de dicha Ley, cuando las aguas subterráneas no eran públicas. La idea es que, mediante las comunidades, los usuarios ordenen el buen aprovechamiento de los acuíferos. De ahí que, cuando los acuíferos están en riesgo de sobreexplotación o de contaminación, la constitución de las comunidades de usuarios se impone de manera forzosa por la Administración.

A través de estas comunidades y de otras entidades gremiales, los usuarios participan en la gestión del agua a todos los niveles. Así, están representados en el máximo órgano consultivo en la materia, que es el Consejo Nacional del Agua. Los usuarios también tienen un tercio de los vocales en todos los órganos colegiados, de gobierno, administración y planificación de las Confederaciones Hidrográficas. Otro tercio corresponde a funcionarios confederales y autoridades de la Administración General del Estado y el último tercio a representantes de las Comunidades Autónomas pertenecientes a la cuenca hidrográfica.

Como era inevitable, la pandemia ha alterado el normal funcionamiento interno de estas entidades, teniendo que recurrir a las videoconferencias para celebrar

---

<sup>20</sup> Tradición y modernidad que se refleja en la problemática jurídica estudiada en el libro coordinado por el profesor Embid Irujo (2008), sin duda una referencia inexcusable en la materia.

sus reuniones y participar en los órganos colegiados<sup>21</sup>. También se ha visto afectada la relación con la Administración hidráulica, por las restricciones para acceder a sus sedes, muchas veces cerradas.

En todo caso, ha sido una experiencia de la que se pueden sacar muchas enseñanzas. Por un lado, es evidente que para la celebración de videoconferencias de órganos colegiados es indispensable disponer de un equipamiento informático adecuado y unos conocimientos suficientes. Si no es así, se estaría marginando del ejercicio del derecho de participación a la entidad afectada. Supuesta la posibilidad, es apreciable la utilidad que presenta cuando el orden del día se compone de asuntos de trámite o meramente informativos sobre los que no se plantea discusión. El ahorro de tiempo y recursos lo hace interesante para todos los participantes. En cambio, no parecen tan recomendables las reuniones por videoconferencia para la toma de decisiones sobre asuntos controvertidos. El medio telemático presenta dificultades añadidas para el debate entre personas, sin los ingredientes que aporta la presencia física y la inmediatez. En ese sentido, pensamos que puede ser un remedio transitorio cuando circunstancias, tales como la pandemia, no permiten otra forma. Y, aun así, para que no se desvirtúe la participación, debería extremarse la facilitación de la documentación a tratar con sobrada antelación y también con alguna sesión preparatoria en la que las consultas y el intercambio de posturas puedan extenderse con más tiempo. De modo que la reunión telemática se agilice, anticipando a su celebración lo que debe ser la negociación y acercamiento de posturas para la toma de la decisión. De lo contrario, la prolongación de las videoconferencias, además de resultar tediosas, puede convertir a los usuarios en convidados de piedra bajo la batuta de la presidencia y el control que sobre el medio ejercen las autoridades.

En suma, estimamos que este medio no puede convertirse en la forma ordinaria de funcionamiento de los órganos colegiados confederales en los que participan los usuarios, salvo para asuntos de mero trámite así reconocidos. Para este tipo de asuntos y en las circunstancias excepcionales como las actuales, sí que aportan una herramienta muy práctica. Pero, para que la deseable eficacia no desvirtúe la participación misma, es indispensable que la videoconferencia venga precedida de un intercambio exhaustivo de información y de conversaciones preparatorias cuando de la toma de decisiones relevantes se trate.

## **6. Correctivo Judicial a la Privatización de la Potestad Sancionadora en Materia de Aguas**

Levantada la suspensión de los procedimientos judiciales, hemos tenido noticia de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª) nº 14-9-2020 (recurso de casación 5442/2019; ECLI: ES:TS:2020:2812), que

---

21 Esta forma de funcionamiento estaba ya prevista en el art. 17.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, De Régimen Jurídico del Sector Público. Carlon analiza las previsiones de esta Ley que han posibilitado el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados bajo el COVID-19 y defiende que el uso de medios electrónicos no debe reducir las garantías para sus miembros y para la colegialidad que los caracteriza (2020).

confirma la línea jurisprudencial iniciada en 2019 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, anulando las sanciones impuestas por la Confederación Hidrográfica del Guadiana, cuyos expedientes en realidad habían sido instruidos por una sociedad anónima estatal denominada TRAGSATEC SA. En igual sentido, se ha dictado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª) nº 1265, de 7 octubre de (recurso de casación 5429/2019).

Se trata de unas sentencias de impacto que, más allá de sacar a la luz unas prácticas ilícitas por parte de dicho Organismo de cuenca, inciden sobre varios debates dogmáticos de permanente actualidad, como es la figura de los contratos *in house providing*, el ejercicio de potestades administrativas por entidades de derecho privado o la reserva de atribuciones de los funcionarios públicos<sup>22</sup>. Por ello, me parece interesante dar cuenta de ellas, al menos resumidamente.

En las cinco sentencias dictadas en primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha constató, a través de los contratos suscritos por la Confederación con TRAGSATEC SA, y de sus pliegos de bases y de prescripciones técnicas, que las funciones de la mercantil consistían en la elaboración de dossieres, valoración de la viabilidad del expediente sancionador, análisis y valoración de las alegaciones del interesado, elaboración de notas-resumen y borradores (tanto del pliego de cargos como de la propuesta de resolución, la resolución misma y la resolución del recurso administrativo que pudiera interponerse), así como la posesión material e impulso efectivo del expediente administrativo (WMA2 SOCARARGASA, S.L. contra Confederación Hidrográfica del Guadiana, 2019).

A la vista de los miles de expedientes así tramitados, se demostró que una comprobación efectiva en sede administrativa hubiera supuesto una duplicación de esfuerzos y gastos. En realidad, los funcionarios y autoridades confederales se limitaban a firmar en barbecho los borradores de las resoluciones que preparaba TRAGSATEC SA. De ahí que, para el TSJ de CLM la atribución de tales funciones a la mercantil estatal vulnerase directamente el derecho de defensa reconocido en el art. 24 de la Constitución Española:

Supuso una delegación prohibida de las tareas intelectuales, valorativas y volitivas nucleares implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*, que sólo deben corresponder a los titulares de los órganos administrativos que poseen la competencia ex art. 12.1 de la Ley 30/1992 de 26 noviembre y, por último, supuso la gestión material del expediente por personal laboral dependiente de una sociedad mercantil. En consecuencia, anula la resolución sancionadora. (WMA2 SOCARARGASA, S.L. contra Confederación Hidrográfica del Guadiana, 2019, fj. 5)

La STS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y confirma la STSJ de CLM, a la luz de lo dispuesto en la Constitución Española, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, “de Régimen Jurídico del Sector Público, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “del Procedimiento Administrativo Común”, de la Ley

---

22 Un primer comentario en el blog del magistrado J. R. Chaves (2020)

9/2017, de 8 de noviembre, “de Contratos del Sector Público y del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre, “Texto Refundido del Estatuto del Empleado Público”, para concluir estableciendo la siguiente doctrina legal:

De lo expuesto en el anterior fundamento hemos de concluir que, dando respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo, a la vista de los preceptos examinados ha de ser la de que, como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia. (WMA2 SOCARARGASA, S.L. contra Confederación Hidrográfica del Guadiana, 2020, fj. 3)

Se trata de un caso muy importante porque saca a la luz esta ilegal fuga masiva del Derecho Administrativo, que no trasgrede un mero prurito formal, sino que defrauda materialmente todas las garantías constitucionales y legales del procedimiento y de la potestad sancionadora.

Además de una forma espuria de ahorrar costes de personal, recurriendo a personal laboral contratado, esta forma de funcionar escondía una posible desviación de poder al utilizar la potestad sancionadora como vía de autofinanciación del Organismo de cuenca y de la empresa estatal, mediante la imposición de reiteradas y elevadas multas. Esto explicaría la prioridad absoluta que dan a los expedientes sancionadores sobre el resto, tales como los de autorizaciones y concesiones, cuya resolución permitiría a los usuarios cumplir los requisitos legales y hacer innecesarias las multas.

No sabemos si será el fin del fraude generalizado en las sanciones de dicho Organismo y si optará por acatar el dictamen del Tribunal Supremo o tratará de darle la vuelta modificando los contratos y sus pliegos de condiciones, quizá buscando cobertura con alguna reforma legal. En mi opinión, además de un serio aviso para navegantes, sería una buena oportunidad para cambiar un modelo de gestión *manu militari* por otro abierto al diálogo y la participación reales con los usuarios.

## **7. Buenas Prácticas y desafíos en la Gestión de Recursos Hídricos**

España ha avanzado mucho en el control de las pérdidas de agua en las redes y acequias, así como en el uso eficiente del agua. Especialmente en la agricultura, que consume el 80% de los recursos disponibles, y allí donde el agua es más escasa, esto es, en la vertiente mediterránea y los archipiélagos.

Otro caballo de batalla es la contaminación difusa por nitratos. Siguiendo lo dispuesto en la Directiva 91/676/CEE, de 12 diciembre 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos de origen agrícola, y el RD 261/1996, de 16 febrero, que la traspuso para nuestro país, las Comunidades

Autónomas han identificado las zonas vulnerables a este tipo de contaminación, por ejemplo, los humedales y los acuíferos subterráneos, para aplicar códigos de buenas prácticas agrícolas en las labores de abonado y otras. En las regiones de la España mediterránea especialmente, muchos acuíferos también se enfrentan a problemas de sobreexplotación, que intentan ser corregidos limitando sustancialmente la expansión de nuevos regadíos, así como las dotaciones de agua para los cultivos existentes.

Estas medidas y otras forman parte de los programas de medidas que aplican las Confederaciones y demás autoridades hidrográficas para alcanzar el objetivo de que todas las masas de aguas de la Unión Europea estén en buen estado ambiental, es decir, que tengan la aptitud natural para albergar la fauna y la flora que les correspondería. Esta política se articula a través de planes hidrológicos para cada cuenca hidrográfica que se revisan cada 6 años. Los actuales fueron aprobados por Real Decreto 1/2016, de 8 de enero y ya está en trámite su revisión pues, para cumplir con el calendario fijado por la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, “que establece un Marco Comunitario de Actuación en el ámbito de la Política de Aguas”, corresponde aprobarlos antes de que acabe 2021.

Dicho esto, es claro a mi juicio que los problemas de calidad del agua y de conservación de los ecosistemas hídricos y terrestres asociados tienen una relación directa con la dimensión cuantitativa del recurso, es decir, la abundancia o escasez de agua.

España (y con ello paso a mi reflexión final o conclusión) tiene un problema crónico de insuficiencia de recursos en la vertiente mediterránea y en los archipiélagos. La planificación hidrológica en elaboración hace cuenta de que ese problema se va a agravar, al escasear más la lluvia a consecuencia del cambio climático. Y, en cuencas como la del alto Guadiana o Júcar, las Confederaciones apuestan por reducir los regadíos, restringir las dotaciones de agua para los cultivos y dificultar la modernización de la agricultura, poniendo trabas a la construcción de embalses o la sustitución de herbáceos (v. gr. maíz) por leñosos (v. gr. vid) que consumen menos agua. Lo cual condena a la despoblación a las regiones deprimidas en las que todavía tiene peso el sector agroalimentario, como La Mancha. En cambio, las soluciones que se practican en otras cuencas, como la del Segura o la del Guadalquivir, apuestan por el incremento de los caudales disponibles mediante trasvases reales y efectivos, no solo nominales<sup>23</sup>. A mi juicio, esto expresa una política nacional de aguas radicalmente injusta, en términos comparativos, y desacertada socialmente, de espaldas a los tiempos de profunda crisis económica que vivimos.

---

23 Decimos esto porque hay otros trasvases, como el de 50 hm<sup>3</sup>/año desde el Tajo al Guadiana, que apenas se ha implementado, a pesar de estar aprobado por Real Decreto Ley 8/1995, de 4 de agosto. De haberse cumplido, ya hubiera supuesto un aporte de 1.250 hm<sup>3</sup> y, consiguientemente, una garantía efectiva para la continuidad de la agricultura y de los espacios naturales en el alto Guadiana.



## 8. Conclusiones y Reflexiones Finales

Cuando se escriben estas líneas, nos encontramos bajo la vigencia de un segundo estado de alarma, decretado como consecuencia del rebrote estival de la pandemia, la llamada segunda ola. Fue acordado inicialmente para 15 días por el Gobierno mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, “por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2”. Pero después, mediante RD 956/2020, de 3 noviembre, y contando con la autorización del Congreso de los Diputados, se ha prorrogado por 6 meses más, hasta el 9 de mayo de 2021.

A diferencia de la vez anterior, el actual estado de alarma es más liviano, pues no comporta el confinamiento domiciliario. Lo que responde a la menor virulencia de la enfermedad y a la experiencia acumulada para hacerle frente, especialmente por los medios sanitarios.

A pesar del descubrimiento de diversas vacunas, que se están administrando a un ritmo acelerado, el fuerte rebrote posterior a las fiestas navideñas y la aparición de nuevas cepas no terminan de dar tregua a la emergencia sanitaria, por lo que es imprevisible si habrá nuevas prórrogas del estado de alarma.

En cuanto a la regulación en vigor, el estado de alarma afecta a todo el país y como autoridad competente se identifica al Gobierno de la Nación, pero a diferencia de la ocasión anterior, esta vez la autoridad se delega en los presidentes de las Comunidades Autónomas.

Es la fórmula que se ha dado en llamar de co-gobernanza, bajo la cual el Gobierno y las Comunidades Autónomas coordinan todas las medidas a implantar mediante reuniones de conferencias sectoriales; singularmente del Consejo Interterritorial de Salud. Y además se permite que cada región las haga efectivas o no y dentro de ciertos márgenes y horquillas, en función de cómo va evolucionando en cada territorio y los resultados que se obtienen.

Como en la primavera, estas medidas se refieren a limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, limitaciones de entradas y salidas de las Comunidades Autónomas o municipios, limitaciones en cuanto al número de personas que pueden reunirse. Todas tienen sus excepciones, como puede ser recibir asistencia sanitaria, obligaciones laborales, profesionales, legales, y retorno a la propia residencia, cuidado de ancianos o impedidos, repostaje de gasolineras, o cualquier fuerza mayor, estado de necesidad o causa análoga. Y son modificables por la autoridad delegada en cada Comunidad Autónoma, que ha de comunicarlo al Ministerio de Sanidad.

La gestión ordinaria de los servicios públicos sigue estando en manos de la Administración a las que ordinariamente les corresponde, pues todas conservan sus competencias.

Volviendo al problema de la escasez de agua, conviene recordar que, a lo largo de la historia, España ha ensayado todo tipo de medidas regulatorias, obras hidráulicas como embalses, pozos, trasvases, mejora de la gestión y de las técnicas para incrementar la eficiencia en los usos y aprovechamientos. Merced a lo cual

ha podido atender sus necesidades esquivando la irregularidad de los cursos fluviales peninsulares y la carencia de insulares.

Pero nos enfrentamos a una previsible reducción de las aportaciones naturales, mientras que las demandas van a ir en aumento, en todos los sectores. Por lo tanto, si queremos cumplir con otro de los objetivos del desarrollo sostenible que es combatir los efectos del cambio climático, tenemos que ser capaces de incrementar los recursos de agua disponibles.

A mi juicio esto es posible con las soluciones tecnológicas ya disponibles en cuanto a depuración de aguas residuales y desalación del agua del mar. Ambas posibilidades están reguladas jurídicamente<sup>24</sup> y experimentadas para atender las necesidades de la población desde hace mucho tiempo. Empresas españolas son punteras en este sector y abastecen de agua a las Islas Canarias, Alicante o Almería. Las aguas residuales igualmente se utilizan para el riego de campos de golf, leñosos o herbáceos no destinados al consumo humano. Hasta ahora, el factor limitante de estas instalaciones era el precio de esta agua, por el alto coste de la energía.

Sin embargo, los avances logrados por las energías renovables, que se han abaratado drásticamente a la vez que incrementado su capacidad de producción, permiten augurar una solución al problema de la escasez de agua. En efecto, mediante la electricidad así generada es posible producir más agua para múltiples usos, a un precio asequible y sin contaminar.

La legislación española de aguas ya regula favorablemente ambas opciones, por lo que solo haría falta llevar a cabo las inversiones necesarias. Lo cual nos conecta con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía, que guiará la ejecución de 72.000 millones de euros de fondos europeos destinados a superar la crisis económica y social causada por la COVID-19, acometiendo las cuatro transformaciones que el Gobierno ha situado en el centro de la estrategia de política económica: la transición ecológica, la transformación digital, la igualdad de género y la cohesión social y territorial<sup>25</sup>.

El Plan, que se inspira en la Agenda del Cambio Climático y en los ODS, se estructura en torno a diez políticas tractoras. La primera de ellas es la lucha contra la despoblación del campo y el desarrollo de la agricultura, a la que se destinan el

---

24 Me remito a lo dispuesto en el art. 13 TRLA sobre la desalación de agua marina o salobre y en el RD 1620/2007, de 7 diciembre, que establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas. Lo que no significa que, en ocasiones, sea la propia Administración hidráulica la que torpedee iniciativas de este tipo. El caso resuelto por la Sentencia del TSJ de CLM (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 2ª) nº 597, de 28 diciembre 2018, que anula la sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadiana a un ayuntamiento por utilizar las aguas residuales depuradas de la población para el riego de un campo de golf municipal. Otro ejemplo de mala política sería el reflejado en la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana (sec. 2ª) nº 116/2012, de 24 enero, (rec. 2365/2008) que estima el recurso contra la desestimación por silencio de la Confederación Hidrográfica del Júcar de la solicitud de concesión para la reutilización del agua residual de la depuradora de la EDAR de la Roda (Albacete), reconociendo el derecho a la concesión para riego solicitada por los agricultores.

25 El Plan se presentó el pasado 7 de octubre y está destinado a movilizar en los próximos tres años el 50% de los recursos con los que cuenta España gracias al instrumento *Next Generation* EU.

16% de los fondos. La tercera es la renovación energética, a la que se destinará el 9% de los recursos.

Por consiguiente, la producción de más recursos de agua, con el empleo de energías renovables es una alternativa que resultará necesaria a corto y mediano plazo para cumplir con los ODS. Yo abogo por que tenga su oportunidad en los proyectos que España lleve adelante para implementar el Plan de Recuperación Europeo. Sería lógico que los planes hidrológicos en elaboración así lo contemplasen y favorecieran igualmente.



## REFERENCIAS

- BOE. (2021). *COVID-19: Derecho Europeo y Estatal*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Cantero, J. (2020). Propuestas para el reforzamiento del sistema público sanitario a través de las políticas de salud pública. *Revista Derecho y Salud*(30).
- Carlón, M. (2020). Funcionamiento Electrónico de los Órganos Colegiados. *Revista Aragonesa de Administración Pública*(55), 119 - 150.
- Cavas, F. (2020). Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia. *Revista de Estudios Jurídicos-Laborales y de Seguridad Social, Universidad de Málaga*.
- Cerdeira, G. (2020). *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*. Madrid: Reus.
- De la Quadra-Salcedo, T. (10 de Octubre de 2020). Abracadabra. *Diario El País*.
- De la Quadra-Salcedo, T. (17 de Marzo de 2020). Estado de alarma y lealtad. *Diario El País*.
- De la Quadra-Salcedo, T. (28 de Abril de 2020). La aversión europea al estado de excepción. *Diario El País*.
- De la Quadra-Salcedo, T. (8 de Abril de 2020). Límite y restricción, no suspensión. *Diario El País*.
- De la Quadra-Salcedo, T. (14 de Septiembre de 2020). Rompiendo el espejo. *Diario El País*.
- Embid, A. (2008). *Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua*. Zaragoza: Thomson Civitas.
- Gallego, I. (2020). Los procedimientos de contratación en tiempos de crisis: en especial, contrataciones conjuntas transfronterizas y tramitación de emergencia. En J. M. Gimeno, & C. de Guerrero, *Observatorio de Contratos del Sector Público 2019* (págs. 351 - 390). Madrid: Aranzadi.
- García, E., & Fernández, T. (2015). *Curso de Derecho Administrativo* (17 ed., Vol. I). Cizur Menor: Civitas.
- González, P. (2020). La senda de la transparencia en España durante la COVID-19. *Revista Española de la Transparencia*(11), 21-30.

- Jiménez, R. (2020). La nueva regulación sobre el teletrabajo y su aplicación al ámbito local. *El Consultor*(5), 19-29.
- Martín, I. (2020). *El Procedimiento Administrativo y el Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Innovación Tecnológica*. Madrid: Iustel.
- Mingorance, C. (2020). *El Impacto del COVID-19 en las Instituciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno, J. A. (2020). Impacto COVID-19 sobre la contratación pública. *Revista Contratación Administrativa Práctica*(167).
- Moreno, P. (2020). La moratoria en los arrendamientos de vivienda y suspensión del procedimiento de desahucio, comentario de urgencia del Real Decreto Ley 11/2020, de 30 de marzo. *Diario La Ley*(9651).
- Muñoz, S. (2020). *El poder y la peste de 2020*. Madrid: Iustel.
- Negro, F. J. (2020). La terminología empleada respecto de la suspensión-interrupción de los plazos administrativos por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*(21), 319 - 342.
- Punzón, J. (2005). *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*. Madrid: Lex Nova.
- Rodríguez, S. (2020). Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19. En M. Rodríguez-Piñero, & M. Casas, *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19* (págs. 449 - 472). Madrid: Ediciones Lefebvre.
- Setuáin, B. (2020). *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales. Derivadas jurídicas, económicas y territoriales*. Cizur Menor: Aranzadi.

### Fuentes de Internet

- aguasresiduales.info. (17 de julio de 2020). *VATar COVID-19: Vigilancia microbiológica en aguas residuales y de baño como indicador epidemiológico del SARS-CoV-2 en España*. Obtenido de Noticias, La actualidad del sector del agua: <https://www.aguasresiduales.info/revista/noticias/vatar-COVID-19-vigilancia-microbiologica-en-aguas--6REAG>
- Chaves, J. R. (9 de Septiembre de 2020). *Tramitar sanciones es cosa de administraciones y funcionarios, Supremo dicit*. Obtenido de El Rincón Jurídico de José R. Chaves: <https://delajusticia.com/2020/09/30/tramitar-sanciones-es-cosa-de-administraciones-y-funcionarios-supremo-dicit/>
- Díaz, J. A. (2019). *Cómo afecta el cambio climático a la disponibilidad y a la calidad del agua*. Obtenido de Adecagua Asociación para la defensa del Agua: <http://>

[www.adecagua.es/nt-1-835/Como-afecta-el-cambio-climatico-a-la-disponibilidad-y-a-la-calidad-del-agua](http://www.adecagua.es/nt-1-835/Como-afecta-el-cambio-climatico-a-la-disponibilidad-y-a-la-calidad-del-agua)

INE. (2019). *Cuenta Satélite del turismo en España 2019*. Obtenido de Instituto Nacional de Estadística: [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736169169&menu=ultiDatos&idp=1254735576863](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736169169&menu=ultiDatos&idp=1254735576863)

Naciones Unidas. (2015). *Objetivos de Desarrollo sostenible*. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

Dirección General del Agua. (2020). *Plan Nacional de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Reutilización*. Obtenido de Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico: [https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/plan\\_dsear\\_consulta\\_publica\\_tcm30-514570.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/plan_dsear_consulta_publica_tcm30-514570.pdf)

### **Resoluciones y Acuerdos**

Presidencia del Gobierno. (2020). *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía*. Madrid: Gobierno de España.

### **Jurisprudencia**

Comisión Europea contra Reino de España, C559/19 ( Tribunal de Justicia de la Unión Europea 22 de julio de 2019). Sentencia 148/2021 Tribunal Constitucional, ECLI:ES:TC:2021:148 (Tribunal Constitucional 14 de Julio de 2021).

WMA2 SOCARARGASA, S.L. contra Confederación Hidrográfica del Guadiana, STSJ CLM 794/2019 - ECLI: ES: TSJCLM:2019:794 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso (sección 2) 13 de marzo de 2019).

WMA2 SOCARARGASA, S.L. contra Confederación Hidrográfica del Guadiana, STS 2812/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2812 (Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso (sección 5) 14 de septiembre de 2020).

### **Legislación**

Constitución Española [CE]. (1978). (España).

Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (23 de octubre de 2000). *Por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de agua*. num. 327.

- Directiva 91/271/CEE del Consejo. (21 de mayo 1991). *Sobre el tratamiento de aguas residuales urbanas*. num. 135.
- Directiva 91/676/CEE del Consejo. (12 de diciembre de 1991). *Relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura*. núm. 375.
- Directiva 92/43/CEE del Consejo. (21 de mayo de 1992). *Relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres*. num. 206.
- Ley 10/2018. (5 de diciembre de 2018). *Sobre la transferencia de recursos de 19,99 hm<sup>3</sup> desde la Demarcación Hidrográfica de los ríos Tinto, Odiel y Piedras a la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir*. num. 294.
- Ley 29/1985. (2 de agosto 1985). *Aguas, Jefatura del Estado*. num. 189.
- Ley 33/2011. (4 de octubre de 2011). *General de Salud Pública*. num. 240.
- Ley 39/2015. (1 de octubre de 2015). *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. num. 236.
- Ley 7/1985. (2 de abril de 1985). *Reguladora de las Bases del Regimen Local*. num. 80.
- Ley 8/2003. (24 de abril 2003). *De sanidad animal*. núm. 99.
- Ley Orgánica 3/1986. (14 de abril de 1986). *Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*. num. 102.
- Ley Orgánica 4/1981. (6 de junio de 1981). *Que regula los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, Jefatura del Estado*. núm. 134.
- Orden SND/274/2020 [Ministerio de Sanidad]. (22 de marzo de 2020). *Por la que se adoptan medidas en relación con los servicios de abastecimiento de agua de consumo humano y de saneamiento de aguas residuales*. num. 81.
- Real Decreto 1620/2007 [Ministerio de la Presidencia]. (7 de diciembre de 2007). *Por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas*. num. 294.
- Real Decreto 261/1996 [con fuerza de ley]. (16 de febrero 1996). *sobre protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias*. num. 61.
- Real Decreto 463/2020 [Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática]. (14 de marzo de 2020 ). *Por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. num. 67.
- Real Decreto 537/2020 [Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática]. (22 de mayo de 2020). *Por el que se prorroga el*



*estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. num. 145.*

Real Decreto 926/2020 [Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática]. (25 de octubre de 2020 ). *Por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. num. 282.*

Real Decreto 956/2020 [Ministerio de la Presidencia, Relaciones de las Cortes y Memoria Democrática]. (3 de noviembre de 2020). *Por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. num. 291.*

Real Decreto Legislativo 1/2001 [Ministerio de Medio Ambiente]. (20 de julio de 2001). *Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. num. 176.*

Real Decreto-ley 11/1995 [con fuerza de ley]. (28 de diciembre de 1995). *Por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas. num. 312.*

Real Decreto-ley 29/2020 [con fuerza de ley]. (29 de septiembre 2020). *Medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. num. 259.*

Real Decreto-ley 8/2020 [con fuerza de ley]. (17 de marzo de 2020). *de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. num. 73.*



# LA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS Y LA COVID-19: EL CASO DE BRASIL

*Pilar Carolina Villar<sup>1</sup>*  
*José Irivaldo Alves Oliveira Silva<sup>2</sup>*  
*Maria Luiza Machado Granziera<sup>3</sup>*

## 1. Introducción

El año 2020 se marca por el avance de la COVID-19 y por demostrar la vulnerabilidad mundial a la diseminación global de enfermedades infecciosas. En enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) discutía la situación de Emergencia de Salud Pública en razón de la emergencia de un nuevo coronavirus en China. El 11 de marzo de 2020, esa organización clasificó a la COVID-19, enfermedad causada por el coronavirus, SARS-CoV-2, como una pandemia (Santos, 2020). En Brasil el primer caso fue registrado el 26 de febrero de 2020, y a final de año se registraban casi 195 mil muertos y más de 7.5 millones de personas infectadas (Ministerio da Saúde do Brasil, 2020).

En ese contexto se declaró el estado de Emergencia en Salud Pública de importancia nacional (Ministerio de la Salud, 2020a) y la situación de emergencia de salud pública de importancia internacional (Ley Federal N° 13.979, 6 de febrero 2020). El acontecimiento de una pandemia presupone una situación de interés público y de responsabilidad generalizada que desafía a la Administración Pública y la gestión de diversos sectores (Santos, 2020). Entre los sectores impactados se encuentra la gestión de los recursos hídricos, pues la disponibilidad de agua es un elemento central en la prevención y diseminación de esta enfermedad. Sin agua no es posible el lavado de manos, la limpieza de las mercancías, zapatos y máscaras o garantizar la salubridad de los ambientes, que son medidas fundamentales para contener el virus. Agua, saneamiento e higiene son fundamentales para mitigar los efectos de la pandemia (Dutra & Smiderle, 2020).

Teniendo en cuenta la importancia del agua en la lucha contra la pandemia, este artículo pretende analizar cómo la COVID-19 ha impactado en la gestión de los recursos hídricos y qué acciones jurídicas nacionales se tomaron para mitigar esos efectos. El foco de este trabajo son las iniciativas organizadas prioritariamente

- 
- 1 Abogada, Mestre y Doctora en Ciencia Ambiental. Profesora del Instituto del Mar de la Universidad Federal de São Paulo (UNIFESP). Santos, Brasil. Contacto: pilar.villar@unifesp.com
  - 2 Abogado, Mestre y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de la Universidad Federal de Campina Grande (UFCG). Campina Grande, Brasil. Contacto: irivaldo.cdsa@gmail.com
  - 3 Abogada, Mestre en Derecho Internacional y Doctora en Derecho. Profesora del Posgrado en Derecho Ambiental Internacional de la Universidad Católica de Santos, São Paulo, Brasil. Contacto: marialuiza.granziera@unisantos.br

por el Gobierno Federal para sus recursos hídricos o que tengan incidencia nacional. Eso se justifica por tres motivos: (a) la mayor capacidad de articulación del gobierno federal para organizar una respuesta rápida de enfrentamiento; (b) la disparidad de acciones de enfrentamiento en un contexto de 26 estados federativos y el Distrito Federal; y (c) el papel de coordinación y de estímulo del gobierno federal en influenciar las políticas hídricas provinciales<sup>4</sup>. Se utilizó como metodología el análisis documental de la bibliografía, legislación y documentos producidos por el Poder Público.

## **2. Gobernanza del Agua e Impacto de los ODS 3 y 6 en el País**

La Cumbre de las Naciones Unidas celebrada el 2012 en la ciudad de Rio de Janeiro, también denominada Rio+20, se comprometió a formular un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) para orientar el desarrollo global (Glaser, 2012). Como resultado, las Naciones Unidas adoptaron la Resolución 70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. La Agenda 2030 está compuesta por 17 objetivos y 169 metas que deben alcanzarse hasta el 2030. Los 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible son:

- 1) Fin de la pobreza
- 2) Hambre cero
- 3) Salud y bienestar
- 4) Educación de calidad
- 5) Igualdad de género
- 6) Agua limpia y saneamiento
- 7) Energía asequible y no contaminante
- 8) Trabajo decente y crecimiento económico
- 9) Industria, innovación e infraestructura;
- 10) Reducción de las desigualdades
- 11) Ciudades y comunidades sostenibles
- 12) Producción y consumo responsable
- 13) Acción por el clima
- 14) Vida submarina
- 15) Vida de ecosistemas terrestres
- 16) Paz, justicia e instituciones sólidas
- 17) Alianzas para lograr los objetivos

El propósito de la Agenda 2030 es el de servir como un marco referencial para la acción de los países e integrar las dimensiones económica, social y ambiental (Naciones Unidas, 2018).

A pesar de que la estructura de los ODS se organiza por medio de metas individuales e independientes, existe una interconexión muy presente entre ellas (Bhaduri, y otros, 2016). Esto sucede con el caso del agua que fue abordado

---

4 En este texto, el término “estatales” se utiliza para referirse a los bienes y acciones relacionados con los Estados federativos de Brasil.

específicamente en el ODS 6 (Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos) que tiene como principales retos cuestiones relacionadas a la cantidad y calidad, acceso a agua potable, saneamiento, riesgos hídricos (sequías e inundaciones) y aguas transfronterizas (United Nation Sustainable Development Solutions Network (UNSDSN), 2013). El agua es un elemento clave para el desarrollo sostenible y fundamental para todos otros ODS, principalmente para los ODS 1, 2, 3, 11, 12, 14 y 15.

Esos objetivos y sus metas solo pueden prosperar si existe una estructura de gobernanza capaz de implementarlos e integrarlos por medio de instituciones, políticas y prácticas de gestión (Bernstein, 2017). El abordaje integrado de los ODS es fundamental para la gobernanza hídrica. Las actividades humanas tienen una gran capacidad de alterar las dinámicas de la biosfera (Bhaduri, y otros, 2016). Incluso existen autores que vienen defendiendo la idea del ciclo hidrológico social, ante los cambios generados por la acción humana en los procesos del ciclo hidrológico y de los recursos hídricos (Qin, y otros, 2014). De esa forma se establece una relación dualista entre el aspecto natural y social del agua que se marca, por ejemplo, por la interferencia humana en el clima (cambio climático), en la disponibilidad hídrica por medio de obras de ingeniería para contener o trasladar agua de otras cuencas, en padrones de consumo incompatibles con la realidad hídrica local, la reducción de la oferta frente a la contaminación o en la degradación del ecosistema y acceso desigual a las infraestructuras hidráulicas.

En este momento de pandemia, la interacción del ODS 3 (salud y bienestar) y del ODS 6 ganan relevancia. Brasil concentra el 12% de todas las reservas hídricas mundiales, así como tiene toda una estructura de marcos regulatorios de agua, salud y saneamiento. A pesar de eso, hay un historial de problemas relacionados a la contaminación de las reservas hídricas, falta de acceso a infraestructuras hidráulicas, contaminación de aguas y problemas relacionados a sequías e inundaciones. De esa manera, antes del brote del nuevo coronavirus, Brasil ya tenía problemas crónicos que demostraban las fragilidades de la conexión entre agua y enfermedades, y la necesidad de fortalecer la gobernanza del agua y saneamiento.

Los datos de la salud incluso contemplan una categoría denominada *enfermedades relacionadas con el saneamiento ambiental inadecuado*, conocidas por la sigla DRSAL, que contempla cinco grupos: (a) enfermedades de transmisión fecal-oral: diarreas, fiebres entéricas, hepatitis A; (b) enfermedades transmitidas por insecto vector que depende de agua: dengue, fiebre amarilla, leishmaniosis tegumentaria, leishmaniosis visceral e filarioris linfática, malaria y enfermedad de Chagas; (c) enfermedades transmitidas por medio del contacto con el agua: Leptospirosis y esquistosomiasis; (d) enfermedades relacionadas con la higiene: enfermedades en los ojos, tracomas, conjuntivitis, micosis; y (e) geo-helminios y teniasis: Helminiasis y Teniasis (Nugem, 2015, pág. 47).

Según datos gubernamentales, en 2016 las DRSAL fueron responsables por 166,8 internaciones por cada 100 000 habitantes (IBGE, 2021). Por lo tanto, aproximadamente 343,7 mil brasileños fueron internados por este tipo de

enfermedad<sup>5</sup>, de esta cifra la mayoría de los casos se relacionaba a las enfermedades de transmisión fecal-oral (78.5%) y por vectores (28.2%) (IBGE, 2021). La tasa de internaciones por DRSAI presenta reducciones (IBGE, 2021), gracias a la mejora y ampliación de los servicios sanitarios (Nugem, 2015).

Aunque se vea una reducción de los números, es importante resaltar que las DRSAI no deberían conducir a internaciones, pues son enfermedades potencialmente evitables por medio de acciones adecuadas de saneamiento ambiental (Siqueira, Rosa, Bordin, & Nugem, 2017). Otro problema sería la distribución espacial de esas enfermedades, que refleja un cuadro de desigualdad regional e interregional, el cual coincide con las áreas que tienen peores situaciones relacionadas a la gestión hídrica y sanitaria. Las peores situaciones se encuentran en las áreas rurales, en las periferias de los grandes centros urbanos y en las regiones Nordeste y Norte, que solo tratan el 10% y el 28% del volumen de aguas residuales, respectivamente (Ministério do Desenvolvimento Regional, 2019a).

En Brasil aproximadamente 34 millones de personas (el 16.3% de la población) no tiene red de agua y 96 millones (el 46%) está sin acceso a servicios de colecta de aguas residuales. Solo el 49% de las aguas residuales son tratadas en estaciones (ANA, 2020b, pág. 44). Esa realidad genera una serie de consecuencias socio ambientales que comprenden la contaminación de los cuerpos hídricos y del medio marino, la degradación de ecosistemas, la exclusión social y la diseminación de varias enfermedades.

Antes de la COVID-19 ya se discutía la necesidad de coordinar la gobernanza del agua con la salud y saneamiento en el país. La emergencia de esta pandemia resalta aún más la fragilidad de la gobernanza hídrica, pues el agua tiene un papel central en la prevención, y existen incertidumbres sobre la posibilidad de transmisión y contagio vía hídrica de la COVID-19, sea por el contacto directo, la falta o ineficiencia del tratamiento del agua, o por la disposición inadecuada de las aguas residuales (Heller, Mota, & Greco, 2020). La transmisión de la COVID-19 a través del agua no ha sido descartada, incluso hay estudios que señalan la posibilidad de contagio por las aguas residuales (Wu, y otros, 2020; Ahmed, y otros, 2020). De esa manera, es imperativo monitorear las aguas e invertir en la eficiencia del sistema de saneamiento para combatir las enfermedades transmitidas por el agua, que son una realidad en Brasil (Silva & Cunha, 2020a; Silva & Cunha, 2020b).

## 2.1 Gobernanza de las Aguas en el Derecho de Brasil

La gobernanza del agua en Brasil tuvo sus bases establecidas en la Constitución Federal de 1988 y en la Ley Federal N° 9.433, de 8 de enero de 1997, denominada de Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH). La Constitución Federal de 1988 dividió el dominio de las aguas entre el Gobierno Federal y el Estatal. En ese sentido, se transcribe el art. 20, inciso III, y el art. 26, inciso I:

Art. 20. Son bienes del Gobierno Federal: III – los lagos, ríos y cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado,

5 La población estimada en ese año era de 206 081 432 (IBGE, 2016).

servan de límites con otros países, o se extiendan hasta un territorio extranjero o provengan del mismo, así como los terrenos marginales y las playas fluviales; Art. 26. Se incluyen entre los bienes de los Estados: I – las aguas superficiales o subterráneas, fluentes, emergentes y en depósito, excepto, en este caso, de acuerdo con la ley, las que deriven de las obras del Gobierno Federal. (Constitución Federal, 5 de octubre 1988)

De este modo, en el país hay recursos hídricos de titularidad del Gobierno Federal, que corresponden a 113,3 mil km de extensión de la red hidrográfica, y del Gobierno Estatal, que abarcan 2,36 millones de km de extensión de ríos más todas las aguas subterráneas. De esa manera, conviven en el ordenamiento jurídico brasileño la política nacional de aguas con las políticas estatales. No existen aguas municipales, pero el titular del servicio de saneamiento es el municipio, así como le cabe determinar cómo se dará el planeamiento territorial. Por lo tanto, la PNRH reglamenta las aguas federales y trae las bases de la gestión hídrica que deben ser observadas por los Estados, pero estos pueden estructurar políticas estatales específicas para los recursos hídricos sobre su dominio (Villar & Granziera, 2020).

La Ley n° 9.433/1997 instituye las bases de la gobernanza hídrica nacional, estableciendo:

- a) las directrices de la gestión de las aguas,
- b) los instrumentos para su aprovechamiento (planos de cuenca, otorgamiento de derecho de uso de recursos hídricos, cobro por el uso de los recursos hídricos, encuadramiento de los cursos de agua y sistema nacional de informaciones de recursos hídricos),
- c) el sistema nacional de recursos hídricos - SINGREH (Consejo Nacional de Recursos Hídricos - CNRH, Agencia Nacional de Aguas y Saneamiento - ANA; Consejos de Recursos Hídricos de los Estados y del Distrito Federal, Comités de Cuenca Hidrográfica, Agencias de Aguas y los órganos de los poderes públicos federal, estatales, del Distrito Federal y municipales que tengan competencia relacionada con los recursos hídricos),
- d) las competencias institucionales de los órganos del SINGREH,
- e) el formato de la gestión participativa,
- f) infracciones y penalidades por el incumplimiento de las conductas prescritas. (Ley N° 9.433/1997, 8 de enero 1997)

Tradicionalmente la gestión del agua era competencia del Ministerio de Medio Ambiente, pero desde 2019 pasó a vincularse al Ministerio de Desarrollo Regional (MDR) por el Decreto N° 9.666/2019. La articulación de la planificación nacional de aguas es competencia del Consejo Nacional de Recursos Hídricos. La ANA es su brazo ejecutivo, cuya su función es hacer cumplir los objetivos y directrices de la Ley N° 9.433/1997.

En 2020, la Ley N° 14.026 trajo profundos cambios en el marco del saneamiento en Brasil, que incluso impactaron la gestión de aguas. Esa norma amplió las competencias de la ANA tornándola responsable por instituir normas de referencia para la reglamentación de servicios públicos de saneamiento básico. Cambió el

nombre de la Agencia Nacional de Aguas, que pasó a llamarse Agencia Nacional de Aguas y Saneamiento Básico (ANA) (Ley N° 14.026, 15 de julio de 2020). Se espera que ese cambio contribuya para mejorar el servicio de saneamiento por medio de normas de referencia técnicas, económicas y contractuales válidas para todo el país. Esa mejora en el servicio tendría impactos en la salud, pero también en la gestión hídrica, pues las aguas residuales son la principal fuente de contaminación de los recursos hídricos (Villar & Granziera, 2020).

### **3. La Continuidad de las Labores de los Funcionarios de la Autoridad del Agua en el País: E-Administración**

Los órganos y entidades pertenecientes al Sistema Nacional de Recursos Hídricos de forma general buscaron la continuación de sus actividades laborales. El funcionalismo público adoptó múltiples estrategias de trabajo: En algunos casos hubo suspensión de la atención presencial, en otros se mantuvo la continuidad del servicio presencial, pero con protocolos específicos, y, en otros casos, se adoptó el trabajo remoto.

La Instrucción Normativa del Ministerio de la Economía N° 19 restringió los viajes (12 de marzo de 2020, art. 3-A) y eventos o reuniones con gran número de participantes (12 de marzo de 2020, art. 5). De esta forma, los Comités de Cuenca Hidrográfica establecieron actos normativos con la intención de permitir que sus reuniones se realizasen a través de videoconferencia u otros medios electrónicos. Con base en esa instrucción normativa, los organismos de gestión de aguas adoptaron el trabajo remoto de los servidores y empleados públicos que se encontrasen en las siguientes situaciones: (a) tener sesenta años o más; (b) tener inmunodeficiencias o enfermedades preexistentes o crónicas; (c) ser responsables por el cuidado de personas con sospecha o confirmación de COVID-19; y (d) ser personas gestantes o lactantes.

En el caso del trabajo presencial, la Portaria del Ministerio de la Salud N° 1.565 estableció una serie de protocolos de acción, tales como: uso de máscaras, higienización frecuente de manos, distancia mínima de un metro entre personas en lugares públicos (Portaría del Ministerio de la Salud N° 1.565, 2020b).

Antes de la COVID-19, la ANA ya tenía una infraestructura para el trabajo remoto o por medios electrónicos bastante avanzada, contando con una infraestructura completa de videoconferencia y de organización de datos técnicos. Buena parte de sus cursos de capacitación son a distancia, con contenidos online<sup>6</sup> y algunos son ofrecidos en español e inglés. Incluso hay un curso específico sobre Derecho de Aguas a luz de la gobernanza (Villar & Granziera, 2020), que fue transformado en libro<sup>7</sup>.

Además, cuenta con la Sala de Situación para Previsión de Eventos Hidrometeorológicos Extremos, que es una acción conjunta entre Gobierno Federal y de los

---

6 Los cursos de la Agencia Nacional de Aguas y Saneamiento pueden ser consultados en: <https://capacitacao.ead.unesp.br/index.php/todos>

7 Para más información se puede consultar: [https://www.ana.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/publicacoes#english\\_e\\_espanol](https://www.ana.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/publicacoes#english_e_espanol)



Estados, y tiene como objetivo funcionar como un centro de gestión de situaciones críticas para fundamentar el proceso de toma de decisión por las autoridades de forma a minimizar los efectos de las sequías e inundaciones. Las salas de situación se encargan del monitoreo de los siguientes cuerpos hídricos o cuencas: Paraíba do Sul, Sistema Cantareira, São Francisco, Reservatorios del Nordeste y Semiárido, Iguaçu/Uruguay, Tocantins, Hidrovia Tietê-Paraná, Amazonas, Río Doce, Furnas, Javaés, Madeira, Paranapanema, Parnaíba, Represas contempladas por el Proyecto de Integración del Río São Francisco, São Mateus y Represas del Sistema Interconectado Nacional<sup>8</sup>.

También se puede destacar la disponibilidad de datos online y su continua alimentación por medio de la Red Hidrometeorológica Nacional<sup>9</sup>. La ANA se ocupa de la coordinación del monitoreo del caudal de los ríos, la cantidad de sedimentos y la calidad de las aguas, así como de la cantidad de lluvia. Esos datos están disponibles en los siguientes enlaces: Hidroweb (<http://www.snirh.gov.br/hidroweb/>), Sistema de Monitoreo Hidrológico (<https://www.ana.gov.br/monitoramento>) y Sistema Nacional de Informaciones sobre Recursos Hídricos o SNIRH (<https://www.ana.gov.br/aceso-a-sistemas/sistema-nacional-de-informacoes-sobre-recursos-hidricos-snirh/sistema-nacional-de-informacoes-sobre-recursos-hidricos>). Entre ellos se destaca el Portal Hidrotelemetría (<http://www.snirh.gov.br/hidrotelemetria>) que tiene datos en tiempo real e incluso permite la simulación de eventos en las cuencas hidrográficas.

En 2018, se lanzó el portal de Datos Abiertos de la ANA (<https://dadosabertos.ana.gov.br/>) que es una herramienta de pesquisa sobre datos de recursos hídricos, tales como: división hidrográfica y dominio; calidad, cantidad, usos; balance hídrico; eventos hidrológicos; programas; convenios, etc. También se debe mencionar la disponibilidad online anual de los Informes Coyuntura (Relatório Conjuntura) que hacen un balance de la situación hídrica y acciones tomadas por la ANA.

Esa disponibilidad de datos, cursos y procedimientos online permitió que la gestión siguiera incluso en un contexto de pandemia. También la ANA desarrolló un proyecto piloto de monitoreo de la COVID-19 en las aguas residuales, en la ciudad de Belo Horizonte-MG, en colaboración, con la compañía de saneamiento, universidades y el órgano estadual ambiental.

#### **4. Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y Otros Procedimientos Administrativos Relativos a Su Ejercicio en el País**

En Brasil, según el Código Civil, Ley N° 10.406/2002, art. 99, I, los ríos y otros cuerpos de agua son bienes públicos de uso común. Como bien público, el dominio del agua se divide entre la Unión y los Estados y el Distrito Federal, como se explica en los artículos 20 y 26 de la Constitución Federal. Las aguas de propiedad del Gobierno Federal son administradas por la Agencia Nacional de Agua y

8 Para más información se puede consultar: <https://www.gov.br/ana/pt-br/sala-de-situacao>

9 Disponible en: [https://dadosabertos.ana.gov.br/datasets/8014bf6e92144a9b871bb4136390f732\\_0](https://dadosabertos.ana.gov.br/datasets/8014bf6e92144a9b871bb4136390f732_0)

Saneamiento Básico (ANA) y las de propiedad estatal son administradas por las entidades estatales correspondientes.

Para el uso de los recursos hídricos, de acuerdo con las normas administrativas vigentes, se requiere una autorización del Poder Público denominada *Otorgamiento de Derecho al Uso de los Recursos Hídricos*, uno de los instrumentos tanto de la Política Nacional de Recursos Hídricos (Ley N° 9.433/1997, 8 de enero 1997) como de las políticas estatales. Su objetivo es el de “asegurar el control cuantitativo y cualitativo de los usos del agua”, además del “ejercicio efectivo de los derechos de acceso al agua” (art. 11). Es un acto administrativo consistente en un instrumento normativo para ordenar los usos del agua dentro de una lógica sistémica (cuenca hidrográfica, tramo de río o, incluso, embalse) con el fin de evitar conflictos y asegurar usos múltiples de manera racional (Palermo, 2020).

El otorgamiento se aplica a usos privados del agua, es decir, en beneficio de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que al utilizar el recurso restringen la posibilidad de su uso por otras personas (Granziera, 2014, pág. 176). A través de este instrumento, el Poder Público, con base en las normas y estudios técnicos vigentes, atribuye al interesado el derecho de uso del agua tras establecer las condiciones adecuadas y los límites respectivos.

De acuerdo con la Ley N° 9.433/1997, las concesiones son obligatorias para cualquier extracción de agua superficial o subterránea, para la descarga de efluentes con fines de dilución<sup>10</sup> y para actividades que alteren el régimen de los ríos, como es el caso de los depósitos de agua. Sin embargo, existen excepciones basadas en usos no representativos en los que se renuncia a la concesión, quedando únicamente el registro de uso.

La actividad administrativa en materia de otorgamiento es intensa y fue impactada por la pandemia COVID-19. Así, en 2020, mediante la Resolución N° 21, la ANA extendió hasta el 31 de diciembre de 2020 los términos de los permisos de otorgamiento y los términos de las Declaraciones de Reserva de Disponibilidad de Agua, de Subvenciones Preventivas de Derechos de Uso o de Subvenciones para Recursos Hídricos, que expirarían en el período comprendido entre el 20 de marzo y el 30 de diciembre de 2020 (ANA, 2020a).

## 5. Papel de las Organizaciones de Usuarios de Aguas en el País

En Brasil las organizaciones de usuarios no operan la gestión de manera autónoma, con excepción de la Asociación de Usuarios del Perímetro de Riego Arroio Duro (AUD) en el estado de Rio Grande do Sul. Las asociaciones de usuarios participan de la gestión en el segmento de usuarios de agua en el ámbito de los Comités de Cuenca Hidrográfica, de los consejos estatales de recursos hídricos y del Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH). Los otros segmentos previstos en la legislación que tienen derecho a participar de los órganos colegiados de gestión son las autoridades públicas federales, estatales y municipales, y la sociedad civil

---

10 La legislación ambiental establece los padrones de lanzamiento de efluentes que deben ser fiscalizados por los órganos ambientales.

organizada: comunidades locales, ONGs, universidades y asociaciones civiles de recursos hídricos.

La Resolución CNRH 5/2001 define los usos del agua que requieren la concesión del derecho al uso de los recursos hídricos y que caracterizan a los sectores usuarios: (a) abastecimiento urbano, incluida la dilución de efluentes urbanos; (b) industria, captura y dilución de efluentes industriales; (c) riego y uso agrícola; (d) hidroelectricidad; (e) transporte fluvial; y (f) pesca, turismo, recreación y otros usos no consuntivos. La participación del segmento de usuarios de los recursos hídricos en los órganos colegiados se da, en general, a través de asociaciones sectoriales.

### 5.1 La Asociación de Usuarios del Perímetro de Riego Arroio Duro – AUD

La Asociación de Usuarios del Perímetro de Riego Arroio Duro (AUD), es prácticamente un caso único en el país, ya que se trata de una asociación de usuarios que opera sus sistemas de manera autónoma aunque necesite seguir las normas administrativas vigentes para el uso del agua, como por ejemplo, obtener el permiso de derecho de uso de los recursos hídricos. El estado de Rio Grande do Sul es conocido por su agricultura y es el mayor productor brasileño de arroz. También se destaca en la producción de soja, trigo y uva, entre otros. La necesidad de garantizar el agua para el desarrollo de este sector en el estado hizo que el Gobierno Federal, a través del DNOS, construyera estructuras (reservorios para riego de cultivos en períodos de escasez) como la presa Arroio Duro y su Perímetro de Riego, ubicados en Camaquã/RS (Figura 1) (AUD, 2015b).

**Figura 1.** Plan del proyecto de riego de Arroio Duro (AUD)



(AUD, 2015b)

Con el fin de asistir a DNOS en la operación y mantenimiento del Perímetro de Riego de Arroio Duro, en 1986 se fundó la Asociación de Usuarios del Perímetro de Riego de Arroio Duro. En 1990, se extinguió la DNOS y, con el fin de garantizar la seguridad hídrica de sus actividades, la AUD asumió la administración, operación y mantenimiento del perímetro de riego mediante la firma de un convenio con el Gobierno Federal (AUD, 2015a).

La AUD es una entidad civil, con personalidad propia, sin fines lucrativos y tiene como objetivos: (a) riego y drenaje a través de la administración del Perímetro de Riego del Arroio Duro, incluyendo operación, mantenimiento y conservación del sistema; (b) financiar las obras y servicios de mantenimiento, conservación y mejoramiento del perímetro, y las inversiones necesarias para su ejecución, apoyados con fondos propios; y (c) representar a los usuarios del Perímetro ante organismos y entidades públicas o privadas, en materia de regadíos y materias afines (AUD, 2015a; AUD, 2015b).

Para apoyar a los regantes en sus actividades productivas, la AUD brinda asistencia técnica para el riego, brinda información meteorológica y capacita a los productores con nuevos conocimientos sobre el cultivo del arroz. Actualmente, la AUD agrupa a más de 400 productores de arroz, la mayoría con pequeñas propiedades, y es miembro del Comité de Gestión de la Cuenca del Río Camaquã en representación del sector productivo rural en la Gestión 2018-2020 (Comitê de Gerenciamento da Bacia Hidrográfica do Rio Camaquã, 2021).

## 5.2 Asociaciones de Usuarios del Semiárido Brasileño

Gran parte del territorio nororiental brasileño y la región norte de Minas Gerais están clasificadas como zonas semiáridas, conforme se visualiza en la Figura 2. En este entorno, la lluvia no sigue un patrón regular y ocurre apenas unos meses al año. La cobertura de suelo es poco profunda y la infiltración no es suficiente para mantener el suelo húmedo.

La región sufre con el fenómeno de sequías periódicas donde las lluvias son aún más reducidas y las poblaciones enfrentan problemas en el abastecimiento de agua y en el mantenimiento de los procesos productivos. Además, el Semiárido (IBGE, 2017) tiene un fuerte proceso de insolación, que provoca altas temperaturas y tasas de evapotranspiración, ocurriendo en esta región ríos no perennes, entendidos como tramos de drenaje cuya disponibilidad de agua no es positiva durante todo el año (ANA, 2015a).

Estas particularidades climáticas de la región llevaron a una visión específica de la gestión y del uso del agua. Desde el punto de vista físico, dada la existencia de ríos no perennes, entre las soluciones encontradas para la sostenibilidad del agua se destaca la construcción de embalses de distintas capacidades (presas, cisternas, fuentes, pozos, entre otros). En estas regiones las decisiones sobre el uso del agua involucran aspectos técnicos y de gobernanza dadas las incertidumbres sobre las cantidades que estarán disponibles en la próxima temporada de lluvias. La gestión del agua se realiza a nivel local, con un fuerte papel de las asociaciones de usuarios, de manera complementaria y coordinada con los Comités de Cuenca Hidrográfica.

**Figura 2.** Territorio del Semiárido Brasileño

Mapa 1.2.5 (IBGE, 2017)

Los problemas más específicos que afectan a una región aislada o al entorno de un embalse pueden resolverse mediante arreglos específicos, de carácter local. Con este fin, las organizaciones de usuarios locales son responsables de las decisiones dentro del embalse. Básicamente, se trata de decidir cómo se repartirá el agua acumulada en la época de lluvias entre los diferentes usuarios en la época seca en un lugar o región determinada.

El sistema adoptado consiste en la realización de reuniones al final de la temporada de lluvias, para definir, en el ámbito de estos arreglos institucionales locales (Comisiones de Manejo o de Gestión) las reglas de operación de los embalses a adoptar durante la temporada seca, de acuerdo con la disponibilidad de agua de cada presa.

Estas Comisiones de Gestión están compuestas por un grupo de personas que representan a los usuarios y los diferentes segmentos de la sociedad, y se orientan por la gestión participativa, acercando la sociedad a la gestión de forma que se actúen en los sistemas hídricos locales atendiendo a las necesidades sociales (Departamento Nacional de Obras Contra as Secas, 2021). Este es un claro ejemplo

de gestión descentralizada y participativa, en el marco estricto de la legislación vigente en Brasil.

En un entorno de escasez, la necesidad de negociar las cantidades a destinar a cada uso y/o usuario es fundamental. Las decisiones deben ser objeto de acuerdos muy consistentes, en los que cada parte sea consciente de que existe la posibilidad de que no haya agua en el próximo año. Por esta razón, las decisiones están sujetas a una asignación de agua negociada.

Las asignaciones de agua negociadas involucran a múltiples actores institucionales y usuarios del agua en torno a una decisión colectiva. Las concesiones de derechos sobre recursos hídricos emitidas en base a una Asignación de Agua Negociada formalizan una negociación social (ANA, 2015b). En general, no existe una regla para el uso del agua por parte de los usuarios del río arriba del embalse. Las presas en el semiárido están ubicadas principalmente en ríos de dominio de los Estados. En el caso de las presas gestionadas por la Unión, es necesaria la gestión compartida, con la participación de los usuarios aguas arriba y las autoridades otorgantes de los Estados (ANA, 2015b).

La gobernanza camina en conjunto con los estudios técnicos. La negociación sobre el uso del agua solo puede tener éxito si se basa en estudios técnicos que presenten, de manera clara y comprensible para los interesados, cuáles son los parámetros que justifican la expedición del derecho al uso de los recursos hídricos hasta el próximo período de lluvias, bajo pena de comprometer las actividades concedidas en un período determinado.

Con el fin de instrumentalizar las decisiones en materia de Asignación Negociada de Agua se inició un proceso participativo de formulación de Marcos Regulatorios, es decir, actos administrativos formulados por aquellos que pueden ser aplicados en cualquier región del país donde se presente escasez de agua y no solo en la región semiárida. Los marcos regulatorios se establecen en los procesos de gobernanza con mayor participación. En los aspectos técnicos, la Agencia Nacional de Agua y Saneamiento Básico trabaja en colaboración con agencias y entidades estatales con el objetivo de establecer reglas claras y exigibles en materia de subvenciones, que garanticen los usos múltiples del agua.

## **6. Supervisión/Fiscalización/Sanción en Materia de Aguas en el País**

Brasil tiene una gran disponibilidad hídrica que necesita ser gestionada por medio de supervisión, monitoreo y fiscalización. La abundancia de agua no significa una distribución equitativa de este líquido en todo el territorio brasileño o que se haya garantizado el derecho al acceso de agua potable a toda la población. La supervisión, inspección y la aplicación de sanciones tiene como objetivo evitar o contener el agravamiento de la paradoja entre prosperidad económica y destrucción de cursos de agua (Yassuda, 1993). La Ley Federal N° 9.433/1997 estableció las bases institucionales de la supervisión y sanciones relacionadas a la gestión y apropiación del agua.

El proceso de gestión del agua ha avanzado, pero de forma lenta, sea en relación al ámbito institucional o en la aplicación de los instrumentos de gestión. En parte, esto

se justifica por un cambio de modelo gerencial, que pasa de un sistema centralizado, marcado por el antiguo Código de Aguas de 1934, a un modelo descentralizado con una pluralidad de actores que participan en el proceso de planificación del uso y acceso a los recursos hídricos, que adopta la gestión por las cuencas hidrográficas y los comités de cuenca (Campos & Fracalanza, 2010). Esa base descentralizada enfrenta retos, pues buena parte del territorio brasileiro todavía no ha sido dividido en unidades de gestión con base en la cuenca, ni tampoco se instalaron todos los comités. No se puede ignorar que se ha avanzado mucho en las últimas décadas. Hasta 2019 se instalaron 10 comités federales y 223 comités de cuenca estatales, aunque representen apenas el 38,8% del territorio nacional, incorporan al 82,3% de los municipios, en los cuales viven el 83,9% de la población (ANA, 2020b).

La Política Nacional de Recursos Hídricos está inspeccionada por la Agencia Nacional de Aguas y Saneamiento Básico (ANA) y los órganos estatales de recursos hídricos. El principal instrumento de planificación hídrica son los planes de recursos hídricos, que existen a nivel nacional, estatal y de cuenca hidrográfica. El Plan Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) fue aprobado por la Resolución CNRH N° 181 de 2016, con vigencia para los años de 2016 a 2020, el cual no contempló la cuestión sanitaria, aunque determinó como prioridad la integración de la política de recursos hídricos con la política ambiental y otras políticas sectoriales. En el ámbito estatal, con excepción de Amapá, los Estados ya elaboraron sus planes. Se debe resaltar que varios Estados han concluido esa etapa hace poco tiempo. Este es el caso de Santa Catarina (2017), Espírito Santo (2018), Amazonas (2020), Pará (2020), Maranhão (2020) y Rondônia (2020) (ANA, 2020b).

El encuadramiento de los recursos hídricos enfrenta serias dificultades de implementación, y es por eso que la Resolución CNRH n° 181/2016 estableció como meta hasta 2020 la priorización de elaboración de propuestas de encuadramiento o su revisión para todas las cuencas que implementaron el cobro del agua.

La concesión de derecho de uso de recursos hídricos ha funcionado, aunque el uso clandestino sea un problema relevante, principalmente para las aguas subterráneas de titularidad de los Estados (Villar, 2016; ANA, 2020b). Durante su trayectoria, la ANA ya ha emitido 12 mil concesiones, totalizando un caudal de aproximadamente 5 mil m<sup>3</sup>/s, mientras que los Estados emitieron cerca de 655 mil concesiones, lo que representa 22 300 m<sup>3</sup>/s (ANA, 2020b, pág. 49).

Para mejorar ese instrumento y conocer la demanda por el uso, se creó el Catastro Nacional de Usuarios de Recursos Hídricos (CNARH), el cual, a partir de 2017, solo registra a usuarios regulares (ANA, 2020b). También en el 2017, entró en operación el Sistema Federal de Regulación de Usos (REGLA), que es una herramienta electrónica que agiliza los procesos de solicitud y regularización de pedidos de concesión. Las inversiones en procesos electrónicos hechas antes de la pandemia ayudaron a mitigar los efectos en la gestión hídrica (ANA, 2020b). El cobro por el uso del agua ha avanzado en las cuencas hidrográficas y es una fuente de recursos importantísima. En 2019, las entidades federales recaudaron R\$728,12 millones de reales, mientras que las estatales obtuvieron un presupuesto de R\$ 2,63 billones.

Brasil tiene dimensiones continentales y realidades hídricas muy distintas, de esa manera la morosidad del proceso de implementación de la gestión no es culpa de la ley, sino de la forma y dificultades de aplicarla (Deliberador & Caggiano, 2017). En ese sentido, el control y fiscalización del poder público es fundamental para obligar a los usuarios a adecuar su uso al bien común. Las actividades de fiscalización comprenden el control del uso, la verificación de irregularidades o infracciones administrativas, así como la determinación de medidas correctivas y aplicación de penalidades (ANA, 2020b). Para eso, la ANA realiza campañas de fiscalización y ha invertido en herramientas para ese fin, como, por ejemplo: imágenes de satélites de alta resolución, sobrevuelos, monitoreo de caudales por envío de fotos de los usuarios de los hidrómetros y datos de consumo de energía eléctrica asociados a la captación (ANA, 2020b). Esas herramientas son muy importantes en el periodo de COVID-19 pues permitieron que la fiscalización sucediese de forma remota.

### 7. Vinculación Entre la Gestión de Recursos Hídricos, Servicios Esenciales y Actividades Estratégicas Para el Manejo de la Crisis

La Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) estableció un modelo descentralizado, pero con coordinación nacional y estatal, conformando el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos (SIGREH). Este sistema debe estar conectado con la Política Nacional de Saneamiento Básico, Ley N° 11.445/2007 (modificada por la Ley N° 14.026/2020), y ambas deben integrarse en las acciones relacionadas con la gestión ambiental que cuentan con la Ley N° 6.938/81 (Silva, 2020). La gestión integral de la política del agua, la política de saneamiento y la política ambiental con la política de salud es fundamental para un medio ambiente saludable (Silva & Cunha, 2020a).

De esa manera, la salud, la higiene, el abastecimiento de agua, la agricultura y la energía tienen que planificarse de manera integrada. La Constitución Federal de Brasil de 1988 es programática en el sentido de que establece una serie de derechos fundamentales que deben realizarse a través de las políticas públicas correspondientes. Por eso, surgen planes que establecen paradigmas para acciones concretas en el área de salud (incluida la higiene), abastecimiento de agua y alcantarillado, producción de alimentos (agricultura) y generación de energía. La Tabla 1 enumera las políticas existentes en cada sector.

**Tabla 1.** Políticas públicas sectoriales fundamentales

Sector	Política Pública
Medio Ambiente	Política Nacional de Medio Ambiente
Recursos Hídricos	Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) - 1997
Salud e higiene	Política Nacional de Promoción de la Salud (PNPS) - 2006



Sector	Política Pública
Abastecimiento de agua	Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) - 1997 - y Política Nacional de Saneamiento Básico (PNSB) - 2007 - modificación realizada por el nuevo marco legal de saneamiento (Ley n. 14.026/2020)
Agricultura	Política Agrícola Política Nacional de Agricultura Urbana (PNAU – en el congreso) Política Nacional de Agricultura Familiar (PNAF) Política Nacional de Riego (PNI)
Energía	Plan Nacional de Energía - 2050 (PNE)

En 1997, Brasil institucionalizó la Política Nacional de Recursos Hídricos que no hizo mención directa a la salud, sin embargo, deja en claro la necesaria integración entre los múltiples usos del agua y la gestión ambiental. Se puede concluir, interpretando los artículos 6, 196 y 225 de la Constitución Federal de 1988, que no habrá ambiente saludable sin una conexión directa entre medio ambiente equilibrado, agua de calidad y atención médica. La mejor interpretación del sistema legal es a través de una exégesis más holística que agrega salud, higiene, educación, agua, así como el saneamiento en su conjunto.

Incluso la política nacional de medio ambiente al definir el concepto de polución incluye la salud, afirmando que se considerará polución a “la degradación de la calidad ambiental resultante de actividades que directa o indirectamente [p] erjudiquen la salud, la seguridad y el bienestar de la población” (Ley Nº 6.938, 31 de agosto de 1981, art. 3. II.).

En 2006, se aprobó la Política Nacional de Promoción de la Salud, que incluyó la protección del agua como esencial para una política de salud eficaz. Incluso antes de la pandemia del COVID-19, la interconexión entre higiene, salud y calidad del agua eran dimensiones de una agenda pública esencial para el control de enfermedades endémicas que han vivido entre la población brasileña durante décadas (Silva & Cunha, 2020a; Silva & Cunha, 2020b). En esta política, la integración es un elemento esencial y se da de manera intersectorial, es decir, varias políticas públicas deben dialogar entre sí y la planificación y ejecución deben ser conjuntas, cuando sea posible.

En 2007 se instituyó la Política Nacional de Saneamiento Básico en Brasil. Esta política establece una conexión más directa entre la salud y el medio ambiente, sin perder de vista la política de recursos hídricos. La gestión de aguas eficiente garantiza la calidad y cantidad de agua necesaria para la distribución y disminuye los costes de tratamiento del agua potable. Al mismo tiempo, la falta de saneamiento es la principal fuente de contaminación de los recursos hídricos. A pesar de esa relación, el art. 4 de la Ley Federal Nº 11.445/2007 separa los recursos hídricos y el saneamiento, indicando que los primeros no forman parte de los denominados servicios básicos de saneamiento (agua potable, alcantarillado

recolectado y tratado, disposición final de residuos, limpieza urbana y drenaje) (5 de enero 2007).

La política del agua está estrechamente ligada a la política de saneamiento básico, no hay forma de desenredarla, empezando por el cuidado basado en la gestión y gobernanza en las cuencas hidrográficas<sup>11</sup>. Aunque se traten de organizaciones institucionales y políticas distintas, los sectores de la administración pública que tratan de los recursos hídricos, salud y saneamiento tienen que dialogar y planificar de forma conjunta y teniendo como objetivo la gestión integrada. En esa perspectiva, se debe resaltar que el art. 200 de la Constitución determina que el Sistema Único de Salud (SUS) brasileño debe participar en la formulación de políticas y en la ejecución de acciones relacionadas con el saneamiento básico (Constitución Federal, 5 de octubre 1988). Esta comprensión y su inclusión en los procesos de gobernanza contribuyen para prevenir y enfrentar pandemias, como la del COVID-19 u otras que puedan surgir.

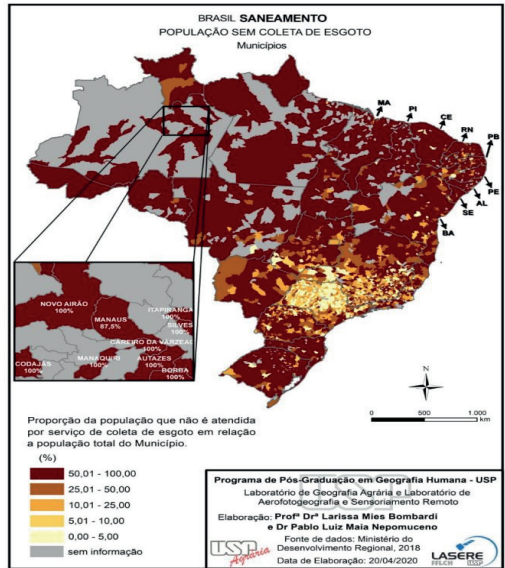
La relación salud, agua y saneamiento en el contexto del COVID-19 es central, pero al analizar la realidad brasileña se perciben los problemas relacionados al acceso de la red de alcantarillado. La Figura 3 demuestra que la mayor parte del territorio brasileño no ha garantizado que por lo menos el 50% de la población tenga acceso a las redes de alcantarillado, mientras que la Figura 4 demuestra la situación del tratamiento de las aguas residuales. La situación de los Estados de la región Norte es particularmente preocupante y permite especulaciones sobre si esa realidad contribuye al contagio y la alta incidencia de la enfermedad en los Estados de Amazonas y Pará.

Los mapas demuestran la precariedad del saneamiento, así como que faltan acciones para garantizar el acceso a un saneamiento de calidad, que incluya agua potable, redes de coleta y tratamiento. El abastecimiento urbano es el segundo mayor usuario de aguas en el país, siendo responsable por el 24.3% del agua captada en 2019 y, debido a la concentración poblacional en el territorio, genera una gran presión en los sistemas productores de agua (ANA, 2020b). Por su vez, la falta de red de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales es una de las principales responsables por la degradación de los recursos hídricos, generando implicaciones negativas a la salud pública y al medio ambiente (ANA, 2017). Esa conexión entre aguas y saneamiento exige que se construyan puentes entre Gobierno Federal y Estadual, titulares del dominio hídrico, y los gobiernos municipales, responsables por la prestación de los servicios de saneamiento.

---

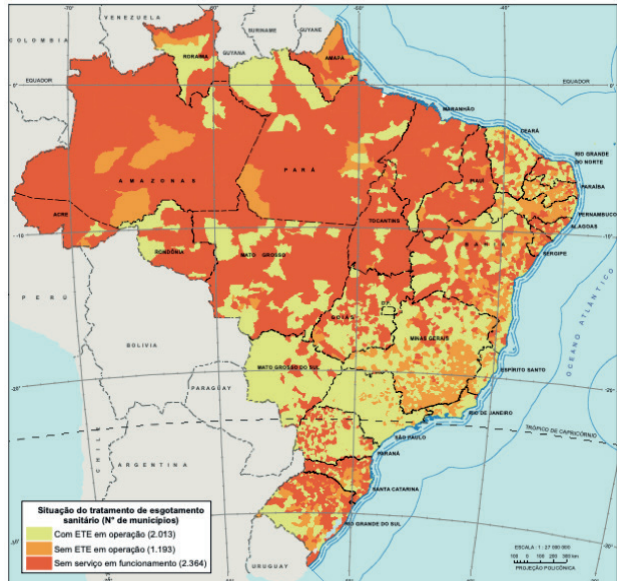
11 Recordemos que la Ley 14.026/20 agrega a las funciones de la Agencia Nacional del Agua (ANA) la regulación del saneamiento a través de estándares de referencia, pasando a denominarse Agencia Nacional de Agua y Saneamiento Básico. Esto, al parecer, es más lógico desde el punto de vista de la esencia de la gestión y la gobernanza del agua.

Figura 3. Población sin recolección de aguas residuales en Brasil



(Bombardi & Nepomuceno, 2020, pág. 2)

Figura 4. Situación del tratamiento de aguas residuales



(IBGE, 2020, pág. 63)

El sector agropecuario es el principal usuario de recursos hídricos en Brasil, respondiendo por el 58,2% de las extracciones (ANA, 2020b, pág. 32). Se estima que hay un total de 8,2 millones de hectáreas irrigadas en 2019. La irrigación es responsable por 80 millones de toneladas de productos (7% del total producido) y un aporte de R\$55 mil millones de reales (15%) de la receta total de la agricultura (ANA, 2020b, pág. 36). Esos números demuestran la importancia de incorporar a la gestión hídrica el concepto de agua virtual, especialmente, porque buena parte de esa cultura irrigada se destina al mercado externo. La Política Nacional de Riego prevé la emisión de certificaciones para las empresas agrícolas que utilizan el agua de manera racional, incluyendo los aspectos cuantitativos y cualitativos asociados con la tecnología del agua y el riego.

La Política Nacional de Energía de Brasil tiene una íntima conexión con los recursos hídricos, ya que la principal matriz energética del país es el agua, mediante la construcción de presas a lo largo de los ríos y el uso de agua para convertirla en energía. Sin embargo, el mantenimiento de esta política está relacionado con otros usos del agua, como la producción de alimentos, el consumo humano y la salud (Ministério das Minas e Energia, 2020).

En una crisis pandémica son necesarios, como en cualquier otra crisis, planes para hacer frente al momento de excepcionalidad con protocolos para la adecuación de la conducta en los distintos sectores que usan el agua o están susceptibles a la contaminación. El suministro de agua para garantizar la higiene es fundamental. En regiones como el semiárido de noroeste de Brasil, por ejemplo, que ha vivido con escasez de agua durante siglos, el acceso al agua también se logra mediante camiones, pozos artesanos y cisternas, y la calidad del agua es dudosa. Se sabe que, durante esta pandemia, no todas las comunidades y lugares públicos como las escuelas tuvieron acceso a la higiene básica por falta de agua. La pandemia puso de relieve un problema existente con respecto a la falta de saneamiento universal, especialmente para las comunidades más vulnerables. Con esta pandemia, se deduce que el país necesita tener una infraestructura sanitaria mínima para tener un nivel de resiliencia.

## **8. Desafíos en la Gestión de Recursos Hídricos y Buenas Prácticas en el País.**

El principal aporte de la pandemia fue dificultar aún más la superación de una serie de desafíos de la gestión que ya existían. En un esfuerzo de síntesis, los problemas más vislumbrados por la COVID-19 desde la perspectiva de la gestión hídrica son: (a) la relación epidemiológica del agua en la diseminación de la COVID-19, concebida no solo como elemento fundamental para la higiene, sino también como posible medio de transmisión; (b) garantizar el derecho humano al agua y al saneamiento, que se tornan aún más fundamental para garantizar la vida y la salud pública en un contexto económico muy fragilizado por las medidas de contención del virus; y (c) el papel del agua en la economía, siendo que está considerada como un elemento clave para la retomada del crecimiento económico durante y pospandemia, pero también un bien ambiental que exige la preservación de las cuencas hidrográficas (Melo, Santos, & Vieira, 2020).

La relación epidemiológica del agua en la transmisión del virus no es clara, sin embargo, considerando las pésimas condiciones de saneamiento en Brasil, esa hipótesis es preocupante. La disponibilidad de agua para la higiene como medio de evitar el virus es fundamental, pero si consideramos que es un vehículo de transmisión del virus, la situación es mucho más dramática. Estudios realizados con otros virus del grupo corona, demuestran la posibilidad de contaminación por medio de gotículas provenientes de las aguas residuales (Sala Técnica de Saneamiento, 2020). De esa manera, surge la necesidad de realizar y controlar los procesos de desinfección del agua (especial atención para las fuentes alternativas, tales como pozos y camiones de agua), monitoreo de la presencia del virus en los sistemas de aguas residuales y espacios de ocio relacionados al agua (piscinas, playas, lagos), procesos de desinfección específicos en los hospitales temporales o de campaña (Sala Técnica de Saneamiento, 2020).

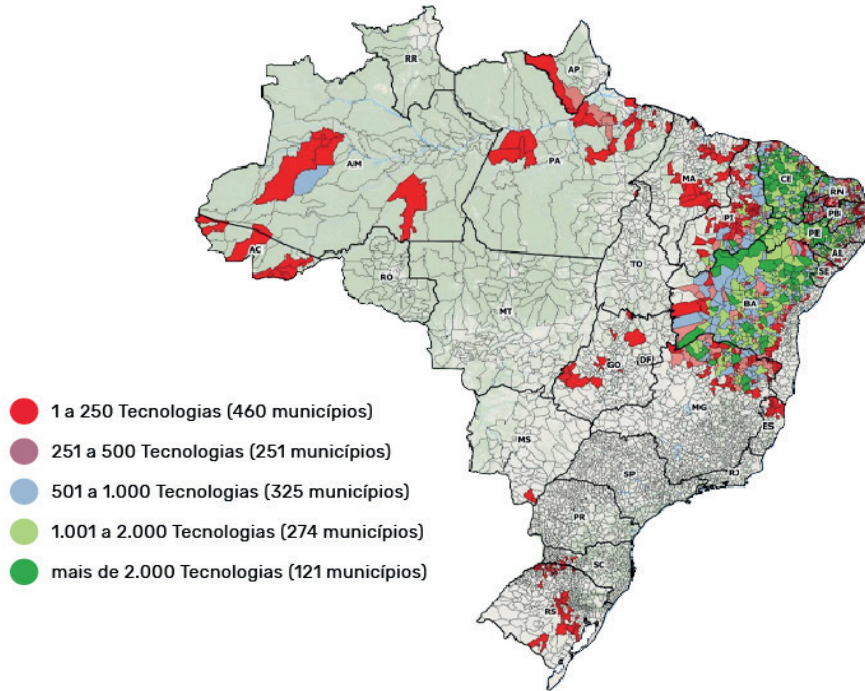
El derecho humano al agua y el saneamiento exigen acciones coordinadas entre Gobierno Federal, Estatal y municipal. Aunque la responsabilidad por el suministro de agua potable y red de alcantarillado pertenezcan principalmente al municipio (Ley N<sup>o</sup> 14.026, 15 de julio de 2020, art. 8), la gestión municipal no tiene cómo hacerlo de manera aislada. El municipio es el territorio más frágil del sistema hídrico brasileño y el que sufre directamente los efectos sanitarios de las enfermedades de vinculación hídrica. La mayoría de los municipios brasileños no tiene capacidades técnicas o financieras para enfrentar la pandemia, especialmente cuando se considera su desempeño en enfermedades endémicas ya conocidas como los virus del dengue y el zika (Silva, de Sousa, & Albino Barbosa, 2020).

Las soluciones individualizadas pueden contribuir para garantizar el acceso al agua y al saneamiento con la urgencia que la pandemia demanda en las áreas no atendidas por la red pública, principalmente en las comunidades rurales. Las grandes estructuras para el suministro de agua, la recolección y el tratamiento de aguas residuales no han llegado a estas comunidades y no hay perspectivas, lo que resalta la importancia de soluciones accesibles y de bajo coste (Heller, Mota, & Greco, 2020).

El Programa Cisterna de Placas, establecido en 2003, es una de esas iniciativas. Su objetivo es instalar estructuras de captación y de acumulación de agua en viviendas rurales en el semiárido Nordeste, para almacenar agua de lluvia y mitigar los efectos de la sequía. Es una tecnología social barata, pues cada sistema de recolección cuesta cerca de US\$ 1 000, y tiene un alto impacto social, garantizando agua para alrededor de 6,5 millones de personas considerando familias de 5 personas (Food and Agricultural Organization (FAO), 2018; Queiroz, 2018).

Hay aproximadamente 1,2 millones de cisternas en funcionamiento en esa región, que ocupa una quinta parte del territorio nacional y tiene 27 millones de habitantes. Ese programa mejora la calidad de vida de familias y comunidades pues aumenta la asistencia escolar, disminuye la incidencia de enfermedades por consumo de agua contaminada y reduce la sobrecarga laboral de las mujeres. La Figura 5 muestra la relevancia social de esa tecnología en la región semiárida.

**Figura 5.** Importancia de las tecnologías sociales para el acceso al agua para la región semiárida



(Melito, 2020, pág. 3)

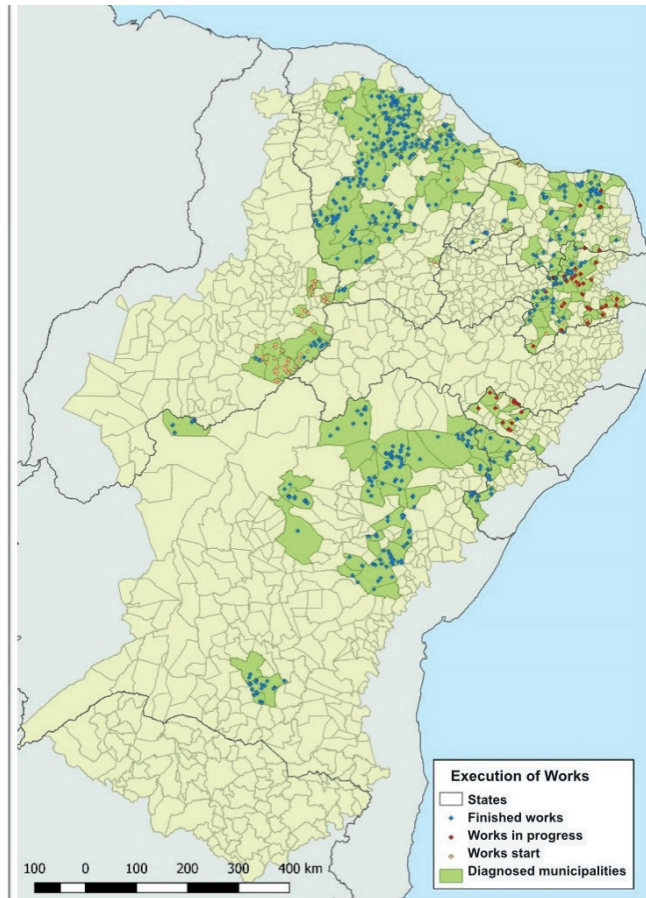
La comunidad construye el reservorio, en forma circular, y lo conecta a un sistema de captación de agua de lluvia, que puede ser una gran área de hormigón o incluso un sistema de canaletas instaladas en las casas. La capacidad de cada cisterna es de 16 mil litros. De un total de 1 794 municipios del Nordeste, cerca de 1 158 tienen instaladas cisternas (Hernandez & Szigethy, 2020). En este campo operan organizaciones no gubernamentales como la Articulación para el Semiárido (ASA) y el gobierno. Además de esta tecnología, existen otras que se encuentran bajo el Proyecto Agua Dulce desde 2004 y ahora están incluidas en el Programa Agua para Todos<sup>12</sup>.

Las presas subterráneas son otra práctica para la seguridad hídrica. Son excavaciones de rocas o de zanjas, cuyas paredes se recubren con láminas de plástico y se rellenan con el suelo extraído, para retener el agua de lluvia y almacenarla

12 El Programa Água Doce (PAD) es una iniciativa del gobierno federal en alianza con los gobiernos subnacionales y la sociedad civil para brindar agua de calidad proveniente de la extracción subterránea mediante desalinizadores. El Programa Agua para Todos (PAT) tiene como objetivo realizar acciones vinculadas al tema del acceso al agua, articuladas desde el gobierno federal, con el foco principal en la construcción de cisternas.

en el subsuelo, permitiendo la producción de alimentos y abastecimiento (Nascimento, y otros, 2015). La Figura 6 muestra los sistemas que ya fueron instalados en la región semiárida. En la imagen se destacan las desaladoras (representadas por los puntos azules) que utilizan la técnica de ósmosis inversa para resolver el problema de la salinidad de los acuíferos regionales y son gestionadas por las propias comunidades.

**Figura 6.** Sistemas de desalación instalados en el semiárido nororiental



(Ministério do Desenvolvimento Regional, 2019b)

Millares de familias han tenido el derecho al agua garantizado en una región con baja disponibilidad hídrica, bajos índices pluviométricos y sobre el acuífero cristalino, que tiene problemas de productividad y salinidad. Eso solo fue posible mediante la coordinación de los gobiernos federal, estatales, municipales y de

actores sociales. Aunque esa obligación sea municipal, los pequeños municipios, que son la mayoría en Brasil, carecen de condiciones adecuadas para proveer esa infraestructura o enfrentar situaciones de emergencia. Desde el punto de vista jurídico, la obligatoriedad de que los municipios elaboren planes directores (Constitución Federal, 5 de octubre 1988, art. 182; Ley N° 10.257/2001, 10 de julio 2001, art. 41), planes de saneamiento (Ley Federal N° 11.445/2007, 5 de enero 2007, art. 9) y planes de contingencia (Ley N° 12.608/2012, 10 de abril 2012, art. 2) es un gran avance que contribuye a construir una gobernanza entre los múltiples actores gubernamentales y sociales con otras agendas, como la de medio ambiente, salud, defensa civil. La aplicación de esos instrumentos permite articular acciones locales efectivas y estandarizadas.

Para el corto plazo y frente a la emergencia sanitaria de la COVID-19, teniendo como parámetros el rol epidemiológico y el derecho humano al agua y al saneamiento, es fundamental que se construya una gobernanza pública que promueva las siguientes acciones (Sala Técnica de Saneamiento, 2020, pág. 30):

- Procedimientos a realizar en áreas sin tratamiento (desinfección) de agua y/o alcantarillado;
- Procedimientos a realizar para distribuir agua mediante camión cisterna;
- Procedimientos para que, durante la epidemia, se revisen las tarifas de agua/alcantarillado en las zonas de mayor vulnerabilidad, para asegurar agua a las personas;
- Procedimientos para la distribución de hipoclorito de sodio a poblaciones en áreas de saneamiento deficiente;
- Guiar al paciente en aislamiento en casa sobre cómo tratar sus aguas residuales y desinfectar las instalaciones sanitarias;
- Guiar a los hospitales que no están conectados a la red de recolección sobre cómo tratar sus aguas residuales;
- Seguimiento y mapeo de casos confirmados para evaluar la calidad del agua y verificar el estado de las alcantarillas sanitarias;
- Mapear las áreas de prohibición del uso de contacto primario para recreación, como bañarse en playas, ríos, lagos, etc.;
- Identificar lugares (cursos de agua, etc.) con riesgo de contaminación con placas estandarizadas;
- Asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos de abastecimiento de agua;
- Elaboración y evaluación de planes de contingencia, entre otros.

Aunque la mayoría de esas acciones sean de competencia municipal, su operacionalización exigirá una coordinación entre los otros niveles administrativos, órganos ambientales, sanitarios y de recursos hídricos, en procesos de gobernanza. Esa coordinación será fundamental también para pensar el agua como elemento fundamental de la economía. La pandemia ha provocado cambios profundos en el modo de vivir y relacionarse, y desafía el paradigma económico, demostrando



la fuerza de los aspectos ambientales. Dentro de esos aspectos ambientales, garantizar agua para la producción económica y el mantenimiento de servicios esenciales para los seres humanos se torna cada vez más costoso. Los eventos hidrológicos extremos, así como el comprometimiento de la calidad y cantidad tiene consecuencias económicas drásticas para las finanzas públicas y privadas (Melo, Santos, & Vieira, 2020).

Para ilustrar, los eventos hidrológicos extremos relacionados a las inundaciones generan perjuicios en el orden de 31,4 mil millones de billones de dólares anuales, mientras que las sequías causaron pérdidas de 5,4 mil millones de dólares (UNESCO, 2019). A su vez el Banco Mundial correlaciona perdidas en el PIB cuando el nivel de la Demanda de la Bioquímica de Oxígeno en los cuerpos de agua supera la concentración de  $8 \text{ mgO}_2\text{L}^{-1}$  (Desbureaux, Damania, Rodella, Russ, & Zaveri, 2019).

Esos datos demuestran la importancia de fortalecer la gobernanza institucional y participativa, así como su coordinación. De esa forma, el programa Progestión (2013) es importante pues da incentivos financieros para el fortalecimiento institucional y gerencial de los sistemas estatales de acuerdo con metas pre-establecidas. Otra iniciativa es el Programa Nacional de Fortalecimiento de los Comités de Cuenca Hidrográficas (Procomités), que tiene como objetivo implementar metas, mejorar el funcionamiento de los Comités, promover la capacitación de los miembros, perfeccionar los recursos de comunicación y avanzar en la aplicación de los instrumentos de gestión de la Política Nacional de Recursos Hídricos. Esos programas son resultado de la movilización de la Agencia Nacional de Aguas y Saneamiento Básico, el Consejo Nacional de Recursos Hídricos y los Estados.

## 9. Conclusiones y Reflexiones

La COVID-19 ha puesto a prueba las principales estructuras sociales: Estado, mercado, organizaciones no gubernamentales y familias, así como destacó la importancia de la gestión de crisis. En el caso brasileño, la gestión de recursos hídricos no fue la principal impactada, sino que la crisis reforzó la centralidad del tema agua, saneamiento y derechos humanos. De manera general, la administración consiguió organizarse de forma tal que la gestión hídrica continuase, gracias al incremento del uso de la tecnología, lo que permitió la continuidad de los principales servicios de gestión hídrica.

La crisis pandémica del COVID-19 puso de relieve los problemas que ya existían en la gestión pública cotidiana, destacando la imperiosa necesidad de implementar un modelo integrado de gestión y gobernanza que refleje los múltiples usos del agua, incluso el ambiental, de forma interconectada con otras políticas. Cuando se piensa en enfermedades no se puede olvidar el rol del agua en prevenirlas, ni tampoco su relación con el ambiente. La COVID-19 no es la primera, ni será la última pandemia que la humanidad va a enfrentar, incluso la destrucción de ecosistemas, el cambio climático o el aprovechamiento inadecuado de la biodiversidad tiene potencial para permitir la emergencia de nuevos patógenos.

Si es verdad que la gestión de recursos hídricos ha continuado durante el último año sin grandes prejuicios, en contrapartida la COVID-19 presentó de forma muy clara la realidad de exclusión social brasileña materializada por la falta sistemática de servicios básicos de saneamiento, lo que tiene impactos en la salud pública, especialmente durante la pandemia. Aunque Brasil sea la novena economía del mundo, buena parte de su población no tiene acceso a derechos básicos.

Los temas de agua, saneamiento, recursos hídricos, medio ambiente y salud, así como el medio urbano, son tutelados por políticas públicas, creadas por leyes con principios, lineamientos y objetivos específicos, competencias, instrumentos y sistemas de gestión propios. Por tratarse de leyes diferentes, de diferentes épocas, y organizadas administrativamente de diferentes formas, se creó la impresión errónea de que son temas estancos. Sin embargo, para garantizar la mejora de la calidad y cantidad de agua disponible para el suministro, y sobre todo proteger a la población del COVID-19, es necesario que su implementación se lleve a cabo de manera integrada, ya que el denominador común es el agua.

En este caso, la integración se trata de gobernanza. Es necesario que todos los actores involucrados en la implementación de estas políticas establezcan formas de articulación sistemática y periódica, de forma que se permita un avance concreto en el mejoramiento de las condiciones sanitarias, que hoy tienen relevancia adicional, considerando la necesidad de la higiene para prevenir la COVID-19. La gobernanza será fundamental, sea para el monitoreo de la relación epidemiológica del agua en la diseminación de la COVID-19, sea para garantizar el derecho humano al agua y saneamiento, o para fomentar la retomada económica que tiene el agua como un elemento clave de la vida humana y de los ecosistemas.

## REFERENCIAS

- Ahmed, W., Angel, N., Edson, J., Bibby, K., Bivins, A., O'Brien, J., . . . Mueller, J. (2020). First confirmed detection of SARS-CoV-2 in untreated wastewater in Australia: A proof of concept for the wastewater surveillance of COVID-19 in the community. *Science of the Total Environment*(728). doi:doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.138764 Ministerio da Saúde do Brasil. (2020). *Paine Coronavirus*. Obtenido de Ministerio da Saúde do Brasil: <https://COVID.saude.gov.br/>
- ANA. (2015a). *Portaria ANA n° 149 que aprova a "Lista de Termos para o Thesaurus de Recursos Hídricos"*. Agência Nacional de Águas. Obtenido de [http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150406034300\\_Portaria\\_149-2015.pdf](http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150406034300_Portaria_149-2015.pdf)
- ANA. (2015b). *Nota Técnica n° 10/COMAR/SER*. Agência Nacional de Águas. Obtenido de [http://arquivos.ana.gov.br/institucional/sof/Alocacao\\_Agua/NT\\_10\\_2015\\_Doc\\_57595\\_2015.pdf](http://arquivos.ana.gov.br/institucional/sof/Alocacao_Agua/NT_10_2015_Doc_57595_2015.pdf)
- ANA. (2017). *Atlas Esgotos – Despoluição das Bacias Hidrográficas*. Brasília: Agência Nacional de Águas. Obtenido de <http://atlasesgotos.ana.gov.br/>
- ANA. (2020a). *Resolución N°. 21*. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.
- ANA. (2020b). *Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2020: informe anual*. Brasília: Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.
- AUD. (2015a). *Estatutos*. Obtenido de Associação dos Usuários do Perímetro de Irrigação do Arroio Duro (AUD): <http://aud.org.br/p.php?id=23&Estatutos>
- AUD. (2015b). *O Perímetro*. Obtenido de Associação dos Usuários do Perímetro de Irrigação do Arroio Duro (AUD): <http://aud.org.br/p.php?id=21&O+Per%C3%ADmetro>
- Bernstein, S. (2017). The United Nations and the Governance of Sustainable Development Goals. En N. Karnie, & F. Biermann, *Governing Through Goals: Sustainable Development Goals as Governance Innovation* (págs. 213 - 240). The MIT Press.
- Bhaduri, A., Bogardi, J., Siddiqi, A., Voigt, H., Vörösmarty, C., Pahl-Wostl, C., . . . Osuna, V. (2016). Achieving sustainable development goals froma

- water perspective. *Frontiers in Environmental Science*, 4(64). doi:10.4489/fenv.2016.00064
- Bombardi, L., & Nepomuceno, P. (29 de abril de 2020). COVID-19, desigualdade social e tragédia no Brasil. *Le Monde Diplomatique*. Obtenido de <https://diplomatique.org.br/COVID-19-desigualdade-social-e-tragedia-no-brasil/>
- Campos, V. N., & Fracalanza, A. (2010). Governança das águas no Brasil: conflitos pela apropriação da água e a busca da integração como consenso. *Ambiente & Sociedade*, 13(2), 365 - 382. doi:<https://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2010000200010>
- Comitê de Gerenciamento da Bacia Hidrográfica do Rio Camaquã. (2021). *Composição do Comitê*. Obtenido de Comitê de Gerenciamento da Bacia Hidrográfica do Rio Camaquã: <http://www.comitecamaqua.com/index.php/administracao/composicao-do-comite>
- Constitución Federal. (5 de octubre 1988). [*Constitución Federal*]. (Brasil).
- Decreto Nº 9.666/2019. (2 de enero de 2019). *Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério do Desenvolvimento Regional, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo - Direção e...*
- Deliberador, G. S., & Caggiano, M. (2017). *Fundamentos jurídicos da cooperacao federativa em matéria de recursos hídricos*. Sao Paulo: Universidade de Sao Paulo.
- Departamento Nacional de Obras Contra as Secas. (2021). *Formacao de Comissoes Gestoras de Acudes em Pernambuco*. Obtenido de Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS: <https://www.gov.br/dnocs/pt-br>
- Desbureaux, S., Damania, R., Rodella, A., Russ, J., & Zaveri, E. (2019). *The impact of water quality on GDP growth: evidence from around the world*. Washington : World Bank Group.
- Dutra, J., & Smiderle, J. (2020). Água e saneamento na pandemia da COVID-19 – desafio e oportunidade. *Conjuntura Econômica*, 50 - 51. Obtenido de [https://ceri.fgv.br/sites/default/files/2020-04/saneamento\\_joisa\\_juliana.pdf](https://ceri.fgv.br/sites/default/files/2020-04/saneamento_joisa_juliana.pdf)
- Food and Agricultural Organization (FAO). (2018). Compartilhar a água. *Suplemento Forum Mundial da Agua (NU)*, 1 - 6.
- Glaser, G. (2012). Base sustainable development goals on science. *Nature*, 491(35). doi:<https://doi.org/10.1038/491035a>

- Granziera, M. L. (2014). *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas.
- Heller, L., Mota, C., & Greco, D. (2020). COVID-19 fecal-oral transmission: Are we asking the right questions? *Science of the Total Environment*, 729.
- Hernandez, L. C., & Szigethy, L. (2020). Tecnologia e inovação para a redução do risco de crises hídricas. *Centro de Pesquisa em Ciência, Tecnologia e Sociedade, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Obtenido de <https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/104-tecnologia-e-inovacao-para-a-reducao-do-risco-de-criSES-hidricas>
- IBGE. (2016). *Estimativas da População, Downloads*. Obtenido de Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2016: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html>
- IBGE. (2017). *Semiárido Brasileiro*. Rio de Janeiro: IBGE.
- IBGE. (2020). *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: IBGE.
- IBGE. (2021). *Séries Históricas e Estadísticas. Doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado (DRSAI)*. Obtenido de <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=IU33>
- Instrucción Normativa Nº 19 [Ministerio de la Economía]. (12 de marzo de 2020).
- LEI Nº 6.938. (31 de agosto de 1981). *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*.
- Ley Federal Nº 11.445/2007. (5 de enero 2007). *Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6*.
- Ley Federal Nº 13.979. (6 de febrero 2020). *Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*.
- Ley Nº 12.608/2012. (10 de abril 2012). *Ley que instituye la Política Nacional de Protección y Defensa Civil*.
- Ley Nº 10.257/2001. (10 de julio 2001). *Reglamenta los arts. 182 y 183 de la Constitución Federal, establece las directrices generales de la política urbana y dicta otras medidas*.
- Ley Nº 14.026. (15 de julio de 2020). *Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional*

- de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento.*
- Ley Nº 9.433/1997. (8 de enero 1997). *Ley de Aguas.*
- Melito, L. (21 de Enero de 2020). Programa de cisternas enfrenta “seca” de recursos e fome bate à porta do semiárido. *Brasil de Fato*. Obtenido de <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/21/programa-de-cisternas-enfrenta-seca-de-recursos-e-fome-bate-a-porta-do-semiarido>
- Melo, M. C., Santos, A., & Vieira, J. (2020). A nova centralidade da água e do saneamento pós-COVID-19. *Rev. Augustus*, 25(51), 294 - 315.
- Ministerio da Saúde do Brasil. (2020). *Paine Coronavirus*. Obtenido de Ministerio da Saúde do Brasil: <https://COVID.saude.gov.br/>
- Ministerio de la Salud. (2020a). *Portaria del Ministerio de la Salud Nº 188* .
- Ministerio de la Salud. (2020b). *Portaría del Ministerio de la Salud Nº 1.565*.
- Ministério do Desenvolvimento Regional. (2019a). *Resultados*. Obtenido de <https://www.integracao.gov.br/seguranca-hidrica/programa-agua-doce/resultados>
- Ministério do Desenvolvimento Regional. (2019b). *Secretaria Nacional de Saneamento - SNS. Sistema Nacional de Informacoes sobre Saneamento: 24º Diagnóstico dos Servicos de Agua e Esgotos - 2018*. Brasilia: SNS/MDR.
- Naciones Unidas. (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Santiago: NU.
- Nascimento, A. F., Silva, M., Marques, F., Oliveira Neto, M., Parahyba, R., & Amara, A. (2015). *Caracterização Geoambiental em Áreas com Barragem Subterrânea no Semiárido Brasileiro*. Embrapa Solos.
- Nugem, R. d. (2015). *Doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado (DR-SAI) em Porto Alegre – RS [Tesis de Maestria en Enfermeria, Universidade Federal do Rio Grande do Sul]*. Porto Alegre.
- Palermo, M. A. (2020). Outorga de recursos hídricos e as vazões de referência - Video-aula. En P. C. Villar, & M. Granziera, *Derecho de aguas a luz de la gobernanza*. Brasilia: ANA.
- Qin, D., Lu, C., Liu, J., Wang, H., Wang, J., Li, H., . . . Chen, G. (2014). Theoretical framework of dualistic nature–social water cycle. *Chin. Sci. Bull*, 59, 810 - 820 Hao Wang, Jianhua Wang, Haihong Li, Junyin Chu & Genfa Chen. doi:doi.org/10.1007/s11434-013-0096-2
- Queiroz, R. (19 de Mayo de 2018). Cisterna é a tecnologia mais eficaz contra seca, diz especialista. *Folha de S. Paulo*. Obtenido de <https://www1.folha.uol>.

com.br/empreendedorsocial/2018/05/cisterna-e-a-tecnologia-mais-eficaz-contraseca-diz-especialista.shtml

- Sala Técnica de Saneamento. (2020). *Recomendações para prevenção do contágio do COVID-19 (novo Coronavírus Sars-Cov-2) pela água e esgoto doméstico*. Trata Brasil, Sala Técnica de Saneamento.
- Santos, L. S. (2020). Dilemas morais da gestão pública brasileira no enfrentamento da pandemia do novo coronavírus. *Revista de Administração Pública*, 54(4), 909 - 922. doi:doi.org/10.1590/0034-761220200219
- Silva, J. I. (2020). *Segurança Hídrica Ecológica: fundamentos para um conceito jurídico*. [Tesis de Doctorado, Universidade Federal da Paraíba].
- Silva, J. I., & Cunha, B. (2020a). *Da água á pandemia: a face real da crise apontando para novos paradigmas e solucoes*. Caxias do Sul: EDUCs.
- Silva, J. I., & Cunha, B. (2020b). O saneamento básico brasileiro versus pandemia: a necessidade urgente de mudança de paradigma. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, 10(3).
- Silva, J. I., de Sousa, C., & Albino Barbosa, J. (2020). “Zika virus” e desenvolvimento regional: linhas preliminares de análise. *Revista Brasileira de Desenvolvimento Regional*, 8(1), 27 - 54. doi:http://dx.doi.org/10.7867/2317-5443.2020v8n1p27-54
- Siqueira, M. S., Rosa, R., Bordin, R., & Nagem, R. (2017). Internações por doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado na rede pública de saúde da região metropolitana de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2010-2014. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, 26(4), 795 - 806. doi:https://doi.org/10.5123/s1679-49742017000400011
- UNESCO. (2019). *Leaving no one behind*. Paris: UNESCO.
- United Nation Sustainable Development Solutions Network (UNSDSN). (2013). *An Action Agenda for Sustainable Development. Report for the UN Secretary General*. New York: United Nations Sustainable Development Solutions Network.
- United Nations. (2015). *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Washington DC: United Nations.
- Villar, P. C. (2016). As águas subterrâneas e o direito à água em um contexto de crise. *Ambiente & Sociedade*, 19(1), 85 - 102.
- Villar, P. C., & Granziera, M. (2020). *Derecho de aguas a luz de la gobernanza*. Brasilia: ANA.

- Wu, Y., Guo, C., Tang, L., Hong, Z., Zhou, J., Dong, X., . . . Huang, X. (2020). Prolonged presence of SARS-CoV-2 viral RNA in faecal samples. *Lancet Gastroenterol Hepatol*, 5, 434 - 435. doi:10.1016/S2468-1253(20)30083-2
- Yassuda, E. R. (1993). Gestão de recursos hídricos: fundamentos institucionais. *Revista de Administração Pública*, 27(2), 5 - 18.



# LA GESTIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS EN PERÚ EN EL CONTEXTO DEL COVID-19<sup>1</sup>

*Paul Villegas Vega<sup>2</sup>*

## 1. Introducción

El agua es un recurso natural indispensable tanto para los procesos biológicos del ser humano y su ambiente, como para el desarrollo socioeconómico de éste. Como mencionan Cairampoma y Villegas, el agua resulta ser “un recurso fundamental para la vida y el desarrollo de toda la sociedad” (2015, pág. 21), lo cual es suscrito por diversos académicos y profesionales en la materia. En base a dicha esencialidad, los estados lo han reconocido en sus ordenamientos jurídicos internos y en compromisos internacionales. En Perú, esta esencialidad del agua fue incorporada en el artículo 7-A de la Constitución Política del Perú al expresar que toda persona tiene el derecho a acceder al agua, debiendo el Estado garantizarlo y promover su manejo sostenible (Constitución Política del Perú, 31 de diciembre de 1993).

Con dicho propósito, se debe destacar su comprensión como recurso natural en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, a través de la cual se establece que el aprovechamiento de estos recursos por parte de los particulares deberá ser sostenible de acuerdo a lo establecido en las normas especiales (Ley N° 26821, 25 junio 1997, art. 8). De ahí que la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338 (en adelante, la Ley), como norma especial, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG (en adelante, el Reglamento) hayan regulado el uso y la gestión integrada del agua para su aprovechamiento en términos de sostenibilidad por parte de los particulares y del propio Estado (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009, art. 2; Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 1).

En base a dicho criterio de sostenibilidad, la Ley y el Reglamento han establecido los lineamientos de actuación del Estado a través de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) como parte de la Administración Pública con el fin de hacer una

---

1 El presente artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación académica “Protección de las aguas subterráneas. Análisis sobre la sostenibilidad de su aprovechamiento y su vinculación con el Derecho Humano al Agua y Saneamiento”, financiado por el Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se agradece el apoyo de Marycielo Miranda Cabrera, Braylyn Paredes Aranda, Sandhy Salazar Verdín y Maritza Yauli Nuñez, asistentes del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo – GIDA de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la elaboración del presente artículo.

2 Profesor Auxiliar de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP e investigador en el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo - GIDA de la misma casa de estudios.

adecuada gestión de los recursos hídricos que asegure que el aprovechamiento por parte de los particulares tendrá en cuenta criterios orientados a conservar la capacidad del recurso hídrico para las futuras generaciones. Esta actuación regular en la gestión integral de los recursos hídricos se habría visto alterada por las normas emitidas por el Estado peruano como medida de prevención de transmisión del COVID-19 en el país, considerando que este último fue calificado por la Organización Mundial de la Salud como pandemia al tratarse de una masiva distribución geográfica de contagiados por el virus que genera un grave perjuicio para la vida humana (OMS, 2020).

Ahora bien, con el propósito de observar el impacto que tuvo la normativa emitida por el Estado peruano como medida de prevención de la transmisión del COVID-19 en el país en este sector, en el presente artículo se analizarán siete áreas relacionadas a la actuación de la Administración Pública en la gestión de los recursos hídricos en Perú en el contexto del COVID-19: la gobernanza del agua y su impacto en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 3 y 6; el otorgamiento de derechos de uso de agua y otros procedimientos administrativos relativos a su ejercicio; la continuidad de las labores de los servidores públicos de la Autoridad Nacional del Agua en este contexto; el rol de las organizaciones de usuarios de agua; la fiscalización y sanción en materia de aguas; la relación entre la gestión de recursos hídricos, actividades estratégicas y servicios esenciales para el manejo de la crisis; y las buenas prácticas y desafíos en la gestión de recursos hídricos en el país.

## **2. La Gobernanza del Agua e Impacto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible N° 3 y N° 6 en el País**

El 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la cual contiene diecisiete (17) Objetivos de Desarrollo Sostenible como un llamado de compromiso de los Estados Miembros de las Naciones Unidas para la acción universal y colectiva “para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas en todo el mundo” (Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2020). De manera que, al aprobar la Agenda 2030, se generó el compromiso de los Estados Miembros de las Naciones Unidas de establecer metas nacionales que permitan alcanzar el cumplimiento de dichos Objetivos de Desarrollo Sostenible, lo cual implica que haya una modificación e incorporación de procesos, políticas y estrategias nacionales conducentes al cumplimiento de tales objetivos.

Para el presente trabajo, se destacarán dos de los diecisiete (17) Objetivos de Desarrollo Sostenibles por su vinculación con el agua en el país: (a) el tercer objetivo de desarrollo sostenible de bienestar y salud (en adelante, ODS 3) y (b) el sexto objetivo de desarrollo sostenible de agua limpia y saneamiento (en adelante, ODS 6). Por un lado, el ODS 3 está relacionado a garantizar una vida sana y promover el bienestar en todas las edades como condición esencial para el desarrollo sostenible, puesto que, a partir de ello se busca reducir la tasa de mortalidad, la reducción de enfermedades, el fortalecimiento de la prevención y tratamiento, el acceso universal de servicios de salud, entre otros. Y, por otro lado,

el ODS 6 se enfoca en garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos, a través del cual se busca lograr el acceso universal y equitativo del agua para todos (Naciones Unidas, 2020).

De esa manera, se observa que los ODS 3 y 6 resultan esenciales en la gobernanza del agua en el país. Al respecto, Ulloa et al. conceptualizan la gobernanza del agua advirtiendo lo siguiente:

- Una primera concepción implica que el agua es un bien económico, por lo que la gobernanza del agua está relacionada a su apropiación y/o explotación.
- Una segunda concepción sugiere que el agua es un derecho humano extendido, a partir del cual se reconoce a la gobernanza del agua como un servicio público o de interés general, sin dejar la visión de mercancía.
- Una tercera concepción abarca la idea de que la gobernanza del agua es una herramienta para proteger dicho recurso al ser un bien colectivo.
- Una cuarta concepción está relacionada a la consideración del agua como un actor político no humano con derechos.

Sin perjuicio del mayor respaldo que pueda tener una concepción sobre otra, Ulloa et al. señalan que dichas concepciones se materializan en la infraestructura, lo que, a su vez, genera diversas formas de gobernar y ejercer el control político y material del agua (2020).

Por su parte, Global Water Partnership señala que la gobernanza del agua implica un conjunto de

estructuras políticas, sociales, económicas y jurídicas que las sociedades eligen y aceptan para gestionar sus asuntos relacionados con el agua; incluye los gobiernos, las fuerzas del mercado que ayudan a asignar recurso, y cualquier otro mecanismo que regula la interacción humana (como se cita en Hatta, 2015, pág. 1)

Esta perspectiva estructural y general sobre la gobernanza del agua permite referirla como el conjunto de políticas y mecanismos implementados en el país para orientar una gestión eficiente del recurso hídrico.

Esto último coincide con los esfuerzos de los Principios de Gobernanza del Agua de la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los cuales tienen por finalidad contribuir a la creación de políticas públicas que sean tangibles y estén orientadas a la obtención de resultados y, se basan en tres dimensiones: confianza y participación, efectividad, y eficiencia (OCDE, 2015). Podemos observar estas tres dimensiones en la figura 1.

Estos Principios de Gobernanza del Agua son considerados en Perú a partir del Acuerdo de Cooperación y Memorándum de Entendimiento con la OCDE de diciembre de 2014. Según la ANA, la OCDE cuenta con la Iniciativa de Gobernanza del Agua con la cual se busca apoyar la aplicación de dichos principios en los Estados Miembros y No Miembros mediante la aplicación de mejores prácticas y contribuciones sobre el desarrollo de indicadores, las mismas que fueron incorporadas en la prueba de implementación a escala nacional (Autoridad Nacional

del Agua, 2017). A partir de la prueba de implementación, la ANA señaló las siguientes conclusiones:

- Los objetivos planteados para la *Prueba Piloto Escala Nacional: Perú* fueron alcanzados a cabalidad en su primera y su segunda fase. Los participantes fueron informados sobre los diferentes temas que se vienen abordando sobre gobernanza del agua en el marco de la OCDE y la participación e involucramiento nacional en este tema.
- Los Principios de Gobernanza del Agua de la OCDE, y la discusión de sus indicadores, fueron internalizados a nivel nacional y a nivel de las Autoridades Administrativas del Agua, con la asistencia de 378 profesionales de 261 organizaciones que participaron durante ambas fases. A través del diálogo multiactor, expresaron su percepción sobre el estado del sistema de gobernanza del agua midiendo el marco de políticas, marco institucional y marco de instrumentos.
- En los talleres realizados, se evidenció un fuerte nivel de consenso para la determinación del grado de implementación de cada indicador de los Principios de Gobernanza del Agua. (Autoridad Nacional del Agua, 2017)

**Figura 1.** *Visión General de los Principios de Gobernanza del Agua del OCDE*



De las conclusiones expresadas, se observa la buena internalización por parte de las Autoridades Administrativas del Agua en relación a los indicadores sobre los Principios de Gobernanza del Agua de la OCDE, así como el reconocimiento del Sistema de Gobernanza del Agua a través de las políticas públicas, marco institucional y los instrumentos existentes en el ordenamiento peruano.

A partir de los Principios de la Gobernanza del Agua en el país y en atención al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, se observa el siguiente estado de las acciones adoptadas respecto a los ODS 3 y ODS 6 en particular por su relación con el agua:

- Sobre el ODS 3, se estableció que en relación a la meta 3.9. de “reducir considerablemente el número de muertes y enfermedades causadas por productos químicos peligrosos y por la polución y contaminación del aire, el agua y el suelo” no habría avances significativos registrados para el 2018.
- Sobre el ODS 6, se estableció que en relación a la meta 6.3. de “mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, reduciendo a la mitad el porcentaje de aguas residuales sin tratar y aumentando considerablemente el reciclado y la reutilización sin riesgos a nivel mundial” se habría presentado un avance parcial toda vez que solo el 64% de la población contaba con servicios de saneamientos básico con tratamiento de aguas residuales de forma segura hasta el 2015. (INEI, 2018)

Este avance en el cumplimiento de los ODS 3 y ODS 6 en el país, incluso, habría sido detenido por la crisis generada por la propagación del COVID-19 en el país, en razón de las medidas adoptadas por el Estado peruano para enfrentar dichos efectos. De ahí que resulte relevante anotar la necesidad de replantear la gobernanza del agua en todo el mundo y la manera en cómo se renuevan o refuerzan las acciones para cumplir con las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Y es que, conforme ha señalado la Organización Mundial de la Salud, existe la necesidad de integrar los Objetivos de Desarrollo Sostenible a nivel nacional para enfrentar los efectos del COVID-19, revelando así la necesidad de adoptar acciones inmediatas, a diferencia del plazo inicialmente previsto en la Agenda 2030 (Heggen & Sandset, 2020). En ese sentido, resultará preciso mencionar que la crisis generada por la propagación del COVID-19 no debe ser vista únicamente desde los perjuicios que genera para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular, el ODS 3 y OD6; sino también como una oportunidad de evaluación para la implementación de los Principios de Gobernanza del Agua adoptados por la OCDE que permita coadyuvar al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible mencionados.

### **3. El Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y Otros Procedimientos Administrativos Relativos a su Ejercicio en el País**

El aprovechamiento de los recursos hídricos en Perú se efectúa a través de derechos de uso de agua otorgados por la autoridad competente al usuario de agua. De

acuerdo con el artículo 44 de la Ley y el artículo 64 del Reglamento, toda persona natural o jurídica, pública o privada, puede usar el agua siempre que cuente con el derecho de agua otorgado por la ANA mediante resolución administrativa, a través de su órgano desconcentrado, exceptuando el uso primario del agua (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009; Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010).

La Ley y Reglamento establecen la licencia, permiso y autorización de uso de agua como derechos de uso de agua (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009, art. 45; Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 64), los cuales son títulos habilitantes a través de los cuales el Estado transfiere la facultad de aprovechar o gozar del recurso hídrico en atención a la calidad y finalidad establecida en la resolución administrativa (Cairampoma & Villegas, 2015).

Así, la primera es un derecho de uso de agua a través del cual la ANA, previa opinión del Consejo de Cuenca respectivo, reconoce al usuario la facultad de usar el recurso hídrico con un fin y lugar determinado para una actividad permanente, sea consuntivo o no consuntivo, e incluso en su modalidad especial de agua provisional o agua en bloque (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009, art. 47, 51 y 52; Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 70, 73, 74 y 75).

La segunda es un derecho de uso de agua para épocas de superávit hídrico con duración indeterminada y de ejercicio eventual que la ANA, previa opinión del Consejo de Cuenca respectivo, reconoce al usuario la facultad de usar una indeterminada cantidad de agua variable que proviene de fuente natural, y de duración indeterminada de agua variable que proviene de filtraciones resultantes del derecho de uso de agua en el caso del permiso de uso de aguas subterráneas (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009, art. 58 y 59; Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 87 y 88).

Y la tercera es un derecho de uso de agua otorgado al usuario de agua para usar el recurso hídrico por un plazo no mayor de dos años para la realización de actividades relacionadas directa o indirectamente con la ejecución de estudios, ejecución de obras y lavado de suelos, pudiendo ser prorrogada por única vez y en plazo similar (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009, art. 62; Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 89).

Para el otorgamiento de estos derechos de uso de agua, los administrados deben seguir los procedimientos administrativos en atención a los principios y normas del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) (Ley N° 27444, 10 de abril del 2001), la Ley, el Reglamento y las normas que regulen los procedimientos en materia de agua que sean aprobadas por Resolución Jefatural de la ANA (Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 64.4).

De ahí que resulte importante destacar que, en principio, el TUO de la LPAG establezca dos tipos de procedimientos administrativos que los administrados deben seguir ante las entidades públicas, incluida la ANA, para la satisfacción de sus intereses, siendo estos procedimientos administrativos el de aprobación automática de fiscalización posterior y el de evaluación previa (Ley N° 27444, 10 de abril del 2001, art. 33, 34, 35 y 38).

Asimismo, la Ley y el Reglamento han establecido que el otorgamiento de derechos de uso de agua, sean de licencia, permiso o autorización de uso de agua, debe contar previamente con la autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica, acreditación de disponibilidad hídrica y autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009, art. 53, 54, 55, 61 y 63; Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 79).

Del mismo modo, mediante Resolución Jefatural N° 007-2015-ANA, la ANA aprobó el Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Aguas (en adelante, el Reglamento de Procedimientos), en concordancia con el TUO de la LPAG, la Ley y el Reglamento. En este Reglamento de Procedimientos, se establece las disposiciones aplicables a los procedimientos administrativos para el otorgamiento de licencia, permiso y autorización de uso de agua, conforme a los siguientes puntos:

- Para el otorgamiento de licencia de uso de agua, el administrado debe presentar la solicitud ante la autoridad administrativa, junto documentos requeridos en el Reglamento de Procedimientos, para que luego esta última realice la verificación técnica de campo correspondiente y certifique la conclusión de la ejecución de las obras de aprovechamiento hídrico (Autoridad Nacional del Agua, 2010, art. 21).
- Para el otorgamiento de permiso de uso de agua, el administrado debe presentar la solicitud ante la autoridad administrativa, junto al formato establecido, y acreditar la documentación establecida en el Reglamento de Procedimientos, para que luego esta última realice evaluación de la solicitud (Autoridad Nacional del Agua, 2010, art. 33).
- Para el otorgamiento de autorización de uso de agua, el administrado debe presentar la solicitud ante la autoridad administrativa, junto al formato establecido, y acreditar la documentación establecida en el Reglamento de Procedimientos, para que luego esta última realice evaluación de la solicitud (Autoridad Nacional del Agua, 2010, art. 34).

Ahora bien, el brote del COVID-19 en el Perú no solo ha generado un impacto en el ámbito social, económico, político y cultural, sino que, también, ha desafiado la forma en la que las entidades públicas venían atendiendo a los administrados en el marco de sus funciones. De ahí que el Estado peruano haya emitido diversas disposiciones que buscaban evitar el contagio del COVID-19 y facilitar las funciones de la Administración Pública. Para efectos del presente apartado, se hace referencia a la suspensión de plazos de procedimientos administrativos seguidos ante las entidades públicas que forman parte de la Administración Pública y la implementación de herramientas tecnológicas para generar procedimientos administrativos electrónicos, con el propósito de coadyuvar la labor de reducir el riesgo del contagio por COVID-19.

Por un lado, en relación a la suspensión de plazos, diversas entidades públicas suspendieron los plazos de los procedimientos administrativos seguidos ante

ellas, a partir de la publicación del Decreto de Urgencia N° 026-2020, de fecha 15 de marzo de 2020; Decreto de Urgencia N° 029-2020, de fecha 20 de marzo de 2020 y sus respectivas prórrogas; y el Decreto Supremo N° 087-2020, de fecha 20 de mayo de 2020, que establecieron la suspensión de plazos de los procedimientos administrativos hasta el 10 de junio de 2020. Estos decretos serán denominados *normas de suspensión de plazos administrativos* para efectos del presente apartado.

Sin perjuicio de la aplicación de suspensión de plazos de los procedimientos administrativos seguidos en otras entidades públicas, la ANA publicó la “Lista de procedimientos cuya tramitación no se encuentra sujeta a la suspensión de plazos”, mediante Resolución Jefatural N° 089-2020-ANA, de fecha 28 de mayo de 2020, en atención a la facultad excepcional de los Ministerios de no aplicar la suspensión de plazos a procedimientos administrativos seguidos ante ellos y sus entidades públicas adscritas de conformidad con las “normas de suspensión de plazos administrativos”, tal como es el caso de la ANA que es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 21).

En la lista de procedimientos administrativos no sujetos a suspensión de plazos de la ANA, se incluyó a los procedimientos administrativos para otorgamiento de licencia, permisos y autorización de uso de agua, así como otros procedimientos vinculados a dicho otorgamiento (Autoridad Nacional del Agua, 2020a, art. 1 y anexo); por lo que, desde el día siguiente de la publicación de dicha resolución en el Diario el Peruano, el cómputo de los plazos de inicio y tramitación de procedimiento administrativos seguidos en la ANA fue reanudado.

De manera que, aun cuando las normas de suspensión de plazos administrativos establecían como fecha de reanudación el día siguiente del 10 de junio de 2020 para las entidades públicas, los plazos de los procedimientos administrativos seguidos ante la ANA, como los de otorgamiento de derechos de uso de agua y relacionados, fueron reanudados el 29 de mayo de 2020.

Por otro lado, en relación a la implementación de herramientas tecnológicas para generación de procedimientos administrativos electrónicos, se debe destacar que el artículo 30 del TUO de la LPAG establece que los procedimientos administrativos pueden realizarse total o parcialmente con el uso de la tecnología y medios electrónicos, sin perjuicio de medios físicos tradicionales, denominándolos procedimientos administrativos electrónicos. De ahí que la ANA, como entidad pública que es parte de la Administración Pública, se encuentra habilitada legalmente para emplear herramientas tecnológicas en el desarrollo de sus funciones, siempre que se respete el cumplimiento de todos los principios, derechos y garantías del debido procedimiento establecidos en el TUO de la LPAG.

En consideración de ello y los desafíos que generaba (y continúan generando) el brote del COVID-19 en el país, la ANA implementó la Mesa de Partes Virtual para la atención a los administrados y público en general, la cual fue considerada como la vía de tramitación para los procedimientos administrativos seguidos ante la entidad (Autoridad Nacional del Agua, 2020a, art. 2), permitiendo así que las herramientas tecnológicas faciliten el acceso y seguimiento de los procedimientos



administrativos ante la entidad y, con ello, se reconozcan como procedimientos administrativos electrónicos, propicios para el contexto generado por el brote del COVID-19 en el país.

En ese sentido, el brote del COVID-19 en el país no solo ha impactado en el ámbito social, económico, político y cultural, sino que también ha desafiado la forma en la que las entidades públicas atienden a los administrados en el marco de sus funciones. Y es que, como parte de las acciones para prevenir y/o reducir el riesgo de contagio del COVID-19, los procedimientos administrativos para el otorgamiento de derechos de uso de agua seguidos ante la ANA fueron suspendidos entre el 16 de marzo y 28 de mayo de 2020, siendo su reanudación el 29 de mayo del mismo año y debiendo emplear la plataforma de Mesa de Partes Virtual para su desarrollo.

#### **4. La Continuidad de las Labores de los Servidores Públicos de la Autoridad Nacional del Agua en el País**

El brote del COVID-19 en el país también ha generado un cambio en la dinámica de las relaciones interpersonales, en todos los niveles y espacios sociales. Según la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, el COVID-19 es transmitido por contacto personal cercano con una persona infectada al toser, estornudar o tocar objetos o superficies contaminadas (2020), por lo que la cercanía de las personas en un mismo espacio físico genera un alto riesgo de contagio.

A raíz de ello, el Estado peruano, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM de fecha 15 de marzo de 2020 y sus prórrogas, declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan (y continúan afectando) la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19 en el país. De esa manera, en el ya citado Decreto de Urgencia N° 026-2020, se dispuso el trabajo remoto para los trabajadores del sector público y privado, con excepción de aquellos trabajadores confirmados con el COVID-19 a quienes se les consideró con descanso médico (Decreto de Urgencia N° 026-2020, 2020, art. 16 y 17), entendiendo tal modalidad de trabajo como,

La prestación de servicios sujetos a subordinación, con presencia física de los servidores en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita. (Servir, 2020, pág. 7)

La disposición sobre el trabajo remoto en las entidades del sector público fue modificada con la publicación del Decreto Supremo N° 116-2020-PCM, de fecha 26 de junio de 2020, a partir del cual se estableció que las entidades del sector público debían realizar sus actividades de manera gradual, debiendo adoptar medidas pertinentes para su desarrollo y atención a la ciudadanía. No obstante, estas entidades debían priorizar, en lo que fuese posible, el trabajo remoto, teniendo así que implementar o habilitar la virtualización de los trámites, servicios u otros vinculados (Decreto Supremo N° 116-2020-PCM, 2020, art. 10).

De ahí que la implementación de la Mesa de Partes Virtual de la ANA para la atención a los administrados y público en general (Autoridad Nacional del Agua, 2020a) haya resultado coherente y oportuna con las disposiciones del gobierno peruano para la realización de las actividades de la entidad pública realizadas por los trabajadores del sector público. Pues, a partir de la plataforma virtual, se busca reducir el riesgo de COVID-19 por la asistencia y concurrencia de personal de trabajo y administrados a la sede de la entidad.

Esta forma de realización de funciones por parte de las entidades públicas está relacionada con la gobernabilidad electrónica (o también conocida como gobernanza o *IT government*), la cual, de acuerdo con la RAE, implica una manera de gobernar para el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradera y promoviendo un adecuado equilibrio entre Estado, sociedad civil y mercado de la economía (Real Academia Española, 2014, definición 1). La gobernabilidad electrónica en los términos expresados incluye las áreas prácticas de la Administración Electrónica, la cual implica el mejoramiento de los procesos de gobierno y de los funcionamientos internos del sector público con la incorporación de nuevos procesos interconectados y sistemas de apoyo, y los Servicios Electrónicos (e-servicios), los que implican la entrega de mejores servicios a los ciudadanos con la generación de trámites interactivos como los de peticiones, emisión de certificados, pagos, entre otros (Naser & Concha, 2011).

De manera que, en el caso de la ANA, se está frente a una Administración Pública que apunta a entenderse como una Administración Electrónica que comprende un nuevo mecanismo de funcionamiento de la entidad a partir de los cambios de las relaciones interpersonales que conllevan a realizar una coordinación distinta para el desarrollo efectivo de las funciones establecidas por la norma. Así también, la implementación de la Mesa de Partes Virtual en mención viene generando que los servicios brindados a los administrados para los procedimientos administrativos sean más dinámicos, generándose así la incorporación de los cimientos de los Servicios Electrónicos.

Sin perjuicio de lo mencionado, para las actividades que necesariamente requieren la asistencia del personal de trabajo, la ANA aprobó el “Protocolo de Seguridad, Prevención de Riesgos de Contagio por COVID-19 y Atención de Salud de los Servidores Civiles de la Autoridad Nacional del Agua que retornan a laborar luego de culminada la Emergencia Nacional”, a través de la Resolución Jefatural N° 085-2020-ANA, publicado con fecha 16 de mayo de 2020, la misma que fue modificada por la Resolución Jefatural N° 090-2020-ANA, publicada con fecha 30 de mayo de 2020 y, luego, por la Resolución Jefatural N° 093-2020-ANA, publicada con fecha 20 de junio de 2020 (en adelante, el Protocolo ANA contra COVID-19).

En el Protocolo ANA contra COVID-19, la ANA planteó como objetivo establecer medidas de seguridad y prevención de riesgos de contagio de COVID-19 en el personal que retornara progresivamente a laborar a la entidad pública y disposiciones generales para la atención de casos confirmados o sospechosos, siendo aplicables a todos los servidores civiles sujetos a los Decretos Legislativos N° 728,

N° 1057 y modalidades formativas de servicios (Autoridad Nacional del Agua, 2020b, apartado I y II).

Estas medidas de seguridad y prevención de riesgos de contagio de COVID-19 comprenden los siguientes (Autoridad Nacional del Agua, 2020b, apartados V, VI, VII, VIII y IX):

- Medidas para el personal en general, que incluyen las medidas para el traslado del personal a las sedes institucionales, el ingreso a estas sedes, durante la estancia en la entidad y la salida de las instalaciones de la entidad.
- Medidas para los proveedores de servicios y visitantes, que incluyen medidas de prevención generales, para el ingreso a las instalaciones de la entidad, durante la estancia en la entidad y para las empresas contratistas.
- Medidas de control de la salud, que incluye las de evaluación de la condición de salud del personal previo al retorno o reincorporación al centro de trabajo, así como el protocolo de atención de casos con síntomas respiratorios, casos sospechosos o contactos directos, vigilancia de la salud y la reincorporación del servidor.
- Medidas de seguridad en las instalaciones, que incluye medidas a adoptar en las oficinas, zonas comunes, mesas de trámite documentario y unidades de transporte.
- Medidas en materia de organización del trabajo, que incluye el retorno progresivo de las actividades laborales, listado de funcionarios y servidores, identificación del personal vulnerable y no vulnerable, priorización del trabajo remoto, modalidades de trabajo y otros.
- Entre otras medidas establecidas en el Protocolo ANA contra COVID-19.

Pues bien, en el marco de las medidas de seguridad y prevención de riesgos de contagio de COVID-19, se destaca que, aun cuando las actividades laborales de la entidad pública podían ser reiniciadas hasta el cuarenta (40%) de su capacidad sea en la modalidad de trabajo presencial o trabajo mixto, se priorizaría el trabajo remoto. En caso de que el jefe inmediato decida la modalidad de trabajo presencial o mixto, se estableció que el mismo debía informar a la Unidad de Recursos Humanos sobre aquellos servidores que trabajarían en dichas modalidades. De manera que los demás trabajadores que no sean incluidos en dicha lista continuarían realizando labores en modalidad de trabajo remoto en los términos expuestos en apartados previos (Autoridad Nacional del Agua, 2020b, apartado IX).

De acuerdo a lo expresado, se debe destacar que, aun cuando se hubiera habilitado el reinicio de un porcentaje de las actividades laborales de la ANA como entidad pública, el trabajo remoto fue y continúa siendo una de las alternativas más viables para reducir el contagio del COVID-19 al evitar que los servidores públicos tengan contacto entre sí o con los ciudadanos, debiendo aprovecharse el uso de herramientas tecnológicas puestas a disposición por la ANA y con ello establecer algunos bosquejos de la gobernabilidad electrónica.

## 5. El Rol de las Organizaciones de Usuarios de Aguas en el País

Los usuarios de agua son personas naturales o jurídicas que cuentan con derecho de uso de agua otorgado por la ANA, conforme al artículo 3 del Reglamento de la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua. Por su parte, Villegas destaca la importancia de estos usuarios agrupados en organizaciones de usuarios de agua por su involucramiento en la gestión del uso sostenible de los recursos hídricos (2020).

Desde una lectura conjunta de los artículo 2 de la Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua (Ley N° 30157, 8 de Enero 2015), el artículo 27 de la Ley de Recursos Hídricos (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009) y el artículo 16 del Reglamento (Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010), se establece que los usuarios de agua tienen un rol relevante en la gestión multisectorial y uso sostenible de los recursos hídricos, toda vez que participan de la misma en forma organizada a través de organizaciones estables de personas naturales y jurídicas sin fines de lucro.

En Perú, estas organizaciones pueden establecerse en tres niveles: comités, comisiones y juntas de usuarios de agua (Villegas, 2020):

- Comité de usuarios es la organización de nivel básico, conformado por usuarios de agua organizados sobre base de una infraestructura en un subsector hidráulico e integran comisiones de usuarios de agua.
- Comisión de usuarios es la organización de nivel intermedio, conformado por usuarios de agua sobre la base un subsector hidráulico e integran juntas de usuarios de agua.
- Junta de usuarios es la organización de nivel mayor, conformado por usuarios de agua sobre la base de un sistema hidráulico común, de acuerdo con los criterios técnicos de la Autoridad Nacional.

Estas organizaciones de usuarios de agua, a su vez, cumplen un rol importante en el país, puesto que permiten que los usuarios de agua organizados puedan ser representados ante la ANA y estar legitimados para promover la gestión integral de los recursos hídricos desde las funciones que les han sido asignadas por norma. A continuación, se destacan algunas funciones de las organizaciones de usuarios de agua en el marco del Sistema de Gestión de los Recursos Hídricos (Decreto Supremo N° 005-2015-MINAGRI, 3 Abril 2015, art. 40).

- La representación de los usuarios que la integran ante la ANA y otras autoridades del sector público y dependencias del sector privado.
- La promoción del desarrollo e implementación de equipos, procedimientos o tecnologías que incrementen la eficiencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos, así como, la conservación de bienes naturales y el mantenimiento adecuado y oportuno de la infraestructura hidráulica.
- Entre otras funciones establecidas en normas sobre la materia.

Ahora bien, merece especial atención lo referido a la naturaleza de estas organizaciones de usuarios de agua, en tanto que deben ser entendidas como diferentes a las organizaciones reguladas en el Código Civil peruano. Según

refiere el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional de Expedientes N° 00018-2014-PI/TC y N° 00022-2014-PI/TC, las organizaciones de usuarios de agua tienen objeto social y fines establecidos por ley y no por autonomía de la voluntad, persiguen interés público que no podría ser regulado de manera exclusiva por el derecho privado, solo podrán ser conformadas por personas naturales o jurídicas que cuentan con derecho de uso de agua así reconocido por la ANA, y su organización interna se encuentra establecida por Ley (Caso Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua, 2020).

En ese mismo pronunciamiento, el Tribunal Constitucional reconoció que las organizaciones de usuarios de agua constituyen una figura de colaboración de particulares en tareas de interés general que persiguen como objetivo el bien común, en tanto son las encargadas de un recurso de propiedad de la Nación y realizan actividad administrativa sobre él (Caso Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua, 2020). Esta interpretación ha sido de utilidad al reflejar la verdadera naturaleza de las organizaciones de usuarios de agua, cuyo régimen no pueden regularse o sujetarse a lo establecido por la normativa privada, pese a ser organizaciones sin fines de lucro.

Pues bien, habiéndose aludido a la naturaleza de las organizaciones de usuarios de agua y su especial importancia en la gestión integral de los recursos hídricos, es inevitable prestar atención a la necesidad del reconocimiento de las organizaciones de usuarios de agua a efectos de que puedan coadyuvar a dicha gestión en el país a partir de su participación en el Sistema de Gestión de los Recursos Hídricos.

Al respecto, sin perjuicio de los esfuerzos que la autoridad competente haya realizado para simplificar y agilizar el otorgamiento de los derechos de uso de agua durante el Estado de Emergencia Nacional por el COVID-19 que previamente se ha aludido, el procedimiento administrativo para el reconocimiento de organizaciones de usuarios en el país e inclusión en el registro correspondiente no fue incorporado en “Lista de Procedimientos Administrativos no sujetos a suspensión de plazos en la ANA”, emitida por la ANA a través de la Resolución Jefatural N° 089-2020-ANA, la misma que fue referida en apartados previos como una de las medidas de la mencionada entidad pública para reanudar los plazos en determinados procedimientos administrativos dentro del Estado de Emergencia Nacional por COVID-19.

Sin embargo, en la actualidad, se puede observar que el procedimiento administrativo de reconocimiento de las organizaciones de usuarios de agua sí se encuentra incorporado en la plataforma de Mesa de Partes Virtual que la ANA dispuso para los administrados. De esa manera, aun cuando el procedimiento administrativo para el reconocimiento de organizaciones de usuarios de agua se encontrase habilitado en dicha plataforma a la fecha, se observa que la entidad no habría reconocido el rol importante que aquellas ejercen en la gestión de recursos hídricos al no incluir dicho procedimiento administrativo de reconocimiento en la mencionada lista de no suspensión de plazos administrativos y reanudación de los mismos, generándose así un tardío ejercicio efectivo de las funciones que dichas organizaciones conforme a la normativa aplicable.

## 6. La Fiscalización y Sanción en Materia de Aguas en el País

En el presente apartado, se destacará el ejercicio de las potestades de fiscalización y sanción de la ANA, reconocidas en la Ley y su Reglamento, con el propósito de evidenciar cómo se han ejercido durante el Estado de Emergencia Nacional causado por el COVID-19. De esa manera, de acuerdo al inciso 12 del artículo 15 de la Ley, la ANA tiene como función el “ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas”, pudiendo así fiscalizar y sancionar a los administrados que infrinjan con la normativa jurídica aplicable con el propósito de asegurar la preservación y conservación de los recursos hídricos (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009).

Por un lado, sobre la potestad de fiscalización de la Administración Pública, se debe realizar la precisión de que la misma constituye sinónimo de las actividades de control, investigación, averiguación, inspección, vigilancia, verificación o supervisión; toda vez que dichas actividades implican ejercer la función de verificar que la actuación de los particulares o de la propia entidad pública se ajuste a lo establecido en la norma aplicable (Izquierdo, 2019). De ahí que autores como Ramírez Patrón expresen que “el rol fiscalizador del Estado debe estar orientado al cumplimiento efectivo de las disposiciones legales que dan protección al recurso hídrico” (2019, pág. 261). En Perú, según destaca Izquierdo, la fiscalización no tendría normas de aplicación de carácter general, sino que contaría con normas de aplicación de carácter sectorial (2019).

Por otro lado, en relación a la potestad de sanción de la Administración Pública, se advierte que la misma consiste en la facultad de las entidades públicas de determinar infracciones y aplicar las sanciones administrativas que correspondan a dichas infracciones, en el marco de lo establecido en la normativa aplicable. Conforme destaca Danós Ordoñez, en el ejercicio de dicha potestad, se aplicarán las reglas procedimentales del procedimiento administrativo sancionador que establezca la norma sectorial (1995), sin perjuicio de aplicar los artículos pertinentes del TUO de la LPAG.

De lo expresado, se aprecia que la potestad de fiscalización y sanción a nivel sectorial de los recursos hídricos se justifica en la Ley y Reglamento. De esa manera, la ANA es la autoridad competente que ejerce la función fiscalizadora y sancionatoria en materia de aguas. Dichas potestades han sido establecidas en los “Lineamientos para la tramitación del procedimiento administrativo sancionador por transgresión a la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, y su Reglamento” (Lineamientos PAS) aprobado por Resolución Jefatural N° 235-2018-ANA (Autoridad Nacional del Agua, 6 de Agosto 2018).

En dichos Lineamientos PAS se establece que la actividad de fiscalización es

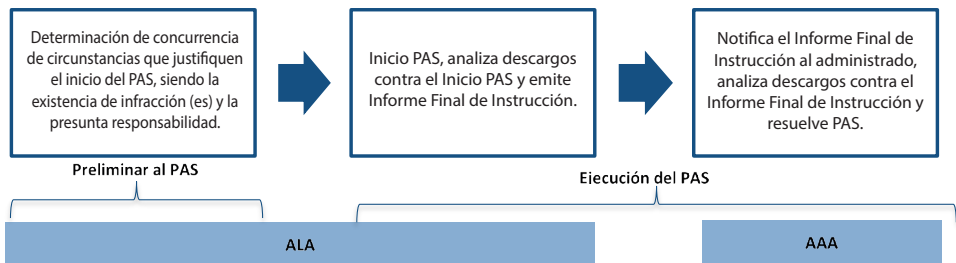
El conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones u otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, bajo enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riego, y tutela de los bienes jurídicos protegidos. (Autoridad Nacional del Agua, 6 de Agosto 2018, art. 6)

De la misma manera, se establece que la Autoridad Local de Agua (ALA) es el órgano responsable de realizar la actividad de fiscalización, debiendo así realizar actuaciones de investigación que permitan determinar si existe la concurrencia de circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, así como emitir Informe Final de Instrucción que determine la existencia de presunta infracción o no, según corresponda (Autoridad Nacional del Agua, 6 de Agosto 2018, art. 6 y 7).

Por su parte, en el artículo 274 del Reglamento de Recursos Hídricos, se establece que la actividad de sanción es la facultad de sancionar cualquier infracción contenida en las disposiciones de la Ley y/o Reglamento que haya sido cometida por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, sean usuarios de agua o no (Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010). Por ello, y ya en los Lineamientos PAS, se establece que la Autoridad Administrativa del Agua (AAA) será el órgano sancionador, debiendo notificar el Informe Final de Instrucción, emitir resolución del procedimiento administrativo sancionador, notificar al administrado, entre otros (Autoridad Nacional del Agua, 6 de Agosto 2018, art. 8). Ahora bien, los Lineamientos PAS, de conformidad con la Ley de Recursos Hídricos y su reglamento, establecen que el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas (TNRCH) será el órgano competente para resolver en segunda y última instancia en vía administrativa, cuando se interponga recurso administrativo de apelación contra la resolución de sanción emitida por la AAA en el marco del procedimiento administrativo sancionador (Autoridad Nacional del Agua, 6 de Agosto 2018, art. 9).

A continuación, se ilustra el procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) a través de la cual la ANA ejerce su potestad de sanción en la imagen 2:

**Imagen 2.** Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS)



*Nota:* Elaboración propia con fuentes de Ley N° 29338, 30 de marzo 2009; Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010; y Autoridad Nacional del Agua, 6 de Agosto 2018.

Conforme se señaló en apartados previos sobre el Protocolo ANA contra el COVID-19, la ANA estableció que las actividades laborales en dicha entidad pública se reiniciarían hasta el cuarenta (40%) de su capacidad sea por modalidad de

trabajo presencial o mixto, aunque se priorizaría la modalidad de trabajo remoto en los casos que fuese posible. Se precisó que el jefe inmediato sería el que decidiría la modalidad de trabajo en atención a las disposiciones del Protocolo ANA contra COVID-19.

De lo mencionado y en relación al ejercicio de la potestad fiscalizadora de la ANA, se debe destacar que las actuaciones de fiscalización se manifiestan de diversas maneras en razón de lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias del sector, así como de la tipificación de infracciones a partir de ellas. En la medida que dichas actuaciones son diversas, las actuaciones de fiscalización implicarán la necesaria asistencia del servidor público a cargo de dichas actuaciones por modalidad de trabajo presencial o mixta, e, inclusive, la modalidad de trabajo remoto, siendo que la determinación de la modalidad en concreto dependerá de la decisión del jefe inmediato.

En esa misma línea y en relación al ejercicio de la potestad sancionadora de la ANA, se puede mencionar que las actuaciones en el marco del procedimiento administrativo sancionador, en principio, podrían realizarse en la modalidad de trabajo remoto al implicar un análisis de los hechos imputados al administrado en razón de la infracción o infracciones administrativas. Sin embargo, merece especial atención que la Administración Pública tiene el deber de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo de sus decisiones por el principio de verdad material comprendido en el numeral 1.11 del artículo IV del TUO de la LPAG (Jiménez, 2011). De manera que la aplicación de la modalidad del trabajo remoto para los servidores públicos que realicen las actuaciones propias de la potestad sancionadora dependerá de los procesos que se hayan establecido en la entidad pública para la verificación de los hechos materia de imputación en el PAS. Sin perjuicio de ello, el autorizado a determinar la modalidad de trabajo en concreto también dependerá de la decisión del jefe inmediato.

En ese sentido, se observa que el ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionadora en el Estado de Emergencia Nacional causado por el COVID-19 en el país, dependerá de la modalidad de trabajo que el jefe inmediato del servidor público de la ANA haya determinado en razón de las labores que realiza respecto de la actuación en el marco de dichas potestades, pudiendo ser la modalidad presencial, mixta o remota, aunque se priorizará esta última modalidad en cuanto sea posible y aprovechando el uso de herramientas tecnológicas puestas a disposición por la ANA.

## **7. La Relación entre la Gestión de Recursos Hídricos, Actividades Estratégicas y Servicios Esenciales para el Manejo de la Crisis en el País**

Previamente, se ha destacado que el Estado de Emergencia Nacional causado por el COVID-19 en el país, ha venido generando cambios en la forma que regularmente se llevaban a cabo las diversas actuaciones de la entidad pública en relación a los recursos hídricos. En este apartado, se analizará dicho impacto en la gestión de los recursos hídricos en relación a los servicios esenciales y actividades estratégicas en el manejo de la crisis sanitaria por el COVID-19.



En primer lugar, la gestión de recursos hídricos ha sido definida por Global Water Partnership como un “proceso que promueve el desarrollo y manejo coordinados del agua, la tierra y otros recursos relacionados, con el fin de maximizar el bienestar económico y social resultante de manera equitativa, sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales” (2011).

En nuestra normativa sectorial, y como se manifestó en la primera sección, la gestión de recursos hídricos es integrada: Promueve el manejo y desarrollo coordinado del uso y aprovechamiento multisectorial del recurso hídrico con los recursos naturales vinculados a esta; y está orientada al desarrollo sostenible del país sin que ello comprometa la sostenibilidad de los ecosistemas (Decreto supremo N° 001-2010-AG, 23 de marzo del 2010, art. 6). Así también, se debe señalar que la gestión de recursos hídricos en mención ha sido considerada como parte del SNGRH que es el conjunto de instituciones, principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos a partir de los cuales el Estado peruano garantiza y asegura los procesos de gestión integrada, aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos hídricos (Ley N° 29338, 30 de marzo 2009, arts. 9, 10 y 11).

De lo expresado, se comprende que la gestión de recursos hídricos implica la aplicación de herramientas de gestión que permitan la sostenibilidad de los recursos hídricos, pero también de los demás recursos naturales. Por tanto, en la medida que la actuación de la administración pública para la gestión de dichos recursos se vea alterada por determinadas circunstancias, se observará un cambio e impacto en los recursos naturales vinculados, así como en las actividades que deriva aquellos.

Es así que, según destaca la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, existe un nexo entre el agua con recursos esenciales para alcanzar el bienestar humano y el desarrollo sostenible (2014). En esa misma línea, The World Economic Forum destaca que el agua también tiene un nexo con temas sociales, económicos y políticos, tales como la agricultura, la energía, las ciudades, el comercio, las finanzas, la seguridad nacional, las personas, el clima y otros medios con los que el ser humano se relaciona (World Economic Forum Water Initiative, 2011).

De ahí que exista la necesidad de aplicar nuestras estrategias e instrumentos de planificación que permitan políticas interdimensionales o interdireccionales, mas no políticas tradiciones de formas unidimensionales o unidireccionales en las que solo se concebían de manera separada los elementos del nexo (Embid & Martin, 2017).

Precisamente, en atención a este nexo entre el agua y otros elementos, es que resultará indispensable establecer su relación con las actividades estratégicas y los servicios esenciales. Por un lado, las actividades estratégicas serán entendidas como aquellas actividades en las que el agua es empleada en su fuente natural, tales como la agricultura y la ganadería; y, por otro lado, los servicios esenciales serán aquellos en los que el agua es empleada luego de un proceso de tratamiento o adecuación, tales como el servicio de agua potable, saneamiento, generación eléctrica hidráulica, educación, salud, entre otros.

A partir de lo mencionado y con propósito del contexto del COVID-19 en el país, se puede destacar la relación entre el agua y la salud pública como servicio esencial. Al respecto, merece especial atención lo expresado por Burstein cuando refiere que la sociedad ya enfrentaba escenarios o eventos que podían causar grave daño a los países y sectores industriales debido al calentamiento global y la sobreexplotación de los recursos hídricos (2018).

A estos escenarios de crisis, se tendría que añadir el generado por el COVID-19, en el que el agua tiene un rol esencial en las medidas para combatir sus efectos. Y es que, según destacan la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, el agua es importante para la atención en espacios seguros y adecuados para el contacto humano (2020). Por su parte, Zarza destaca que el agua es un recurso esencial para todos los procesos y operaciones, y permite garantizar niveles de salubridad e higiene, de suministro de agua y saneamiento de aguas residuales (2020).

En ese sentido, se observa que la relación entre el agua con servicios esenciales como el agua potable y saneamiento, y el de la salud adquiere un rol relevante en circunstancias regulares y en escenarios de crisis como el generado por el COVID-19, por lo que se presenta como un instrumento para el manejo de la crisis sanitaria actual.

## **8. Las Buenas Prácticas y Desafíos en la Gestión de Recursos Hídricos en el País**

Para comprender la finalidad de las buenas prácticas y los desafíos que existen entorno a la gestión de los recursos hídricos en el país, especialmente, en el contexto de crisis sanitaria, resulta necesario partir de lo dispuesto en la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos, aprobada mediante Decreto Supremo N° 006-2015-MINAGRI, el 12 de mayo de 2015 (en adelante, Política de Recursos Hídricos).

Esta política es un instrumento conceptual de planificación del SNGRH, el mismo que cuenta con cinco ejes de acción que sirven de guía para las actuaciones de las entidades públicas y agentes privados involucrados en la gestión de los recursos hídricos, a partir de los cuales interesa destacar los lineamientos de acción de los ejes 1, 2 y 4 por su relación con las buenas prácticas que se generan para la gestión de dichos recursos:

- En el eje de política 1 referido a la gestión de la cantidad, se establecen lineamientos de acción como el promover mecanismos de protección, conservación y restauración de los ecosistemas vinculados a la regulación de la oferta hídrica por cuenca hidrográfica; incentivar el uso y aprovechamiento de agua desalinizada, aguas residuales tratadas, entre otras; fomentar las prácticas adecuadas que permitan el incremento de la disponibilidad hídrica; entre otros.
- En el eje de política 2 sobre la gestión de la calidad, se señalan como lineamientos de acción el promover el cumplimiento de los estándares nacionales de la calidad ambiental del agua, y de los límites máximos permisibles;

el promover acciones de carácter multisectorial y participativo en previsión a posibles conflictos vinculados a la calidad del agua; el promover, en coordinación con los sectores competentes, la aplicación de incentivos para el tratamiento de las aguas residuales generadas por las actividades productivas; entre otros.

- En el eje de política 4, gestión de la cultura del agua, se han establecido lineamientos de acción como la de promover investigaciones sobre gestión del conocimiento y cultura del agua orientada al aprovechamiento de los recursos hídricos; informar y comunicar los temas de agua para una fácil comprensión de la población; promover la conformación de espacios de diálogo entre los actores vinculados a la gestión del agua; entre otros.

Estos ejes de la Política y sus respectivos lineamientos de acción se encuentran directamente relacionados a las Buenas Prácticas que implementa la ANA con el propósito de coadyuvar el cumplimiento de dichos ejes. Con ello, visibiliza el deber de la entidad de buscar espacio que permitan la materialización del cumplimiento de dicha Política.

Ahora bien, sobre el concepto de Buenas Prácticas en la gestión de los recursos hídricos o en la gobernanza del agua, el Observatorio Colombiano de la Gobernanza del Agua, que es un proyecto desarrollado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible desde la Dirección de Recursos Hídricos de Colombia, la define de la siguiente manera,

El conjunto de experiencias o intervenciones realizadas por diversos actores, entre ellos las comunidades, instituciones públicas, empresas y/o organizaciones no gubernamentales, que han permitido optimizar las condiciones de prevención, mitigación, protección o conservación en la gestión integral del recurso hídrico. (2020)

En base a ello, y para efectos del presente artículo, se considerarán Buenas Prácticas en la gestión o gobernanza de los recursos hídricos a aquellas medidas, actuaciones y experiencias de los diferentes actores involucrados con el uso de agua que tengan por finalidad materializar el cumplimiento de la normativa de recursos hídricos en el país.

Al respecto, la ANA publicó la Cartilla N° 1 sobre las “Buenas prácticas para proteger la calidad de las fuentes de agua”, cuyo objetivo es

Fortalecer las capacidades de las organizaciones de usuarios de agua, operadores, gobiernos locales y de las instituciones vinculadas a la gestión del agua, cuyos especialistas tienen que realizar tareas de capacitación en gestión integrada de recursos hídricos (GIRH) y cultura del agua en las cuencas transfronterizas. (2018, pág. 4)

En dicha publicación se establecieron buenas prácticas para el Tratamiento y Reuso de Aguas Residuales, como: (a) reducir el consumo de agua, incorporando nuevos hábitos y técnicas evitamos pérdidas de agua en las actividades cotidianas, en la agricultura y en la industria; (b) construir plantas de tratamiento, considerando las características geográficas, la factibilidad técnica y la posibilidad de

una buena operación y mantenimiento; (c) mantener la planta de tratamiento de aguas residuales (PTAR) en buenas condiciones, elaborando y cumpliendo el Plan de Operación y Mantenimiento, así como capacitar periódicamente al personal; y (d) promover el reúso en el riego en tanto las aguas residuales tratadas pueden destinarse a la agricultura si cumplen ciertas condiciones sanitarias.

Así también, se establecieron buenas prácticas para la Identificación y Reporte de Fuentes de Contaminación, como las siguientes: (a) deber de reportar al Órgano de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), a través de sus órganos descentralizados, cualquier situación que pueda generar contaminación a las fuentes de agua; y (b) prestar atención a la minería informal, talleres de metalmecánica, fábricas de baterías, curtiembres, fundiciones artesanales y botaderos.

De la misma manera, para el Control en el Uso de Agroquímicos, señalando como buenas prácticas: (a) el uso de plaguicidas biodegradables; (b) recomendar el riego por aspersión, el riego por goteo, y el fertirriego, que suponen un uso eficiente del agua y de fertilizantes; (c) establecer el deber al agricultor en consignar el tipo, cantidad y destino final de sus productos; (d) promover el uso de botas, guantes, tapabocas y procedimientos adecuados entre los trabajadores a cargo de la fumigación; (e) promover el riego tecnificado, consistentes en aplicar el riego por aspersión y el riego por goteo, que permiten un uso más eficiente del agua; y (f) la capacitación a los usuarios a través de la promoción por parte de las autoridades sobre el uso de fertilizantes orgánicos y el uso racional de agroquímicos.

Para el Manejo de Residuos Sólidos, también se consideraron buenas prácticas a las siguientes: (a) implementar medidas de promoción para enseñar a la población prácticas como el reúso, el reciclaje y la reducción de residuos sólidos; (b) establecer deberes a las autoridades locales para que alienten la segregación de residuos en todas las etapas de la gestión de residuos; (c) implementar rellenos de seguridad, que permiten una disposición técnicamente adecuada de los residuos sólidos peligrosos; (d) prohibir el arrojo de basura al río; (e) producción de compost y humus; y (f) implementar adecuados rellenos sanitarios.

Finalmente, sobre el Monitoreo de la Calidad del Agua, se establecieron como buenas prácticas: (a) la cuidadosa identificación de los puntos de la red de monitoreo; (b) la determinación de parámetros necesarios; (c) la elaboración de una línea base de la calidad del agua en las cuencas transfronterizas; (d) la capacitación y equipamiento del personal responsable del monitoreo; y (e) la participación de instituciones y organizaciones locales en el monitoreo de la calidad del agua.

Al respecto, y considerando el contexto actual de crisis sanitaria a nivel mundial, es necesario replantear dichas Buenas Prácticas a medidas y acciones de carácter urgente destinadas a combatir la propagación del COVID-19. No obstante, es preciso señalar que ello no debe distraer la atención a las demás urgencias relacionadas a otras enfermedades derivadas de la contaminación o insuficiencia del agua en determinadas zonas, pues esto aumentaría las probabilidades de la población en contagiarse y ser población de riesgo del COVID-19. Lo expresado resulta ser un desafío en la gestión de los recursos hídricos en el país, pues la

propagación del COVID-19 exige la adopción de herramientas para combatirla como el acceso al agua de calidad y continua.

## 9. Conclusiones

En el presente artículo se ha analizado el impacto del COVID-19 en siete áreas relacionadas a la actuación de la Administración Pública en la gestión de los recursos hídricos en Perú. En primer lugar, la crisis generada por el COVID-19 no necesariamente ha generado el incumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular, el ODS 3 y ODS6; sino que se presentan como una oportunidad de evaluación para la implementación de los Principios de Gobernanza del Agua adoptados por la OCDE y permite coadyuvar en la labor del cumplimiento de las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible mencionados.

En segundo lugar, el COVID-19 generó cambios en la forma en la que las entidades públicas venían atendiendo a los administrados en el marco de sus funciones como es el caso de la ANA y los procedimientos administrativos para el otorgamiento de derechos de uso de agua, puesto que se habría implementado la plataforma de Mesa de Partes Virtual y el cambio en la forma regular de aplicación de cómputo de plazos administrativos.

En tercer lugar, en el marco de las medidas para prevenir el contagio por COVID-19 en la ANA, se reconoció la modalidad de trabajo remoto para evitar que los servidores públicos tengan contacto entre sí o con los ciudadanos, con lo cual se buscó la continuidad de las labores de los servidores público de la Autoridad Nacional del Agua en este contexto.

En cuarto lugar, las organizaciones de usuarios de agua cumplen un rol relevante en la gestión de recursos hídricos al permitir la participación de sus miembros en esta última. Sin embargo, dicho rol no habría sido considerado en un primer momento por la ANA, toda vez que no fue incluido el procedimiento administrativo de reconocimiento de organizaciones de usuarios de agua en la lista de procedimiento administrativos que se reanudarían el 29 de mayo de 2020. Sin perjuicio de ello, este procedimiento actualmente ya se encuentra habilitado para ser tramitado por el interesado.

En quinto lugar, el ejercicio de la potestad de fiscalización y sanción en materia de aguas en el contexto de COVID-19 dependerá de la modalidad de trabajo que el jefe inmediato del servidor público de la ANA haya determinado en razón de las labores que realiza respecto de la actuación en el marco de dichas potestades, pudiendo ser la modalidad presencial, mixta o remota, aunque se priorizará la última modalidad en cuanto sea posible y se deberá aprovechar el uso de herramientas tecnológicas puestas a disposición por la ANA.

En sexto lugar, la relación entre el agua y servicios esenciales -como la salud o el agua potable y saneamiento- adquiere un rol relevante en circunstancias regulares y, más aún, en escenarios de crisis como el generado por el COVID-19 al ser un medio para contrarrestar sus efectos en la dinámica interpersonal en la sociedad.

Y, en séptimo lugar, en el contexto actual de crisis sanitaria a nivel mundial, es necesario replantear las Buenas Prácticas en medidas y acciones de carácter

urgente destinadas a combatir la propagación del COVID-19 que permitan el acceso al agua de calidad y en continuidad, aunque se debe destacar su aporte y necesaria continuación a partir de los temas centrales de actuación regular.

En ese sentido, se observa que el COVID-19 ha impactado en la gestión de recursos hídricos que desarrolla la Administración Pública en Perú, lo cual no solo tendrá una connotación negativa, sino que, por el contrario, estas nuevas realidades serán un espacio de oportunidad para generar cambios positivos en la misma.

## REFERENCIAS

- Autoridad Nacional del Agua. (2010). *Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Aguas*. Ministerio de Agricultura.
- Autoridad Nacional del Agua. (2017). *8° Foro Mundial del Agua. Brasilia 2018: compartiendo agua*.
- Autoridad Nacional del Agua. (2018). Cartilla N°1. Buenas prácticas para proteger la calidad de las fuentes de agua. *Autoridad Nacional del Agua*.
- Autoridad Nacional del Agua. (2020a). *Resolución Jefatural N° 089-2020-ANA*.
- Autoridad Nacional del Agua. (2020b). *Protocolo de Seguridad, Prevención de Riesgos de Contagio por COVID-19 y Atención de Salud de los Servidores Civiles de la Autoridad Nacional del Agua que retornan a laborar luego de culminada la Emergencia Nacional*.
- Autoridad Nacional del Agua. (6 de Agosto 2018). *Lineamientos para la tramitación del procedimiento administrativo sancionador por transgresión a la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, y su Reglamento*.
- Burstein, T. (2018). Reflexiones sobre la gestión de los recursos hídricos y la salud pública en el Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 35(2).
- Cairampoma, A., & Villegas, P. (2015). El régimen jurídico para el aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú. *Actas de Derecho de Aguas*, 5, 21 - 31.
- Caso Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua, Pleno. Sentencia 234/2020 (Sentencia de Tribunal Constitucional 23 de abril de 2020).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993). [Constitución]. (Perú).
- Danós, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *Ius et Veritas*, 5(10), 149 - 160.
- Decreto de Urgencia N° 026-2020 . (2020). *Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional*.
- Decreto supremo N° 001-2010-AG. (23 de marzo del 2010). *Que aprueba el reglamento de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos*.
- Decreto Supremo N° 006-2015-MINAGRI. (12 de mayo 2015). *Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos*.

- Decreto Supremo N° 116-2020-PCM. (2020). *Que establece las medidas que debe observar la ciudadanía en la Nueva Convivencia Social y prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19.*
- Decreto Supremo N° 005-2015-MINAGRI. (3 Abril 2015). *Aprobación del Reglamento de la Ley N° 30157, Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua.*
- Embid, A., & Martín, L. (2017). *El nexo entre el agua, la energía y la alimentación en América Latina y el Caribe. Planificación, marco normativo e identificación de interconexiones prioritarias.* CEPAL.
- Global Water Partnership. (21 de diciembre de 2011). *Global Water Partnership.* Obtenido de ¿Qué es la GIRH?: <https://www.gwp.org/es/GWP-Sud-America/ACERCA/por-que/PRINCIPALES-DESAFIOS/Que-es-la-GIRH/>
- Hatta, M. (2015). La gobernanza del Perú con base en la gestión de los recursos hídricos. *Revista Agua y más*, 54. Obtenido de Autoridad Nacional del Agua: <https://hdl.handle.net/20.500.12543/2384>
- Heggen, K., & Sandset, T. (2020). *La COVID-19 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible.*
- INEI. (2018). *PERÚ: Sistema de Monitoreo y Seguimiento de los Indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.* Obtenido de <http://ods.inei.gob.pe/ods/objetivos-de-desarrollo-sostenible/salud-y-bienestar>
- Izquierdo, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano. En *La proyección del derecho administrativo* (págs. 387 - 418). Palestra.
- Jiménez, R. (2011). Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, 67, 189 - 206. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2947/3514>
- Ley N° 26821. (25 junio 1997). *Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.* Diario Oficial El Peruano.
- Ley N° 29338. (30 de marzo 2009). *Ley de Recursos Hídricos.*
- Ley N° 30157. (8 de Enero 2015). *Ley de las Organizaciones de Usuarios de Agua.*
- Ley N° 27444. (10 de abril del 2001). *Ley del Procedimiento Administrativo General.* Diario Oficial El Peruano.
- Naciones Unidas. (2020). *Objetivos de Desarrollo Sostenible* . <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.



- Naser, A., & Concha, G. (2011). El gobierno electrónico en la gestión pública. *Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social*, 73.
- Objetivos de Desarrollo Sostenible. (2020). *La agenda para el desarrollo sostenible*. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>
- Observatorio Colombiano de Gobernanza del Agua. (2020). *Buenas prácticas relacionadas con el recurso hídrico*.
- OCDE. (2015). *Principios de Gobernanza del agua de la OCDE*. OCDE.
- OMS & OPS. (2020). *Orientaciones para comunicar sobre la enfermedad por el coronavirus 2019*. Obtenido de Organización Panamericana de la Salud: <https://www.paho.org/es/documentos/COVID-19-orientaciones-para-comunicar-sobre-enfermedad-por-coronavirus-2019>
- OMS & OPS. (2020). *Recomendaciones clave de agua, saneamiento e higiene COVID-19*.
- OMS. (2020). *Cronología de la respuesta de la OMS a la COVID-19*. Obtenido de Comunicados de Prensa OMS: <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covidtimeline>
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. (2014). *El nexo agua-energía-alimentos. Un nuevo enfoque en respaldo de la seguridad alimentaria y de una agricultura sostenible*. ONU. Obtenido de <http://www.bivica.org/upload/agua-energia-alimentos-nexo.pdf>
- Ramírez, L. E. (2019). Evaluación de la calidad del agua en el Perú. En A. Guevara Gil, W. Obando y F. Segura, *La gestión de la calidad del agua en el Perú* (págs. 255- 264). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. .
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22a ed.).
- Servir. (2020). *Guía para realizar el trabajo remoto en las entidades públicas*.
- Ulloa, A., Damonte, G., Quiroga, C., & Navarro, D. (2020). *Gobernanzas plurales del agua: formas diversas de concepción, relación, accesos, manejos y derechos del agua en contextos de gran minería en Colombia y el Perú [Documento de Investigación, 103]*. Lima: GRADE.
- Villegas, P. (2020). El rol de las organizaciones de usuarios de agua en el aprovechamiento sostenible de aguas subterráneas en Perú. *Ius El Veritas*, 61, 128 - 144. doi:<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202002.008>

World Economic Forum Water Initiative. (2011). *Water Security: The Water-Food-Energy-Climate Nexus*. Island Press.

Zarza, L. (2020). *Lo que debes saber sobre agua y COVID-19*. Obtenido de Iagua: <https://www.iagua.es/blogs/laura-f-zarza/lo-que-debes-saber-agua-y-COVID-19>

## **SEGUNDA SECCIÓN**

# **LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN EL CONTEXTO DEL COVID-19**



# LA INCIDENCIA DE LA COVID-19 EN EL SUMINISTRO Y SANEAMIENTO DEL AGUA EN ESPAÑA<sup>1</sup>

*Joaquín Tornos Mas<sup>2</sup>*

## **1. El Derecho Humano de Acceso al Agua Potable y a su Saneamiento**

El agua es un recurso básico escaso que juega un papel trascendental, vertebrador y fundamental en todos los aspectos de la vida humana y la sociedad. El Derecho Internacional ha prestado especial interés al agua en tanto es el objeto de diversos derechos humanos y reviste un carácter esencial para la vida y el desarrollo de las personas. La propia Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) reconoció explícitamente, en su Resolución 64/292 del 3 de agosto de 2010, el derecho humano al agua y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos<sup>3</sup>. Como consecuencia de este reconocimiento exhortó “a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento” (párr. 2).

Esta preocupación por el acceso al agua de todos los ciudadanos también se manifiesta en un conjunto de resoluciones de instituciones y conferencias internacionales. Así, la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977, cuyo preámbulo proclama que “todas las personas, sin importar su estado de desarrollo y su condición económico social, tienen el derecho a acceder a agua potable en cantidad y calidad equivalente para cubrir sus necesidades básicas”<sup>4</sup>. Años después la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), celebrada en Irlanda en enero de 1992 y promovida por las Naciones Unidas, adoptó la bautizada como “Declaración de Dublín”

---

1 Algunas ideas ya se han desarrollado en Tornos Mas, 2020b.

2 Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona, España. Abogado, jtornos@ub.edu.

3 Sobre el derecho humano al agua se recomienda Embid, 2006; Calvete, 2018 y Saura, 2012. En dicho estudio también se realiza un pormenorizado análisis de los distintos Estados que han consagrado constitucionalmente el derecho al agua en su ordenamiento interno. Así mismo, se recomienda Ortega y López, 2015.

4 Organización de las Naciones Unidas, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua. Mar del Plata, Argentina, 14 al 25 de marzo de 1977, documento E/CONF.70/29, pág. 67.

sobre el agua y el desarrollo sostenible, cuyo primer principio proclamaba que el “agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente”, con hincapié en la importancia de una gestión eficaz. En el mismo año hay que destacar la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y desarrollo, celebrada en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992, en la cual se aprobó el Programa 21, en cuyo capítulo 18 se abordó el tema de la “Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce”.

Reafirma esta preocupación mundial por el acceso al agua potable el hecho de que las Naciones Unidas, en el año 2015, al adoptar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, establecieron el objetivo de garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todas las personas (Objetivo 6).

En definitiva, cabe concluir que el derecho humano al agua abarca las conocidas “cuatro A”, por su escritura en inglés: *availability* (disponibilidad), *accessibility* (accesibilidad), *acceptability* (aceptación) y *adaptability* (adaptabilidad). Esto es, se pretende garantizar una calidad mínima óptima, una cantidad suficiente, un precio asequible, una participación ciudadana y una accesibilidad de todos los grupos sociales, especialmente aquellos colectivos más vulnerables (Fact Sheet 35, “The Right to Water”). La accesibilidad se presenta, por tanto, en cuatro vertientes: física, económica, social e informativa<sup>5</sup>.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que una de las razones que llevaron a las Naciones Unidas a declarar este derecho humano al agua es la constatación de que aproximadamente 884 millones de personas en el mundo carecían de acceso a agua potable y más de 2600 millones de personas no tenían acceso a saneamiento básico. Pero esta realidad a nivel mundial es muy diversa, pues en determinados países, como en el caso de España, el acceso al agua y su saneamiento está garantizado en la práctica totalidad de hogares, que reciben el agua con un precio asequible<sup>6</sup>. Según datos oficiales de 2018, en el caso de España el 86% de la población censada tiene disponible agua con una calidad sanitaria adecuada a los parámetros de la normativa española y el 98,4% de la población está conectada a plantas de tratamiento de aguas residuales<sup>7</sup>.

5 Una reflexión sobre el cumplimiento del derecho humano al agua en España la encontramos en Delacámara, 2018.

6 Para conocer el precio del agua en España se pueden consultar los informes publicados al respecto por las entidades AEAS-AGA e Iagua en 2020. Estos informes dan cuenta de que el precio medio del agua para uso doméstico se sitúa, sin IVA, en 1,90 euros /m<sup>3</sup> y la factura del agua supone el 0,9% del presupuesto familiar. Se trata de uno de los precios más bajos de Europa.

7 Datos extraídos del informe del gobierno español “Informe examen nacional voluntario España 2018, ODS”, en el que se afirma que “el reconocimiento en julio de 2010 por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas del acceso básico al agua y saneamiento como un derecho humano tiene relación directa con la condición del agua como bien público, base de la vida y de la economía y garante del bien común. En España el 86% de la población censada en España tiene disponible agua con una calidad sanitaria acorde con los parámetros establecidos en la normativa española, el 99,5% del agua es apta para el consumo y el 98,4% de la población está conectada a plantas de tratamiento de aguas residuales. Sin embargo, el problema más acuciante es el estrés

En España el agua es un bien de dominio público, y el servicio de suministro de agua a poblaciones y su saneamiento es un servicio público de responsabilidad local<sup>8</sup>. Esto significa que todos los ciudadanos pueden exigir la prestación de este servicio en condiciones de precio asequible, continuidad y calidad. El servicio, que la administración debe garantizar, puede prestarse de forma directa, por la propia administración titular del servicio; de forma indirecta, mediante un contrato de servicio o de concesión de servicio; o a través de una forma mixta, mediante la creación de una empresa de economía mixta con capital público y privado.

De acuerdo con esto, en España, dado que el suministro y saneamiento están en principio garantizados, en los últimos años los problemas relativos al suministro y saneamiento del agua se habían centrado en las cuestiones relativas al modo de gestión más eficaz y eficiente -el debate entre las formas públicas o privadas-, en la llamada de atención sobre la necesidad de mejorar el saneamiento mediante la planificación, en la reivindicación de un regulador general, estatal o autonómico, y en la urgente necesidad de invertir en infraestructuras en materia de agua<sup>9</sup>. Los problemas de acceso al agua eran de menor relevancia, al estar el servicio garantizado, si bien es cierto que sí existía la preocupación por hacer realidad el acceso universal a este servicio a través de medidas que protegieran a las personas o unidades familiares que, por su pobreza, estaban o podían caer en situación de riesgo de exclusión social.

Pues bien, esta situación se vio afectada de modo muy relevante por la aparición de la pandemia de la COVID-19. La pandemia incidió de forma diferente en diversas cuestiones vinculadas al suministro y saneamiento del agua, con lo que surgieron nuevos problemas a los que deben darse nuevas respuestas. Así, la administración tuvo que adoptar medidas para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, calificándolo como esencial. Por otro lado, debe ayudar a los concesionarios con el fin de mantener el equilibrio económico de sus concesiones y hacer posible la continuidad de su actividad prestacional. En tercer lugar, se deberán reforzar las medidas de protección de las personas en riesgo de exclusión social, al incrementarse este colectivo por la nueva pobreza que genera la pandemia. Por último, las necesarias medidas de inversión en infraestructuras hidráulicas pueden tener una oportunidad a través de los fondos europeos generados para hacer frente a la pandemia. La exposición de estas diversas formas a través de las que se manifiesta la incidencia de la pandemia en los problemas del suministro y saneamiento del agua es el objeto de este trabajo.

---

hídrico, cuyo indicador 6.4.1. es del 20,6% (el cociente entre los recursos utilizados y el total disponible a largo plazo), uno de los mayores de la Unión Europea. El consumo anual de agua en el territorio español asciende a 30.169,38 Hm<sup>3</sup> de los cuales un 78% es para uso agrario, un 18% para uso doméstico y un 4% para uso industrial" (pág. 50).

8 El Artículo 26.1 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril de ese año, establece que "los municipios deberán prestar en todo caso los servicios siguientes [...] abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado". El artículo 26. [...] abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales".

9 Puede consultarse Tornos Mas, 2020a.

## 2. Los Servicios del Agua como Sector Estratégico

El suministro de agua de calidad para el consumo humano requiere una actividad continuada de prestación y de control de la calidad de lo que se presta, prestación y control que se debe llevar a cabo con medios técnicos y personal humano. Esta actividad, esencial para garantizar el suministro y la salud de los usuarios, podía verse gravemente afectada por la COVID-19, ya que podían escasear los productos o el personal necesario para acometer estas tareas.

Por esta razón, una de las primeras medidas que se adoptó tras la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020, fue la de calificar el servicio de suministro domiciliario de agua potable para consumo humano como un “servicio esencial” cuya prestación debía quedar garantizada en condiciones de salubridad (Artículo 4 del Real Decreto Ley 8/2020, del consecuencias importantes, pues permitió adoptar medidas tendentes a asegurar el suministro de agua y “a evitar posibles problemas de salud mediante la garantía de los niveles de salubridad e higiene, tanto en el suministro de agua como en los servicios de saneamiento de las aguas residuales urbanas” (Orden SND/274/2020, preámbulo).

Con esta finalidad se aprobó la Orden SND/274/2020 del 22 de marzo, en la que se adoptan medidas en relación con los servicios de abastecimiento de agua de consumo humano y saneamiento de aguas residuales, que recordó que “el agua en su estado natural necesita ser tratada hasta alcanzar [...] los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano [y, que] el saneamiento implica procesos de tratamiento para depurar las aguas residuales urbanas con las mejores condiciones de calidad” (Orden SND/274/2020, preámbulo). Para lograr estas finalidades, las empresas y entidades que prestan estos servicios se califican de operadores de servicios esenciales, con el fin de que “dispongan de los productos, sustancias y materiales higiénicos necesarios para garantizar que puedan llevar a efecto su labor con las máximas garantías de éxito” (Orden SND/274/2020, preámbulo).

La calificación de servicio esencial alcanza “a todas las entidades, públicas y privadas, que prestan, o contribuyen a prestar, el servicio de abastecimiento a la población de agua de consumo humano, así como de saneamiento de aguas residuales urbanas, incluido el servicio de abastecimiento de aguas de consumo humano procedentes de las instalaciones de desalinización de aguas de mar (IDAM)” (Orden SND/274/2020, Segundo). Y también al subsector de laboratorios de ensayo en el campo de actividad de abastecimiento y saneamiento de aguas residuales, al subsector de fabricantes y comercializadores de reactivos empleados para la actividad de abastecimiento y saneamiento de aguas residuales, y al subsector de suministro de bienes, repuestos y equipamientos relacionados con la cadena de soporte de los servicios de abastecimiento y saneamiento de aguas residuales.

Lo relevante son las consecuencias que se derivan de esta calificación de una actividad como “servicio esencial”. Según la Orden citada, las entidades que lleven a cabo estas actividades “tendrán acceso a los consumibles básicos e indispensables para poder realizar el servicio en las condiciones exigidas por la legislación de aguas y sanitaria de aplicación a estos servicios [...], podrán disponer de



existencias propias para poder prestar con garantía y de forma ininterrumpida su actividad, evitando la generación de problemas para la salud pública [y,] en la medida de lo posible, accederán al aprovisionamiento de productos y materiales higiénicos necesarios para prestar el servicio, entre ellos, geles hidroalcohólicos, bactericidas, líquidos desinfectantes, mascarillas, trajes desechables de protección, así como guantes de nitrilo desechables, o similares, y otros medios y productos asimilables utilizados para el tratamiento del agua” (Orden SND/274/2020, Sexto). Hay que recordar que en los inicios de la pandemia se constató una falta de disponibilidad de medios para protegerse frente al contagio, como geles, mascarillas y guantes, lo que llevó a la reforma de la normativa contractual con el fin de poder acceder, por procedimientos de emergencia, a estos productos, lo que desató una feroz competencia entre administraciones para poder acceder a los mismos<sup>10</sup>. Por ello la norma citada atribuye una posición preferente de los servicios vinculados al agua para poder acceder a estos bienes necesarios para que puedan llevar a cabo su actividad.

Nos parece relevante destacar este modo de intervención pública, consistente en atribuir a una actividad prestacional la naturaleza de “servicio esencial”, con el fin de vincular a esta naturaleza una serie de beneficios y ayudas tendentes a garantizar la prestación de forma continuada y con respeto de los requisitos sanitarios.

A ello se añadió la redacción de un *Manual de buenas prácticas* por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, con el fin de que las empresas suministradoras de agua establecieran medidas relativas a la movilidad, la higiene, el control de los posibles casos de COVID-19, la situación en las oficinas de atención al público y medidas específicas para operar en las plantas potabilizadoras y depuradoras y mantenimiento de las redes.

Esta actividad pública se ha visto completada con las medidas adoptadas por las empresas gestoras del ciclo integral del agua en España. La Asociación Española de Operadores Públicos de Agua Potable y Saneamiento (AEOPAS), publicó unas directrices, guías y protocolos para sus asociados con el fin de promover buenas prácticas de gestión que en la difícil situación de la pandemia garantizaran el derecho al agua y a su saneamiento. En la práctica, estas medidas adoptadas por las entidades públicas -también las empresas privadas adoptaron medidas similares- fueron más allá de las exigidas por la normativa pública (Babiano, 2020).

Finalmente hay que destacar que se requirió la intervención de las Fuerzas Armadas con el fin de que tuvieran preparados sus sistemas portátiles de potabilización y que tuvieran disponibles los cuerpos del ejército familiarizados con el abastecimiento y saneamiento del agua -cuerpos de ingenieros, farmacéuticos-, y que protegieran instalaciones estratégicas como presas y potabilizadoras<sup>11</sup>.

---

10 Sobre los problemas de la compra de productos sanitarios al inicio de la pandemia puede consultarse Bello, 2020.

11 Sobre el papel de las Fuerzas Armadas en la lucha contra la pandemia y su marco normativo general puede consultarse Álvarez, Arias y Hernández, 2020. También es relevante la instrucción del 15 de marzo de 2020 del Ministerio de Defensa, por la que se establecen medidas para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

### 3. El Suministro y Saneamiento del Agua por los Concesionarios del Servicio

#### 3.1. Planteamiento General

La extensión del virus COVID-19 llevó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a la declaración de una situación de pandemia global el 11 de marzo de 2020. Pocos días después, el Estado español, de conformidad con el Artículo 118 de la Constitución declaró el estado de alarma, Real Decreto 463/2020, para poder gestionar la situación de grave crisis sanitaria. Esta declaración comportó la prohibición o limitación del ejercicio de muchas actividades mercantiles, lo que afectó de forma profunda a la economía, pues redujo los ingresos de empresas y particulares<sup>12</sup>.

Este hecho afectó de forma directa a la actividad de las entidades concesionarias de los servicios públicos de suministro de agua y saneamiento, que vieron recortados sus ingresos por la reducción del consumo y el incremento de la morosidad. El cierre, por ejemplo, de los servicios de hostelería y restauración reducía el consumo de agua de forma muy significativa. La pérdida de poder adquisitivo de los consumidores particulares llevaba a reducir el consumo o a incrementar la morosidad.

#### 3.2. El Régimen Excepcional del Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020

Con el fin de hacer frente a la situación de las empresas concesionarias, el artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, del 17 de marzo, estableció un régimen excepcional de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de concesiones de obras y de servicios, en caso de que fuera imposible su prestación<sup>13</sup>. Concretamente, el Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 dispuso que:

En los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por entidades del sector público en el sentido definido por el Artículo 3 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la administración local para combatirlo darán derecho a los concesionarios al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo del 15 por 100 o mediante una modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio compensará en todo caso a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieren abonado, respecto de los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión

12 Un tratamiento general de las respuestas jurídicas a la pandemia puede encontrarse en Álvarez, Arias y Hernández, 2020.

13 Véase Tornos Mas, 2020b y Lazo y López, 2020.

de obras o de servicios durante el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en el primer párrafo.

Este apartado 4 no fue modificado por el Real Decreto Ley 11/2020, de medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19, del 31 de marzo, que sin embargo añadió un nuevo apartado 7 al Artículo 34, según el cual:

A los efectos de este artículo solo tendrán la consideración de «contratos públicos» aquellos contratos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a: la ley 9/2017, de 8 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público [...] o el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, o la ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, o el Libro I del Real Decreto Legislativo 3/2020, de 3 de febrero [...]

Las quejas a que las medidas de reequilibrio económico se vincularan de forma exclusiva a que las medidas administrativas conllevaran la imposibilidad total en la prestación del servicio, formuladas por parte de diferentes agentes y, en particular, por la Asociación Española de Empresas de Gestión de Servicios Urbanos de Agua (AGA), que el 3 de abril dirigió un escrito a la ministra de Transición Ecológica y Reto Demográfico, debieron de surtir algún efecto. Así, en el Real Decreto Ley 17/2020, de medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, del 5 de mayo, se modifican los apartados 4 y 7 del Artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020. En cuanto al apartado 4, se da nueva redacción a su último párrafo, en los términos siguientes:

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto a la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.

En principio, pues, con la nueva redacción, parece admitirse que las medidas excepcionales se podrán aplicar en los casos de imposibilidad total o parcial de prestar el servicio.

Además, el Real Decreto Ley 17/2020 añade un párrafo final al Artículo 34.7 del Real Decreto Ley 8/2020 -el relativo a la consideración de contratos públicos introducido por el Real Decreto Ley 11/2020- con la redacción siguiente:

También tendrán la consideración de «contratos públicos» los contratos de obras, los contratos de servicios o consultorías y asistencias que sean complementarios a un contrato de obras principal y necesarios para la correcta realización de la prestación, así como los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los de gestión de servicios públicos; celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el Artículo 3 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre; siempre que estén vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley y cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego. En estos contratos, no resultará de aplicación a las suspensiones a las que se refiere el presente artículo, además de las disposiciones señaladas en sus apartados 1 y 3, lo dispuesto en los artículos relativos a indemnizaciones por suspensiones de contratos en la normativa de contratación pública anterior al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que se aplicable a los mismos, ni aquellas indemnizaciones por suspensión previstas en los pliegos de contratos en el ámbito de la normativa de contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Redacción que disipa las dudas sobre el alcance de la consideración de contratos públicos, referida a toda clase de concesiones y demás contratos de gestión de servicios públicos, con independencia de la legislación a la que estén sujetos<sup>14</sup>.

A partir de la nueva redacción de los artículos 34.4 y 34.7 del Real Decreto Ley 8/2020, dada por el Real Decreto Ley 17/2020, se abren dos períodos diversos en los que la reclamación del reequilibrio económico por parte de los concesionarios va a tener dos regímenes jurídicos diferentes.

El régimen excepcional de restablecimiento del equilibrio económico regulado por el Artículo 34.4 de Real Decreto Ley 8/2020 puede afirmarse que se aplica a toda clase de contratos de concesión, de arrendamiento o de sociedad de economía mixta, independientemente de cuándo se formalizaran.

El restablecimiento del equilibrio económico se vincula, en principio, a un hecho ajeno a la actividad administrativa, la situación creada por la COVID-19 y, por otro lado, a las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la administración local para tratar de combatir esta situación fáctica.

El mismo precepto precisa que el reequilibrio debe compensar la pérdida de ingresos y/o el incremento de costes, entre ellos los gastos adicionales salariales. Se establece también que el reequilibrio se puede establecer mediante la ampliación de la duración del plazo concesional hasta un 15% o mediante la modificación de cláusulas de contenido económico.

La finalidad básica de este régimen excepcional es asegurar la continuidad de la prestación, una vez se recupere la normalidad, y evitar que durante la fase más dura de la pandemia se produzca la resolución de los contratos por la imposibilidad de llevarlos a cabo de conformidad con el plan económico financiero pactado antes de la pandemia.

---

14 En relación con la cuestión de los contratos incluidos en el régimen excepcional del Artículo 34.4 citado puede verse Melón, 2020.

El Artículo 34 establece, por tanto, una regulación específica y excepcional. Dentro de este régimen excepcional la cuestión más conflictiva que plantea el citado Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 aparece en su último párrafo, en el que, según la redacción del Real Decreto Ley 17/2020, se establece que

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado **la imposibilidad de ejecución del contrato** como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto a **la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad**. [énfasis añadido]

Por tanto, solo si concurren estas circunstancias se reconocerá el derecho al reequilibrio económico. De este modo el derecho al reequilibrio económico se vincula a que concurra un elemento condicional, la imposibilidad de ejecución del contrato, condición cuya concurrencia deberá ser apreciada por el órgano de contratación.

De conformidad con esta condición la compensación prevista solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, aprecie la imposibilidad -que puede ser parcial, según la reforma introducida por el Real Decreto Ley 17/2020- de ejecución del contrato como consecuencia de la situación de hecho creada por la COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la administración local para combatirlo.

Esta referencia al hecho de que se haya producido o provocado la imposibilidad material de ejecutar el contrato, es decir, la imposibilidad de llevar adelante la prestación de su objeto, suscitó una notable polémica inicial, criticándose que se exigiera la imposibilidad total de la prestación del servicio, lo que de hecho era incompatible con la esencia misma de los contratos concesionales, en los que la continuidad de la prestación del servicio es un elemento esencial, caso por ejemplo del servicio de suministro de agua. La condición era de imposible cumplimiento, ya que nunca se impondría esta imposibilidad de prestar el servicio en su totalidad.

Lo cierto es que la redacción final del último párrafo del Artículo 34.4, introducida por el Real Decreto Ley 17/2020, parece admitir que el régimen excepcional de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión también aplica cuando la imposibilidad de ejecución del contrato es solamente parcial, no absoluta o total:

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto a **la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad**. [énfasis añadido]

Ahora bien, en este caso se plantea una nueva cuestión y es qué puede entenderse por incumplimiento parcial. Si tomamos como ejemplo el servicio de abastecimiento de agua potable podemos concluir que la imposibilidad de prestar el servicio es solamente parcial, en la medida que afecta únicamente al suministro a

favor de aquellas industrias y, sobre todo, comercios y servicios, cuya actividad ha de permanecer suspendida durante el estado de alarma o parte del mismo, o bien muy restringida durante las diferentes fases de la desescalada del confinamiento de la población. Pero no existe una imposibilidad total de prestar el servicio.

Lo dispuesto en el Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 plantea una segunda gran cuestión. Supongamos ahora que no puede acreditarse que, como consecuencia de la COVID-19 o de las medidas adoptadas por las administraciones públicas para combatir la pandemia, se ha producido la imposibilidad total o parcial de llevar a cabo la prestación del servicio. ¿Significa ello que no puede pedirse el restablecimiento del equilibrio económico, aunque se demuestre que el mismo se ha roto, en perjuicio del concesionario, y por causas que no les son imputables?

A nuestro entender en este caso lo que procede es determinar si el citado artículo impone un régimen exclusivo y excluyente en la regulación del reequilibrio económico de los contratos concesionales o si, por el contrario, establece un régimen excepcional, una garantía reforzada para los concesionarios si se dan los supuestos en él previstos, pero que no excluye la posibilidad de acudir al régimen general y ordinario de restablecimiento del equilibrio económico.

A nuestro entender el Artículo 34.4 es una norma excepcional, que garantiza, en todo caso, una forma de reparación de la ruptura del equilibrio económico si se produce la imposibilidad de realizar la prestación, pero no deroga con carácter general la legislación general de contratos. Es una norma de aplicación preferente, en garantía de los contratistas, pero permite aplicar la legislación general de contratos si no se opone a su contenido. Y no se opone a su contenido el acudir a las reglas generales del reequilibrio económico cuando no puede aplicarse. Por tanto, de forma subsidiaria, en defecto de aplicación de lo previsto en el Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, podrá acudirse a la legislación de contratos del sector público aplicable en cada momento, según cuando se adjudicase el contrato.

Como señaló Gimeno (2020), el Real Decreto Ley es un seguro legislativo a las pérdidas ocasionadas temporalmente en la concesión al hacer que en este período no funcione el reparto de riesgos. Pero esta medida excepcional, garantía que el gobierno se apresura a establecer para tranquilizar a los concesionarios a los que impide llevar a cabo la prestación, no supone derogar todo el régimen general vinculado a la prestación de los servicios de concesión de obras y concesión de servicios<sup>15</sup>.

La aplicación preferente, como hemos dicho, no significa excluyente. El Artículo 34.4 es un *plus* de garantía para unos concesionarios que ven cómo no pueden llevar a cabo su prestación, pero no puede ni quiere impedir que otros concesionarios que sí pueden seguir llevando a cabo su prestación, pero que ven como de forma clara se produce un desequilibrio económico en su contrato concesional debido a las medidas aplicadas para combatir la pandemia de la COVID-19, puedan solicitar también el reequilibrio de sus contratos concesionales. El Artículo 34.4 del Real

---

15 Una reflexión en el mismo sentido se puede encontrar en Lazo, 2020.

Decreto Ley 8/2020 no puede derogar *in peius* la situación de estos concesionarios. La norma especial para un caso excepcional no deroga la regla general anterior. Además, aplicar el régimen general del reequilibrio económico no se opone a este artículo cuando este régimen solo se aplicará al no poder aplicarse el régimen excepcional del Artículo 34.4.

Una vez determinado en qué supuestos es de aplicación el régimen excepcional del Artículo 34.4, del Real Decreto Ley 8/2020 debe atenderse a las formas en virtud de las cuáles puede llevarse a cabo el restablecimiento económico que solicita el concesionario. En este punto el citado artículo dispone que el régimen de restablecimiento del equilibrio económico puede ser el siguiente: “[...] mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo del 15% o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”.

En principio, el medio más obvio es el del incremento de la retribución del concesionario. En los supuestos en que el precio satisfecho por el usuario -ya sea en forma de tarifa o de tasa- se complementa con una aportación de la administración, lo razonable sería incrementar esta aportación y no subir el precio a pagar por los usuarios. Pero esta forma de retribución adicional del concesionario no siempre es habitual en los contratos de gestión del servicio de servicios públicos. El recurso a un incremento de las tarifas o de la tasa no parece que sea una medida aconsejable en las actuales y futuras circunstancias de recesión económica que se avecinan y que, de hecho, ya se están produciendo, y que afectan particularmente a las familias usuarias de los servicios.

Por ello la prórroga contractual parece la solución más viable. No se incrementa el gasto público y no se grava al usuario con un aumento del precio del agua. Otras vías económicas a considerar pueden ser la disminución del importe del canon periódico del concesionario que el pliego de cláusulas económico-administrativas haya podido establecer a favor de la administración, la disminución del importe del fondo de obras previsto en el pliego -normalmente gastos de reposición de instalaciones-, o una disminución o aplazamiento de las inversiones en obras de ampliación o mejora del servicio a realizar por el concesionario durante la duración del contrato.

### **3.3. La Aplicación del Régimen Ordinario de Restablecimiento del Equilibrio Económico: Factum Principis, Riesgo Imprevisible y Fuerza Mayor**

#### **3.3.1. El fundamento del reequilibrio económico al margen de los supuestos excepcionales previstos en el Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 y en la llamada “nueva normalidad”.**

El recurso a la teoría general de la contratación administrativa para poder plantear el reequilibrio económico de las concesiones de suministro y saneamiento de agua puede plantearse en un doble momento temporal. Por un lado, en los supuestos en que esté vigente el régimen excepcional del Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 (14 de marzo a 14 de julio de 2020), pero no concurra la condición

de estar ante un caso de imposibilidad total o parcial de llevar a cabo la prestación del servicio, si bien sea posible acreditar que se ha roto el equilibrio económico. Por otro lado, cuando finaliza el régimen excepcional, ya que en este momento, el de la llamada “nueva normalidad”, lo cierto es que la pandemia sigue vigente y los ingresos del concesionario siguen muy afectados. El equilibrio económico contractual no se ha recuperado de forma automática al cesar la declaración del estado de alarma.

En estos casos en que debemos acudir al régimen ordinario de la contratación pública<sup>16</sup>, creemos que la justificación del reequilibrio puede tratar de fundarse en las teorías de la fuerza mayor, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Al tratarse de mecanismos ordinarios nos limitaremos a recordar las características principales de estas técnicas y algunos de los problemas que plantea el recurso a los mismos<sup>17</sup>. En todo caso, el principio del riesgo y ventura propio de la contratación pública debe modularse por el principio de continuidad en la prestación de los servicios. Como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1986, la “concesión está dominada por un criterio fundamental: mantener la continuidad de la prestación del servicio” de manera que en aquellos casos en que no se sostiene ‘la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige’, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión (Fundamento 4).

El recurso a la fuerza mayor ha sido discutido sobre la base de argumentos diferentes. Por un lado, encontramos alguna normativa sectorial dictada en relación con el COVID-19 que han excluido de forma expresa el recurso al argumento de la fuerza mayor. Así, en materia de servicios de transporte los artículos 24 y 25 del Real Decreto Ley 26/2020, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto de la COVID-19 en los ámbitos de transporte y vivienda, del 7 de julio, han establecido que a los efectos del reequilibrio económico “en ningún caso este derecho- al reequilibrio- podrá fundarse en las normas generales sobre daños por fuerza mayor”. También un Informe de la Abogacía del Estado del 1 de abril de 2020 niega la equiparación de la COVID-19 a supuestos de fuerza mayor<sup>18</sup>.

Pero si acudimos a la normativa contractual general lo cierto es que el Artículo 290.4 de la vigente ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público, de 8 de noviembre, en términos similares a la legislación anterior, y en relación a los contratos de concesión de servicios, dispone que procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. El concepto de fuerza mayor se encuentra en el Artículo 239 de la misma ley:



Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

El problema que plantea la aplicación de este precepto es que la jurisprudencia ha hecho un uso muy restrictivo del mismo, entendiendo que los supuestos citados son tasados y no permiten interpretaciones extensivas. No obstante, creemos que la referencia final del Artículo 294, apartado b), cuando se refiere a fenómenos naturales catastróficos, y cierra el listado con la referencia a “otros semejantes”, permite incluir la pandemia de la COVID-19 sin especiales problemas. Por tanto, será posible fundar la petición del reequilibrio económico en la concurrencia de una causa de fuerza mayor, la pandemia.

La segunda posibilidad es acudir a la teoría del *factum principis*, esto es, el restablecimiento del equilibrio económico roto con motivo de una disposición administrativa que, sin tener como objeto directo la relación contractual, incide en su equilibrio económico.

Ahora bien, lo cierto es que el *factum principis*, como causa de ruptura y, por lo tanto, de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión o de contratos equivalentes, se ha reducido de forma muy significativa en la Ley de Contratos del Sector Público del 8 de noviembre<sup>19</sup>, por lo que deberá estar en el momento de formalización del contrato concesional para determinar la posibilidad de alegar esta causa de reequilibrio. En todo caso, centraremos ahora nuestro análisis en la actual regulación del *factum principis* en el derecho español.

En términos generales el *factum principis* “contempla el supuesto de que la adopción de medidas administrativas al margen del mismo contrato suponga una repercusión indirecta en el ámbito de sus relaciones contractuales que haga en exceso oneroso la prestación del contratista” (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1985). En términos semejantes el Consejo de Estado, en su Dictamen 1030/2015 de 21 de enero de 2016, estableció la doctrina según la cual:

la teoría del *factum principis* [...] sitúa a la administración en el deber de restaurar el equilibrio contractual cuando, como consecuencia de la adopción de una medida administrativa ulterior a la adjudicación del contrato y que no tiene por objeto directo la modificación de su objeto, se produce un grave desequilibrio económico en la concesión. (Considerando III.2.b)

El *factum principis*, por tanto, sería aplicable en los supuestos en los que como consecuencia de una decisión administrativa posterior a la formalización del contrato se ha producido una alteración del equilibrio económico. Mientras el *ius variandi* supone una decisión administrativa dirigida directamente a alterar la relación contractual, el *factum principis* surge en los casos en los que la decisión administrativa se adopta por razones de interés general no vinculadas

directamente con la relación contractual, si bien inciden en la misma<sup>20</sup>. Esto último es precisamente el caso de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, adoptadas para tratar de poner freno a la misma, pero con incidencia en la ejecución de los contratos.

El problema que en la actualidad plantea el recurso a la figura del *factum principis* es que la legislación vigente ha limitado su aplicación a los casos en los que la incidencia sobre la vida del contrato se debe a una actuación de la administración concedente, no a los supuestos en los que la medida se ha adoptado por otra administración. Así, si la medida que afecta a la vida del contrato la adoptó la administración estatal, por ejemplo, la declaración del estado de alarma y medidas limitativas sobre la prestación de servicios, no se podría reclamar el reequilibrio por este motivo a la administración local concedente, a la que no serían imputables las consecuencias derivadas de un acto que no adoptó.

Esta visión reductiva de la teoría del *factum principis* es la que se contiene en la legislación española vigente. Los preceptos a tener en cuenta son el Artículo 270.2 b) para los contratos de concesión de obra y el Artículo 290.4 b) para los contratos de concesión de servicios, ambos de la ley 9/2017. Los citados preceptos establecen que

Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

b) Cuando actuaciones de la administración **concedente**, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. [énfasis añadido]

Es decir que, si las actuaciones que determinan el desequilibrio económico provienen de otras administraciones distintas a la titular del servicio público concedido, estas actuaciones no otorgan el derecho al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión alterado por dichas medidas, por más que determinen la ruptura de la economía del contrato.

Esta nueva regulación comporta que en el caso de las medidas adoptadas por la administración del Estado para hacer frente a la pandemia, el *factum principis* solo será aplicable a los contratos concesionales en los que la administración del estado sea la entidad concedente<sup>21</sup>. Para compensar la reducción de la aplicación del *factum principis*, la misma ley 9/2017 otorga al concesionario afectado por medidas de otras administraciones el derecho a desistir de la concesión. El Artículo 290.6 para las concesiones de servicios y el 270.4 para las concesiones de obras,

20 Véase Tornos Mas, 2017.

21 El Artículo 290.4 b) de la LCSP de 2017 es, por tanto, a nuestro juicio, cuestionable por lesionar el principio constitucional de igualdad de los concesionarios, al margen de cuál sea su administración concedente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, con anterioridad a la LCSP de 2017, el Consejo de Estado en Dictamen 1030/2015, de 21 de enero de 2016, y el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de mayo de 2011, ya tenían establecido que el *factum principis* ha de proceder de la administración titular del servicio. El razonamiento que se hace en estos dos pronunciamientos es el de que la administración concedente no puede asumir el restablecimiento del equilibrio causado por otra administración.

establecen que el contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él como consecuencia de “la aprobación de una disposición de carácter general por parte de una administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato”.

La tercera posibilidad de restablecer el equilibrio económico será recurrir a la teoría del riesgo imprevisible. Esta posibilidad la reconoce el mismo Consejo de Estado en su Dictamen 1030/2015, del 21 de enero de 2016, en el que afirma que cuando no se pueda acudir al *factum principis* el reequilibrio económico deberá tratar de basarse en la teoría del riesgo imprevisible.

Si en los contratos concesionales rige la regla básica de la continuidad de su prestación, si el equilibrio económico se ha roto por causas no imputables al concesionario, deberá acudir en ayuda de este último. Como dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 1988, RJ 1988/9451, mantener el equilibrio económico “es además una exigencia de lealtad y buena fe que debe inspirar con especial intensidad las relaciones de colaboración entre la administración y el concesionario” (fundamento 3). Si se constata que se ha producido una alteración desproporcionada de las prestaciones del contrato, durante el estado de alarma, aunque no se haya producido una imposibilidad total o parcial en la prestación del servicio, y no puede aplicarse el principio del *factum principis*, podrá acudir a la teoría del riesgo imprevisible. Teoría que, si bien no está recogida normativamente en la legislación contractual<sup>22</sup>, sí se reconoce por los tribunales<sup>23</sup>.

---

22 El Artículo 127, 2-b del Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955 sí reconoce el riesgo imprevisible en los términos siguientes: “2. La Corporación concedente deberá: 1.º Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente. 2.º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión”.

23 La preocupación por el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos atendiendo a las circunstancias derivadas de la COVID-19 también está presente en la contratación privada, en relación con la que se ha abierto un interesante debate sobre la reinterpretación de la cláusula rebus sic stantibus y su necesaria reformulación legal. En este sentido se han formulado propuestas de reforma del Artículo 1258 del Código civil, como las que se contienen en tres enmiendas presentadas al articulado del Proyecto de Ley de Medidas Procesales y Organizativas para Hacer Frente al COVID-19 en el Ámbito de la Administración de Justicia (su precedente, el Real Decreto Ley 16/2020 de 28 de abril). Las enmiendas se han presentado por los Grupos Parlamentarios Cs, Junts per Catalunya y Compromís. La justificación de la modificación propuesta -similar en las tres enmiendas- la podemos tomar de la enmienda de Junts per Catalunya: “para contar con este mecanismo de flexibilización resulta necesario regular la figura emblemática de la cláusula rebus sic stantibus, como han hecho recientemente los países europeos de nuestro entorno, de acuerdo a una moderna configuración que la dote de agilidad y funcionalidad para conseguir las finalidades perseguidas. Configuración moderna que tiene como pilares el efectivo reconocimiento del deber de renegociación de las partes en estos períodos de crisis, articulado mediante el cauce de la jurisdicción voluntaria y, en caso de fracasar, dicha renegociación, unas amplias potestades del juez para modificar o adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, articulado a través del correspondiente procedimiento declarativo. Todo ello bajo el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos como principal alternativa” (Congreso de los Diputados, 2020, pág. 2).

Se trata de supuestos en los que se ha producido la ruptura del equilibrio económico inicialmente pactado entre administración y concesionario por un suceso imprevisible, no ante un problema del concesionario debido a malos cálculos propios al presentarse a la licitación, o ante una mera fluctuación del ciclo económico, situaciones estas últimas en las que la ley obliga al concesionario a asumir los mayores costes (riesgo económico)<sup>24</sup>.

Como han establecido las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1990, 9 de diciembre de 2003 y 18 de abril de 2008,

la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse. (Recurso de casación 5033/2006, 18 de abril de 2008, fundamento tercero)

El dictamen del Consejo de Estado de 23 de julio de 2014 tiene un sentido parecido.

### **3.3.2. Medios de Restablecer el Equilibrio Económico en Aplicación del Régimen Ordinario.**

En el caso de inaplicación del régimen excepcional del Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, los medios de restablecimiento del equilibrio económico serán los ordinarios previstos por la legislación aplicable a cada contrato de concesión o de otras modalidades de gestión indirecta del servicio público. Es decir, ampliación de la duración del contrato o modificación de las condiciones económicas del contrato. En términos generales puede afirmarse que la forma de recomponer el equilibrio tiene como fin esencial impedir la ruina del contrato y garantizar la continuidad de la prestación del servicio.

Con respecto a los medios económicos de restablecimiento del equilibrio del contrato, nos remitimos a lo dicho con respecto al supuesto de aplicación del Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, puesto que estos instrumentos económicos no han variado y son esencialmente los mismos desde el Artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y el 164 de la ley 13/1995, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, hasta el 290.5 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, pasando por el 63 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, el 258.5 de la Ley de Contratos del Sector Público, de 2007 y el 282.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

Por el contrario, el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión mediante la prórroga o la ampliación de la duración de la concesión, sí que ha experimentado cambios sustanciales.

En los artículos 164 de la Ley de Contratos de la Administración Pública de 1995 y 163 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones

<sup>24</sup> Sobre el recurso a la institución del riesgo imprevisible se puede ver Melón, 2020.

Públicas de 2000, la ampliación de la duración del contrato como medio de restablecimiento del equilibrio económico no estaba expresamente contemplada. Pero esta ampliación -incluso si no estaba prevista en el pliego- sí que estaba amparada por una doctrina y una jurisprudencia muy abiertas al respecto. Así, por ejemplo, el dictamen del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999:

1ª.- Es consustancial con los contratos administrativos y, en especial, en el de gestión de servicio público, la potestad de la administración de modificar, por razones de interés público, el contenido del contrato, sin límite material, si bien tiene la obligación de mantener el equilibrio económico-financiero del mismo, compensando al contratista de manera que no resulte perjudicado por dicha modificación. 2ª.- Corresponde a la administración acordar la fórmula más adecuada y conforme con sus intereses para compensar al contratista, siendo una de las fórmulas posibles y quizás la más concorde con la naturaleza de la concesión, cuando la modificación exige nuevas inversiones en maquinaria e instalaciones, la prórroga de la duración temporal de la misma por un plazo que permita la amortización adecuada de esas nuevas instalaciones e inversiones sin un incremento sustancial del coste de la prestación del servicio. 3ª.- En el caso examinado, siendo claro que el interés público e incluso la nueva normativa exige nuevas e importantes inversiones en instalaciones y maquinaria, es lícito y parece razonable aceptándolo el contratista, que la compensación económica se articule mediante la prórroga de la concesión hasta el 2010 para conseguir una adecuada amortización. (Expediente 4709/98 MM)

El Tribunal Supremo es de este mismo parecer, tanto en la sentencia del 29 de abril de 2002, con respecto a las concesiones de autopistas, como en la sentencia del 4 de mayo de 2005, dictada en recurso de casación 1607/2003, en relación con una concesión recogida de residuos urbanos y limpieza viaria:

3ª. - En el caso examinado, siendo claro que el interés público e incluso la nueva normativa exige nuevas e importantes inversiones en maquinaria e instalaciones, es lícito, y parece razonable aceptándolo el contratista, que la compensación económica se articule mediante la prórroga de la concesión hasta el año 2010 para conseguir una adecuada amortización. (Dictamen del Consejo de Estado, 4 de febrero de 1999, expediente 4709/98 MM)

Añade más adelante que:

[...] parece más conveniente que sea la propia empresa que lo venía prestando la que haga frente a las reformas que en el servicio, que ya prestaba, se han ido produciendo, las que se han hecho necesarias por las reformas legales y las que sean concordantes con ellas y hayan surgido a lo largo del tiempo de vigencia del contrato, sin olvidar que las razones de oportunidad corresponde valorarlas al Ayuntamiento, teniendo en cuenta además que la concesión, según doctrina de esta Sala, Sentencia de 2 de diciembre de 1988, está dominada por un criterio fundamental, mantener la continuidad de la prestación del servicio. (Sentencia del 4 de mayo de 2005, fundamento tercero)

Para finalizar que:

[...] tanto esta Sala del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de febrero de 1998, como en el informe del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999, se admite la posibilidad de la prórroga como medida compensatoria respecto a los desequilibrios económicos que se produzcan al concesionario por inversiones [...]. (Sentencia del 4 de mayo de 2005, fundamento tercero)

Pero la ampliación de la duración del contrato, como medio de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, se sujeta a unos límites más estrictos en los artículos 258.5 de la Ley de Contratos del Sector Público, de 2007 y el 282.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, que establecen una prórroga de como máximo el 10% de la duración inicial, sin exceder de la duración máxima legal de los 50 años. En la LCSP de 2017, su Artículo 290.5 autoriza la ampliación hasta el 15% de la duración inicial, ahora con el límite legal máximo reducido a 40 años.

### **3.4. Reflexión Final: ¿Cómo Abordar los Problemas Derivados de la Ruptura del Equilibrio Económico en los Contratos Concesionales como Consecuencia de la COVID-19?**

La pandemia generada por la COVID-19 ha afectado de forma directa a los contratos de concesión del servicio de suministro y saneamiento de aguas. Este hecho ha planteado la necesidad de buscar formas de restablecimiento del equilibrio contractual roto para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios. Estas fórmulas se han traducido en la regulación de un sistema excepcional durante los primeros meses del estado de alarma, de 14 de marzo a 14 de junio, y el recurso a fórmulas ordinarias fuera de este periodo.

En todo caso es lógico prever que una vez ha finalizado el estado de alarma las reclamaciones de restablecimiento del equilibrio económico van a proliferar, ya sea reclamando la aplicación del Artículo 34.4, aplicable durante el estado de alarma, o bien acudiendo al régimen contractual ordinario para el periodo posterior al estado de alarma. La realidad nos va a situar ante un escenario en el que los contratistas van a reclamar de forma general el restablecimiento económico de sus contratos concesionales y, para ello, deberán enfrentarse a cuestiones de no fácil resolución. Las cuestiones conflictivas que pueden plantearse son muchas. La aplicación del régimen excepcional del Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 suscitará las dudas de a qué contratos se aplica, qué debe entenderse por imposibilidad total o parcial de la prestación, en qué momento temporal debe formularse la solicitud de reequilibrio, a través de qué procedimiento debe resolverse la petición o qué fórmulas de reparación pueden aplicarse. Fuera del régimen excepcional deberá determinarse qué reglas se aplican para el restablecimiento del equilibrio, si el *factum principis*, la teoría del riesgo imprevisible, la modificación contractual o la fuerza mayor, y también deberá decidirse qué medidas se aplican para el restablecimiento del equilibrio, económicas o de ampliación de plazos.

Se trata en todo caso de cuestiones que deberán resolverse en razón del caso concreto, pero sería bueno que su tratamiento tuviera un marco común de resolución y un procedimiento ágil para poder dar respuesta a lo solicitado.

Ante las previsible múltiples reclamaciones de reequilibrio creemos que debe reflexionarse sobre la conveniencia de evitar una alta litigiosidad judicial, enmarcando esta reflexión en el sentido de las concesiones como formas contractuales de colaboración público privada. Por tanto, acuerdos entre dos partes que, si bien tienen fines diversos y marcos normativos de actuación diferenciados, al formalizar el contrato no son partes enfrentadas sino partes que se asocian para la mejor realización de una obra o la mejor prestación de un servicio público. Por ello existe un interés general en evitar su enfrentamiento judicial y lograr una resolución previa y acordada de sus posibles diferencias. Este acuerdo no solo satisface los intereses del contratista, también mejorará la realización de la obra o la prestación del servicio.

Pues bien, creemos que en esta nueva situación la resolución de las demandas de reequilibrio económico por parte de los concesionarios deberá tener en cuenta la realidad fáctica que afecta a los contratos concesionales y los principios jurídicos sobre los que se construye la figura concesional. La realidad es que serán muchos los contratos afectados por la situación económica adversa, y que las administraciones también se encontrarán en una situación económica difícil, con alto nivel de endeudamiento, con problemas por tanto para atender a las peticiones de reequilibrio económico. Pero por otro lado deberá tenerse presente que en el caso de los contratos concesionales rigen dos principios básicos, el de riesgo y ventura junto con el de la continuidad y la calidad en la prestación. Ante los problemas económicos del concesionario la resolución contractual debe ser la última medida a aplicar y, al mismo tiempo, debe tratar de asegurarse que el contrato pueda seguir con la calidad inicialmente prevista.

Si tenemos en cuenta la realidad post COVID-19 y los principios expuestos, creemos que las administraciones y sus órganos asesores en materia de contratación -instancias ante las que se plantearán las primeras reclamaciones de reequilibrio económico- deben llevar a cabo una aplicación tanto de la normativa excepcional del Artículo 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 como de la normativa ordinaria adecuada a la realidad de cada momento, con especial atención a las teorías del *factum principis*, del riesgo imprevisible y el principio del reequilibrio económico, entendiendo que si por causas sobrevenidas e imprevisibles se ha roto la ecuación financiera hay que acudir en ayuda del concesionario. La exigencia del mantenimiento del equilibrio económico responde a la finalidad de satisfacer el interés público. Se trata de aplicar los fundamentos legales a favor del reequilibrio económico de forma proporcionada a la situación existente. Se trata de flexibilizar el principio del riesgo y ventura para poder incidir en la relación contractual con el fin de reequilibrar las prestaciones respectivas y no hacer recaer todo el perjuicio en una de las partes contractuales.

Con esta misma finalidad nos permitimos reclamar el recurso a medios alternativos de resolución de los conflictos, en concreto el arbitraje, de modo que

incluso antes de que se formalice el conflicto en sede de recurso pueda alcanzarse una solución a los intereses de las dos partes, contratista y administración<sup>25</sup>.

El arbitraje que proponemos debería responder a los principios básicos que conforman esta institución<sup>26</sup>. Por tanto, debe ser un medio de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial, por el que el contratista y la administración contratante deciden someter su controversia a un tercero independiente, imparcial y experto en la materia. Las partes se someten libremente al arbitraje al formalizar el convenio arbitral. El laudo arbitral zanja el conflicto con efectos equivalentes a la resolución judicial.

De forma más concreta, el arbitraje que proponemos sería un arbitraje institucional, que puede corresponder a los tribunales especiales en materia de contratación el asumir esta función institucional. La razón de encomendar esta función a estos órganos administrativos se debe a su conocimiento de la materia y a la garantía de su imparcialidad, imparcialidad acreditada con su actuación hasta el momento presente. De este modo la administración tendría menos resistencias a someterse a un órgano arbitral. Obviamente la asignación de esta nueva función debe ir acompañada de la dotación de los medios estructurales necesarios para poder acometerla con garantías de celeridad y calidad y sin perjuicio de las otras ya muchas funciones que tienen encomendados estos tribunales.

Dando un paso más, nuestra propuesta trataría de lograr que el arbitraje fuera impuesto a la administración, de modo que si el contratista optara por esta vía la administración debiera acudir a la solución arbitral. La justificación se puede encontrar en el hecho de que si la ley impone el arbitraje obligatorio la administración, que carece de autonomía de la voluntad, debería respetar el mandato legal<sup>27</sup>. Esta sería la singularidad más relevante del arbitraje público.

---

25 También se ha hablado de la mediación como forma de evitar la litigiosidad con la administración. Según una noticia publicada en el *Diario del Derecho de Iustel*, de 15 de febrero de 2020, el ministro de Justicia estaría trabajando en el desarrollo normativo de la mediación en el ámbito administrativo, cuestión que podría abordarse en el anteproyecto de ley sobre medidas procesales y tecnológicas sobre modos adecuados de solución de litigios para los órdenes jurisdiccionales civil y social. En esta misma noticia se afirma que el ministro de Justicia manifestó lo siguiente: “de forma paralela o previa a acudir a los tribunales vamos a promover una nueva forma de resolver las diferencias de forma amistosa, desde el diálogo y el convencimiento mutuo en la solución alcanzada, trasladando el máximo protagonismo a las partes y evitando costes innecesarios tanto para los intervinientes como para el conjunto de los contribuyentes” (Ministerio de Justicia, 2020). La propuesta debe ser bien recibida, pero nos suscita algunos problemas. Por un lado, la mediación requiere la aceptación por las partes de un mediador y la voluntad de llegar a un acuerdo en los términos que sugiera o incentive el mediador. La experiencia demuestra que las administraciones se resisten a acudir en plano de igualdad a la reunión con el privado y bajo la presencia de un mediador. Por otro lado, la mediación administrativa se suele identificar con la mediación intrajudicial, la que permite el Artículo 77 de la ley jurisdiccional. Si se piensa en esta mediación, lo que también nos parece interesante, debe señalarse que la misma no evita el litigio jurisdiccional, ya que lo que permite es una forma diversa de llegar a conformar la sentencia.

26 Sobre el arbitraje en general y el arbitraje administrativo en particular me remito a la obra de Ballesteros, 2017 y al reciente trabajo de García- Álvarez, 2020.

27 Sobre esta posibilidad me remito al trabajo antes citado de Ballesteros, 2020.



#### 4. La Garantía del Suministro

El tratamiento de las situaciones de las personas e instituciones familiares en situación de riesgo de exclusión social se ha abordado en los últimos años en relación con el acceso a servicios básicos como agua, gas y electricidad. La respuesta normativa general ha sido la implementación de bonos sociales o la prohibición de cortes de suministro. El coste de estas medidas se impone de forma total o parcial a las empresas suministradoras, como una carga vinculada al hecho de prestar un servicio público de interés general, en todo caso servicios esenciales de los que dependen prestaciones necesarias para poder llevar a cabo una vida digna.

La situación se agravó radicalmente con la COVID-19 al incrementarse el número de personas e instituciones familiares en riesgo de exclusión social, dada la pérdida del trabajo o la reducción de ingresos. Esta realidad llevó a que en relación a estos tres servicios (agua, gas, electricidad), que habían tenido tratamientos diversos en relación con esta cuestión, se imponga un régimen de protección igual, consistente en la prohibición de cortes de suministro<sup>28</sup>.

La primera medida con la que se trata de proteger a los usuarios del servicio de suministro de agua fue el Real Decreto Ley 8/2020 del 17 de marzo, cuyo objetivo general fue reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo, fortaleciendo la lucha contra la enfermedad. En su exposición de motivos, el citado Real Decreto Ley dice que

el servicio de suministro domiciliario de agua potable para consumo humano es un servicio esencial que debe quedar garantizado, especialmente en las actuales circunstancias. Con este fin se imposibilita el corte de suministro de agua por incumplimiento de contrato a los consumidores que tengan la condición de vulnerables, entendiéndose por tales los que tienen esa condición conforme a la normativa en materia del sector eléctrico<sup>29</sup>.

Por tanto, la imposibilidad de corte del suministro se vincula a la situación concreta del usuario. Debe ser una persona vulnerable en los términos en los que la legislación del sector eléctrico define este concepto. Este hecho obliga a seguir un procedimiento dentro del cual la entidad suministradora, ante una situación de impago, debe solicitar un informe de los servicios sociales municipales para saber si quien no hace frente al pago es una persona vulnerable y, por tanto, no puede proceder al corte del servicio.

La situación sufre una pequeña, pero sensible modificación, con la aprobación del Real Decreto Ley 11/2020 del 31 de marzo. El Artículo 29 estableció que

excepcionalmente, hasta el 30 de septiembre de 2020, no podrá suspenderse el suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo, incluidos los

<sup>28</sup> Véase Martínez, 2020.

<sup>29</sup> Según el Artículo 4 del Real Decreto Ley “los suministradores de energía eléctrica, gas y agua no pueden suspender el suministro a aquellos consumidores en los que concurra la condición de consumidor vulnerable, vulnerable severo o en riesgo de exclusión social definidos en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 987/2017”.

gases manufacturados y los gases licuados del petróleo, gas natural y agua a los consumidores personas físicas en su vivienda habitual, por motivos distintos a la seguridad del suministro, de las personas y de las instalaciones, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de suministro o acceso suscritos por los consumidores de conformidad con la normativa sectorial que les resulte aplicación en cada caso.

De este modo la prohibición de corte del suministro de agua se extiende a todos los usuarios, sin necesidad de tener que acreditar una particular situación de vulnerabilidad.

Este cambio motivó la reacción de la Asociación Española de Empresas Gestoras de los Servicios de Agua Urbana, que el 3 de abril de 2020 dirigió una carta a la ministra para la Transición Ecológica y Reto Demográfico en la que pidieron volver a la situación del Real Decreto Ley 8/2020, ya que, afirmaban, lo contrario es invitar a no pagar a todos los usuarios, incrementándose de este modo la morosidad y con ello la ya muy difícil situación económica de las empresas suministradoras.

Una vez finalizado el régimen excepcional establecido por el Real Decreto Ley 11/2020, que se prolongó hasta el 1 de octubre, se volvió a la situación anterior, esto es, prohibición de corte del suministro si se acredita la condición de persona vulnerable. Así se estableció en el Real Decreto Ley 37/2020 del 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, que en su disposición adicional cuarta estableció:

1. Mientras esté vigente el actual estado de alarma no podrá suspenderse el suministro de energía eléctrica, gas natural y agua a aquellos consumidores en los que concurra la condición de consumidor vulnerable, vulnerable severo o en riesgo de exclusión social definidas en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos. Para acreditar la condición de consumidor vulnerable ante las empresas suministradoras de gas natural y agua bastará la presentación de la última factura de electricidad en la que se refleje la percepción del bono social de electricidad. 2. Asimismo, para los consumidores anteriores, el periodo durante el que esté en vigor esta medida no computará a efectos de los plazos comprendidos entre el requerimiento fehaciente del pago y la suspensión del suministro por impago establecidos en la normativa vigente<sup>30</sup>.

## **5. El Déficit de Inversión en Infraestructuras y la Crisis Económica Derivada de la COVID-19**

Si bien en España el suministro de agua a poblaciones está garantizado y se lleva a cabo con un coste razonable y notable calidad, los principales problemas dentro del ciclo del agua se encuentran en la falta de inversión en infraestructuras y en

<sup>30</sup> Sobre las medidas de protección social de los consumidores del servicio de agua durante la pandemia puede consultarse el trabajo de Rodríguez, 2021.

particular en lo relativo al saneamiento. España ha sido advertida por la Comisión Europea y también condenada y sancionada el año 2018 con una multa de 12 millones de euros por incumplir la Directiva 271/91 sobre depuración de aguas residuales, y 10,9 millones adicionales cada semestre.

Si en los últimos años las inversiones en el ciclo integral del agua estaban subvencionadas por Europa y por el presupuesto público, esa fuente de inversión se acaba. Según los datos de expertos, se necesita construir de 500 a 700 nuevas depuradoras, pero lo que ha ocurrido es que España ha reducido las inversiones en infraestructuras. Se afirma también que el Ministerio de Transición Ecológica presentó un plan, DSEAR, con previsión de una inversión de 46 000 millones hasta el año 2023, plan que no es creíble cuando España mantiene una deuda pública de casi el 100% de su PIB y cuando la crisis derivada de la COVID-19 hará aún más difícil acometer las inversiones necesarias.

Pues bien, en esta situación, la crisis de la COVID-19 puede convertirse paradójicamente en una oportunidad de inversión. El acuerdo histórico alcanzado en la Unión Europea para hacer frente a la crisis económica derivada de la COVID-19, mediante un plan de inversión extraordinario, puede dar lugar a obtener unos fondos muy importantes con los que poder acometer las inversiones necesarias en este sector. Me refiero al Plan de Inversión New Generation, con una aportación de 740 000 millones de euros a invertir entre 2021 y 2027, de los que España recibirá 140 000 en transferencias y créditos, para destinar a sectores estratégicos, entre otros, un 37% a economía verde, que incluye el agua y saneamiento.

Para la ejecución de este importante Plan se ha aprobado el Real Decreto Ley 36/2020 del 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la administración pública y para la ejecución del Plan de recuperación, transformación y resiliencia<sup>31</sup>. La norma, como dice su exposición de motivos, supone

la movilización de un volumen tan importante de recursos y abre una oportunidad extraordinaria para nuestro país, comparable a los procesos de transformación económica producidos a raíz de la incorporación a las Comunidades Europeas en los años ochenta o la creación del Fondo de Cohesión europeo en mitad de los noventa.

La rápida absorción de este volumen de recursos acelerará la recuperación del nivel de empleo y actividad económica y también resultará clave para la transformación del modelo económico español, para que esa recuperación sea verde, digital, inclusiva y social.

---

31 Sobre el *Plan de recuperación, transformación y resiliencia* puede consultarse el documento del gobierno español *España puede* de octubre de 2020. En dicho documento se dice que “la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 ha puesto de manifiesto la necesidad de acelerar la transición ecológica, como elemento clave en la fase de reconstrucción. La economía circular como palanca para la modernización industrial, el marco estratégico de energía y clima como referencia para la transición del sistema energético, la gestión del agua y sus infraestructuras, la resiliencia del litoral o la calidad del suelo y la buena gestión del territorio son algunas de las herramientas que ayudarán a identificar las grandes oportunidades y las cautelas que hemos de tener presentes en la fase de recuperación” (pág. 21).

Se pondrán en marcha inversiones, transformaciones y reformas estructurales dirigidas a la transición hacia una economía y sociedad climáticamente neutras, sostenibles, circulares, respetuosas con los límites impuestos por el medio natural, y eficientes en el uso de recursos. Asimismo, se desplegará la agenda España Digital 2025 con el fin de impulsar la conectividad y la ciberseguridad, la digitalización de la administración y del tejido productivo, las competencias digitales del conjunto de la sociedad y la innovación disruptiva en el ámbito de la inteligencia artificial. Además, se impulsará la educación y la formación profesional, la ciencia y la innovación, la economía de los cuidados, el sistema público de salud y la modernización de los sectores tractoros para lograr un crecimiento futuro más sostenible e inclusivo, con una economía más productiva, una sociedad más cohesionada y un progreso basado en la protección de los valores constitucionales y los derechos individuales y colectivos de todos los ciudadanos.

La envergadura de estos retos y el marco temporal para su desarrollo requieren del concurso de las instituciones y administraciones públicas, y plantean la necesidad de adoptar medidas urgentes encaminadas a articular un modelo de gobernanza para la selección, seguimiento, evaluación y coordinación de los distintos proyectos y programas de inversión, y reformas normativas de carácter horizontal que permitan una mejora de la agilidad en la puesta en marcha de los proyectos, una simplificación de los procedimientos manteniendo las garantías y controles que exige el marco normativo comunitario, y una mayor eficiencia en el gasto público.

Pues bien, lo que nos importa destacar es que una de las áreas prioritarias para la aplicación de las ayudas del fondo de reestructuración europeo será seguramente la del agua y medio ambiente. El gran déficit español en saneamiento, depuración y reutilización de las aguas puede encontrar en estos fondos la oportunidad de corregir este grave déficit de inversión.

En este marco se ha lanzado el Plan DSEAR - Depuración, Saneamiento, Ahorro y Reutilización del Agua, sometido a información pública hasta diciembre de 2020, cuyo objetivo es invertir 1 000 millones del Plan general de recuperación, transformación y resiliencia.

## **6. Conclusiones**

Los servicios de suministro de agua a poblaciones y saneamiento están reconocidos en España como servicios públicos de titularidad municipal y prestación obligatoria. La pandemia COVID-19, imprevista y de efectos devastadores tanto sobre la salud de las personas como sobre la economía, ha incidido también de muy diversa forma en la prestación de estos servicios vitales para la vida humana. El presente trabajo ha analizado esta diversidad de formas con las que la COVID-19 ha afectado de forma muy directa a la prestación del servicio de suministro de agua a poblaciones y ha tratado de poner de relieve cómo el derecho ha debido reaccionar una vez más para dar cobertura normativa a las respuestas que los poderes públicos debían dar a la pandemia.

Así, se ha definido este servicio como un sector estratégico que justificaba la adopción de medidas extraordinarias para garantizar que el suministro de agua

se prestara de forma continua y con garantía de calidad. Se favoreció el acceso de las entidades suministradoras a los bienes necesarios para llevar a cabo su cometido. Por otro lado, se ha prestado especial atención a la posición de los concesionarios, cuya actividad económica se ha visto afectada por la reducción del consumo y la morosidad. Ello ha llevado a regular de forma específica el problema de la ruptura del equilibrio económico concesional, estableciendo un régimen excepcional para resolver este desequilibrio durante la época más dura de la pandemia. Posteriormente, el retorno al régimen normativo ordinario obligó a reinterpretar los conceptos de riesgo y ventura, fuerza mayor, *factum principis* y riesgo imprevisible. Ante el esperado incremento de litigiosidad para resolver las reclamaciones de reequilibrio, se sugiere acudir a fórmulas arbitrales.

El derecho también ha debido proteger a las personas vulnerables o en riesgo de exclusión social, arbitrando mecanismos para evitar que se produzcan cortes en el suministro por impago, en razón de la crisis económica generada por la COVID-19.

Por último, la COVID-19 puede tener un efecto positivo. El Plan Extraordinario europeo de ayudas (mediante transferencias y créditos) conocido como New Generation, permitirá a España recibir 140 000 millones de euros. Este dinero debe destinarse a sectores estratégicos, entre otros, economía verde, que incluye el agua y el saneamiento. Estos fondos son una ocasión para paliar el grave déficit de inversión en el sector del ciclo del agua.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, V.; Aparicio, F. y Hernández, E. (2020). *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*. Iustel.
- Ariño, G. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. IEA.
- Babiano, L. (2020). *COVID-19. Manual urgente para operadores de gestión urbana del agua*. IWA Publishing.
- Ballesteros, C. (2017). *El arbitraje de derecho público*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Bello, S. (2020). COVID-19 y contratación pública: un peligroso cóctel en España. *Revista de administración pública*, (213), 373-403.
- Calvete, A. (2018). El derecho humano al agua en J. Tornos Mas (Coord.), *El servicio de abastecimiento de agua en España, Francia e Italia* (págs. 59-93). Iustel.
- Cassagne, J. (2020). Reflexiones sobre el papel del Estado y de derecho en situaciones de emergencia (a propósito del COVID-19). *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, (90/91), 10-25.
- Congreso de los Diputados. (9 de julio de 2020). *Enmiendas e índice de enmiendas al articulado*. Madrid: Boletín oficial de las Cortes Generales,
- Delacámara, G. (2018). El cumplimiento de los derechos humanos de agua y saneamiento en España en G. Delacámara, J. Díez y F. Lombardo (Coords.), *Libro blanco de la economía del agua* (págs. 97-102). Mc Graw Hill.
- Embid, A. (Coord.) (2006). *El derecho al agua*. Thomson Reuters Aranzadi.
- García-Álvarez, G. (2020). El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos, en J. Gimeno (Dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2019* (págs.549-563). Thomson Reuters Aranzadi.
- Gimeno, J. (2020). La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública. *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, (86-87), 42-53.
- Lazo, X. (7 de abril de 2020). *Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?* Observatorio de la contratación pública. <http://www.obcp.es/opiniones/contratos-de-concesion-y-COVID-19-una-solucion-ad-hoc-para-el-reequilibrio-economico>
- Lazo, X. y López, M. (2020). Reequilibrio económico de las concesiones en tiempos de COVID-19 en G. Feliu (Dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2019* (págs. 169-192). Thomson Reuters Aranzadi.

- Martínez, M. (2020). Modelos de protección al consumidor vulnerable por pobreza hídrica: incidencia de la COVID-19 en B. Setuáin (Coord.), *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales* (págs. 237-259). Thomson Reuters Aranzadi.
- Melón, C. (2020). El impacto del COVID-19 sobre la contratación pública. Primeras notas en M. Recuerda (Dir.), *Anuario de derecho administrativo 2020* (págs. 697-726). Civitas.
- Ministerio de Justicia. (15 de febrero de 2020). Justicia abordará el desarrollo normativo de la mediación en el ámbito administrativo. *Diario del Derecho*.
- Ortega, A. y López, A. (2015). El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido en M. Benito (Dir.), *Agua y Derecho. Retos para el siglo XXI* (págs. 35-50). Thomson Reuters Aranzadi.
- Rodríguez, I. (2021). Los servicios urbanos de agua durante la pandemia de la COVID-19 y los medios de protección social de los consumidores en J. Tornos Mas, *Observatorio del Ciclo del agua 2020* (págs.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Saura, J. (2012). El derecho humano al agua potable y al saneamiento en perspectiva jurídica internacional. *Derechos y libertades*, (26), 145-160.
- Tornos Mas, J. (2017). Distribución de riesgos en los contratos estatales en A. Montaña y J. Rincón (Eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas internacionales de derecho administrativo* (págs. 359-379). Universidad Externado de Colombia.
- Tornos Mas, J. (2020a). España en J. Tornos Mas (Dir.), *Observatorio del ciclo del agua 2019* (págs. 45-80). Thomson Reuters Aranzadi.
- Tornos Mas, J. (2020b). COVID-19, contratos concesionales y reequilibrio económico, en G. Feliu (Dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2019* (págs. 113-140). Thomson Reuters Aranzadi.



# LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19 EN PERÚ

*Alberto Cairampoma Arroyo<sup>1</sup>*

## **1. Introducción**

En el año 2020 se llevó a cabo la VIII Jornada de Derecho de Aguas y, como no podía ser de otro modo, la temática versó sobre el impacto de la COVID-19 en el Derecho de Aguas y en el servicio público de agua potable y saneamiento. En el presente documento se detallan las acciones que se adoptaron por parte del Estado peruano respecto al agua potable, particularmente desde la Superintendencia Nacional de Servicios y Saneamiento (SUNASS) como organismo regulador del agua potable y saneamiento para poder paliar las consecuencias de la pandemia.

El impacto negativo de la COVID-19 ha repercutido en todos los ámbitos de la sociedad a nivel mundial y, sin dudas, los dos sectores más afectados han sido directamente la salud y la economía. No obstante, el efecto dominó ha sido inmediato en la educación y el ámbito laboral. De un momento a otro estar en casa era nuestra única protección, lo que evidenció la importancia de los servicios públicos como el agua potable y saneamiento, las telecomunicaciones, la electricidad y el gas natural.

Muchos países desarrollados contaban con sistemas de salud, educación e infraestructura de servicios públicos en óptimas condiciones, sin embargo, el impacto de la COVID-19 complicó a más de un país en los momentos críticos en los que se tuvieron que enfrentar a un alto número de contagios. En el caso de los países en vías de desarrollo, cuyos sistemas más precarios han tenido que enfrentar los mismos problemas y las consecuencias han sido, y aún son, más lamentables.

En este contexto, tal como se señaló, los servicios públicos no solo son servicios esenciales para la vida y salud de las personas, sino necesarios e indispensables para proteger a la población y hacer frente a la pandemia, a fin de que no cause perjuicios irreparables en la salud y la economía, y en los otros ámbitos de la sociedad. En el caso del servicio público de agua potable se trata de uno de los

---

1 Profesor ordinario asociado de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo – GIDA, coordinador de la línea de investigación de Derecho de Aguas. Este artículo ha sido elaborado en el contexto especial producido por la COVID-19, la mayoría de personas estamos trabajando desde casa y, aunque tengamos la oportunidad de estar juntos en familia, para poder cumplir con algunos retos académicos necesitamos de la comprensión de nuestros seres queridos para aislarnos; por ello, y muchas otras razones más, quiero dedicar este trabajo a mi amada esposa y a Julietita, mi hija, muchas gracias por su amor y comprensión constante. Asimismo, agradezco el apoyo de Annie Fetta, integrante del GIDA, en la revisión del presente artículo.

principales aliados del Estado, porque sin agua no hay vida y no hay salud, y, además, porque en un contexto de pandemia como la producida por la COVID-19, el agua sirve para prevenir y controlar los contagios. Sin acceso al servicio de agua potable la situación se podría salir de control.

Por estos motivos, el objetivo del presente trabajo es dar cuenta de la gran importancia que tiene el agua en el contexto de la crisis sanitaria y hacer referencia a las medidas que se adoptaron en el Perú para enfrentar el impacto de la COVID-19.

## **2. Contexto General e Importancia del Agua en el Contexto de la COVID-19**

### **2.1. El Impacto de la COVID-19 en el Mundo**

En diciembre de 2020, el impacto causado por el virus SARS-CoV-2 a nivel global era de más de 68 millones de personas contagiadas y 1 millón y medio de muertes (Johns Hopkins University, Coronavirus Resource Center, 2020). Todos los países luchaban de diversas maneras para contrarrestar las consecuencias producidas por la COVID-19, que llegó a ser declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS). El impacto de este virus no solo produjo una crisis sanitaria, sino económica, social y, en muchos casos, política.

Las medidas adoptadas por los Estados han sido diversas. En la mayoría de los casos se declararon situaciones de emergencia o de alerta sanitaria, se cerraron las fronteras, se paralizaron los vuelos internacionales, se obligó a los ciudadanos a permanecer en sus casas y a las empresas detener sus actividades; solo se permitió el desarrollo de actividades esenciales para garantizar la seguridad de todos y la satisfacción de las necesidades más importantes. Evidentemente, dentro de estas actividades se encuentran los servicios públicos sociales y económicos que, por definición, son esenciales para el interés general.

En el caso de los servicios públicos sociales (salud y educación) y económicos (agua potable y saneamiento, electricidad, telecomunicaciones, transporte) se adoptaron una serie de medidas en función a la finalidad pública que se debía cumplir. La COVID-19 tuvo, y aún tiene, un impacto directo en la salud a nivel global, después de muchos años se tiene que enfrentar a una pandemia de esta magnitud y todos los sistemas de salud han sido puestos a prueba, algunos con resultados nefastos. Incluso los mejores sistemas se vieron colapsados en algún momento -países como Italia, Inglaterra, España, Alemania, Estados Unidos, entre otros- y el número contagios, muertes y otros datos han sido registrados de manera permanente (Roser, 2020; Johns Hopkins University, Coronavirus Resource Center, 2020). En un mundo globalizado existen muchas virtudes, por ejemplo, el estar conectados a través del transporte que nos permite llegar más rápido a cualquier parte del planeta, pero en un contexto de pandemia este beneficio puede ser el principal medio para que un virus como este pueda viajar por todo el mundo en menos tiempo, lo que tomó a los Estados desprevenidos. Algunos tomaron acciones rápidas, otros se resistieron al inicio, pero tuvieron que sucumbir a la realidad después (Alberro, 2020).

Todas las personas que trabajan en la gestión de este servicio público forman parte de la primera fila y no han tenido descanso, debido a que se han producido hasta tres olas de contagios masivos y, en función al sistema de salud y las medidas adoptadas, algunas regiones han sufrido el embate más que otras. En el caso de Latinoamérica, la COVID-19 evidenció algo que se conocía, pero muchas veces se trataba de ocultar o maquillar: el lamentable estado de los sistemas de salud. Son pocos los países de la región que han podido enfrentar, con relativo éxito, los problemas causados por la pandemia, la mayoría aún tiene grandes retos por enfrentar y lo deben hacer con hospitales colapsados, infraestructura en pésimas condiciones, personal de salud agotado, falta de camas UCI, falta de oxígeno, de medicamentos, entre otros muchos problemas que no solo tienen impacto en los pacientes contagiados con la COVID-19, sino de otras enfermedades que requieren de atención hospitalaria. Tal como señala Beteta:

La pandemia también encontró a América Latina y el Caribe en un contexto de desigualdad, vulnerabilidad de estratos medios de la población, creciente pobreza y extrema pobreza, así como en un debilitamiento de la cohesión social y múltiples manifestaciones de descontento popular en varios países. (2020, pág. 187)

La misma suerte, pero en cada caso con sus peculiaridades y particularidades, han corrido los otros servicios públicos. En el caso de la educación se ha puesto a prueba el sistema educativo para “tratar” de garantizar la continuidad de la enseñanza, el uso de la tecnología ha sido clave para que se desarrollen las clases y se reciban desde el hogar de profesores y estudiantes, y aunque aún no se tome conciencia del impacto en el aprendizaje, se puede afirmar que se han hecho todos los esfuerzos para conseguir adaptarnos al contexto de crisis. En el caso de los otros servicios públicos -telecomunicaciones, electricidad, gas natural y agua potable y saneamiento-, los ciudadanos fueron más conscientes de la importancia que tienen para nuestras vidas, tanto desde el punto de vista individual como social. Y como ha sucedido con la salud o la educación, se han evidenciado las falencias y debilidades que pueden estar presentes en la gestión de los servicios públicos y que antes de la crisis se obviaban, toleraban o no eran atendidas.

En efecto, sobre el último punto, se evidencia cómo el impacto de la COVID-19 fue mucho mayor en los países en vías de desarrollo, entre otros factores, por las grandes brechas de infraestructura, la inequidad existente y la falta de cobertura universal de los servicios públicos. Las familias que no tienen acceso a la electricidad o a las telecomunicaciones no han podido brindarles a sus hijos la posibilidad de recibir clases (teleeducación) o acceder a información, han estado aislados; y ni qué decir de la oportunidad de recibir atención médica (telemedicina) si tenían que enfrentar alguna enfermedad, que, a pesar de ser simple de solucionar, se podría agravar por la falta de atención oportuna. Si estos servicios resultan claves para enfrentar la crisis en varios niveles, el acceso y continuidad, en el caso del agua potable y saneamiento resulta indispensable para garantizar la salud y la vida misma; no obstante, en muchos países se ha tenido que recurrir a medidas extraordinarias ante la falta de agua potable en los domicilios.

La crisis multinivel producida por la COVID-19 ha puesto a prueba a la sociedad y desafió a todos los Estados a actuar de manera conjunta e individualmente. A continuación, se verán las acciones que se han tomado respecto al servicio público de agua potable y saneamiento. Dentro de este contexto, lo más preocupante es que las personas más vulnerables, por situaciones de pobreza o extrema pobreza, han sido los más afectados. El Banco Mundial considera que:

Estos escenarios se traducen en una tasa de pobreza mundial de entre el 9,1% y el 9,4% en el 2020, y entre el 8,9% y el 9,4% en el 2021. Los nuevos resultados sugieren que en el 2020 se verán empujados a la pobreza en todo el mundo unos 88 millones de personas (en el escenario de referencia con COVID-19) y hasta 115 millones (en el escenario a la baja). Las tasas de pobreza previstas para el 2020 son similares a las de 2017; por lo tanto, se prevé que los efectos de la pandemia retrasarán como mínimo tres años los avances en el objetivo de poner fin a la pobreza extrema. (2020, pág. 6)

Sin lugar a dudas, las personas que han tenido menos oportunidades de adaptarse en este contexto son aquellas que tienen un nivel de educación bajo y pocas aptitudes para realizar trabajo a distancia, remoto o desde casa (Banco Mundial, 2020, pág. 8) y, por tanto, no solo han perdido el trabajo, sino que deben pagar facturas más altas por tener que quedarse en casa -si tienen la suerte de contar con los servicios básicos- y no se han visto en la necesidad de salir de casa, en búsqueda, por ejemplo, de agua.

En este contexto de estado de emergencia, el Estado debió adoptar medidas extraordinarias para tratar de frenar el avance de una pandemia como la COVID-19, tales como el aislamiento social obligatorio. Estas medidas deben ir acompañadas de acciones que garanticen la continuidad, calidad y asequibilidad de los servicios públicos, más aún si son considerados derechos humanos y fundamentales para el ejercicio de otros derechos humanos (Espinoza, 2021). Estas acciones han sido de diverso tipo, por ejemplo: suspensión del pago de las facturas de agua potable y electricidad, protección a los prestadores de los servicios, reducción de tarifas y, en el caso de las zonas más afectadas, aquellas que no cuentan con servicios de agua, abastecer a través de fuentes alternativas como cisternas de agua.

## **2.2. La Importancia del Agua en el Contexto de la COVID-19**

En el caso del agua potable y saneamiento, se trata de un servicio público que se ha convertido en un eje fundamental de apoyo para asegurar la salud pública, debido a que para evitar el contagio de la COVID-19 se requiere adoptar medidas de higiene como el lavado constante de manos, por lo que resulta importante garantizar la provisión universal con calidad, la adecuada cantidad, continuidad y cobertura (Espinoza, 2021, pág. 5).

Es en este tipo de contextos que se pone de relevancia el reconocimiento del “agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (Resolución 64/292, del 28 de julio de 2010, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas), además de la importancia de cumplir con Objetivos de Desarrollo Sostenible, cuyo Objetivo 6, relativo al agua limpia y saneamiento, establece que los

gobiernos, los prestadores de los servicios públicos y otros grupos de interés enfrenten el alarmante problema de mala calidad del agua, saneamiento inadecuado y contaminación del agua por falta de tratamiento de las aguas residuales (Espinoza, 2021, pág. 8). También resulta pertinente recordar los casos de los países, como el nuestro, que han reconocido constitucionalmente el derecho humano al agua (Constitución Política del Perú, 1993, Art. 7-A) y muchos otros en los que sin necesidad de este reconocimiento tienen especial preocupación por lograr que el derecho al agua potable sea efectivo (Smets, 2006).

El Proyecto Esfera, en la *Carta humanitaria y normas mínimas para la respuesta humanitaria*, publicada en varias oportunidades y cuya última edición data del 2011, señala:

En situaciones extremas, es posible que no se disponga de agua suficiente para atender a las necesidades básicas y, en estos casos, es de vital importancia suministrar una cantidad de agua potable suficiente para garantizar la supervivencia. En la mayoría de los casos, los principales problemas de salud son causados por la falta de higiene que, a su vez, se debe a la insuficiencia de agua y al consumo de agua contaminada. (pág. 109).

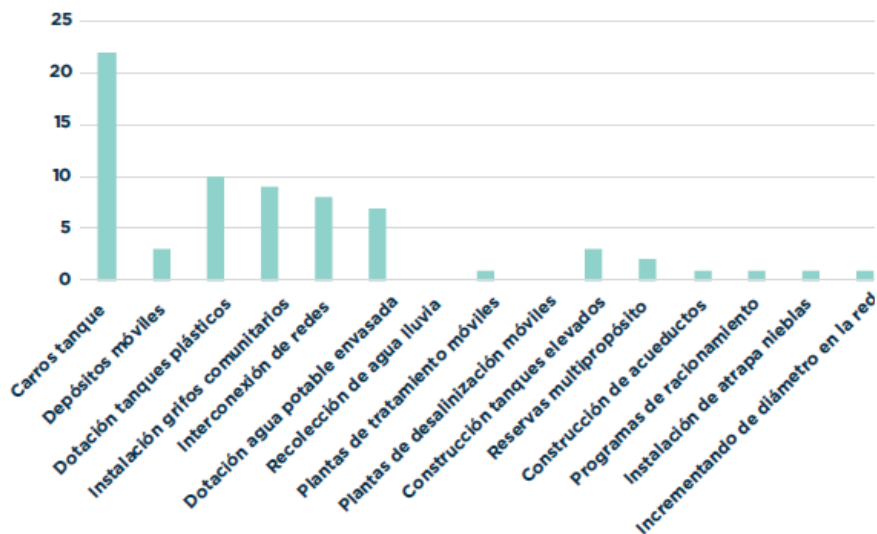
En ese contexto, la Norma 1, establece que:

Todas las personas [deben tener] un acceso seguro y equitativo al agua en cantidad suficiente para beber, cocinar y realizar la higiene personal y doméstica. Los puntos de abastecimiento de agua públicos [deben estar] suficientemente cerca de los hogares para permitirles utilizar el mínimo indispensable de agua. (2011, pág. 109)

En un contexto extremo, como es el causado por la COVID-19, debería garantizarse al menos 15 litros de agua por persona y por día, para que puedan beber, cocinar y realizar la higiene personal; la distancia máxima del hogar al punto de abastecimiento de agua más cercano debe ser de 500 metros; mientras que el tiempo de espera para acceder al agua en puntos de abastecimiento no debe pasar los 30 minutos (El Proyecto Esfera, 2011, pág. 109). Esto, sin dejar de tener en cuenta que, según las OMS, se recomienda la disponibilidad de 50 y 100 litros de agua por persona al día para cubrir las necesidades básica (Espinoza, 2021, pág. 10).

Además de ello, se debe tener en cuenta que los retos de zonas urbanas no son los mismos que los de zonas rurales. Tal como se verá en el siguiente punto, en el segundo caso las poblaciones no cuentan con un sistema de distribución o suministro domiciliario y esta situación complica el cumplimiento de las acciones que se despliegan en un estado de emergencia por parte del Estado. Por tanto, para este último caso, se deberán seguir las recomendaciones que se brindan a través de la OMS, por ejemplo, promover el hervido del agua, y, si el agua no es suministrada por un sistema de distribución domiciliaria y se realiza por camiones cisterna o carrotaques, se debe asegurar que el agua cuente con una dosis de cloro residual entre 0.5 -1 mg/lit (OPS/OMS, 2020, pág. 2).

En el siguiente gráfico se pueden advertir las diferentes acciones para dotar agua, en las que el camión cisterna ha sido el más utilizado en los primeros meses (marzo a julio de 2020) en el contexto de pandemia por la COVID-19.

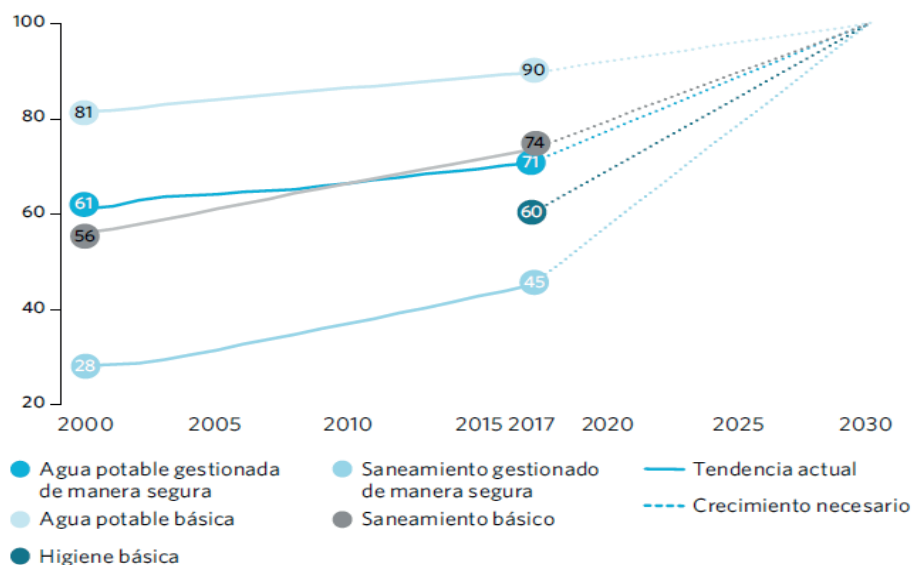
**Gráfico 1.** Acciones para dotar de agua

*Nota.* Tomado de Espinosa (2021, pág. 16).

Según el Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020, el cual consideró el impacto de la COVID-19, se revelan datos que son preocupantes, ya que, hasta el año 2017, un aproximado de 3000 millones de personas en el mundo carecían de la posibilidad de lavarse las manos de forma segura en sus casas y existían centros de atención sanitaria que no contaban con suministro de agua; y, hasta el año 2016, el 47% de las escuelas en el mundo no contaban con un lugar para lavarse las manos con agua y jabón. Si se piensa en un escenario para poder frenar la COVID-19 y garantizar la continuidad de los servicios de salud y educación, va a resultar más complicado de lo que se espera (Naciones Unidas, 2020, pág. 36).

De acuerdo al siguiente gráfico, los avances conseguidos hasta el año 2017 deben mejorar para poder cumplir con el Objetivo 6 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y lo más probable es que la crisis por la que se está atravesando tenga un impacto negativo y se tengan que realizar otro tipo de acciones para poder llegar a las metas trazadas.

**Gráfico 2.** Proporción de la población con acceso a servicios básicos y de gestión segura de agua, saneamiento e higiene, 2000-2017 y crecimiento necesario (2017-2030) para alcanzar las metas (porcentaje)



Nota. Tomado de Naciones Unidas (2020, pág. 36).

Si hay una lección que se debe sacar de esta crisis es que no se puede pretender retornar a un escenario previo a la COVID-19; se necesita aprender de la crisis y estar mejor preparados. El cumplimiento de las metas planteadas para el 2030 debe ser un hecho, se debe tratar de adelantarlas, tal como lo plantea la Organización de Naciones Unidas, construir una sociedad más equitativa e inclusiva, que esté en la posibilidad de enfrentar pandemias, el cambio climático y muchos otros desafíos que vendrán (United Nations Sustainable Development Group, 2020, pág. 22).

### 3. La Situación del Servicio Público de Agua potable en el Perú antes de la COVID-19

Para poder entender la situación del servicio público de agua potable en el Perú se debe hacer referencia a cinco normas que resultan importantes y forman parte del marco jurídico vigente: i) la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobada por Decreto Legislativo 1280 y publicada en diciembre de 2016, y sus modificatorias; ii) la Política Nacional de Saneamiento, aprobada por Decreto Supremo 007-2017-VIVIENDA y publicada en marzo de 2017; iii) la Ley de Reforma Constitucional que Reconoce el Derecho de Acceso al Agua, que incorporó el Art. 7-A en la Constitución, publicada en junio de 2017;

iv) el Plan Nacional de Saneamiento 2017-2021, aprobado por Decreto Supremo 018-2017-VIVIENDA y publicado en junio de 2017; y, v) el Reglamento de la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobado por Decreto Supremo 019-2017-VIVIENDA y sus modificatorias.

Como se puede observar, este conjunto de normas, que datan principalmente de 2017, constituyen el nuevo y vigente marco jurídico aplicable para el servicio público del agua potable y saneamiento. Al respecto, se debe indicar que esta normativa es muy actual, a diferencia de otros servicios públicos -telecomunicaciones, electricidad o gas natural- cuyas leyes generales y sus reglamentos datan de la década de 1990, como la Ley General de Telecomunicaciones de 1994, la Ley de Concesiones Eléctricas de 1992 o la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 1993. Además, estos servicios no cuentan necesariamente con una política y mucho menos con planes quinquenales donde se hayan establecido metas. Todo esto se debe a que el servicio público de agua potable está rezagado en muchos aspectos (Cairampoma Arroyo y Villegas Vega, 2019), lo que generó la necesidad de realizar varios cambios, la mayoría de ellos estructurales, lo cual ha conllevado a plantear un nuevo modelo regulatorio (Cairampoma Arroyo, 2021).

Antes de la crisis producida por la COVID-19 en el Perú, la situación del servicio público de agua potable y saneamiento se encontraba en un proceso de mejora, empero, a diferencia de otros servicios como electricidad o telecomunicaciones, este era muy lento (Cairampoma Arroyo y Villegas Vega, 2019). Si se observan las cifras del Instituto Nacional de Informática y Estadísticas - INEI (2020; ver Tabla 1), se advierte que en términos generales, el acceso al abastecimiento de agua potable ha crecido de 86,1% en el 2013 a 90,8% el 2019, pero cuando se visualizan las cifras en el ámbito urbano se nota que el crecimiento ha sido poco significativo de 93,4% el 2013 a 94,9% el 2019 (incluso menor que el 2018); mientras que en el ámbito rural sí se muestra un mejor avance de 63,2% el 2013 a 75,6% el 2019, aunque esta cifra sea muy baja, si se contrasta con otros países como Chile o Colombia, cuyas experiencias son comparables por las similitudes existentes.

Ahora bien, se debe considerar que no solo se toma en cuenta el acceso en términos generales, sino que resulta importante observar los detalles que quizá en un contexto normal no deberían llamar la atención, pero sí en un contexto de crisis generado por una pandemia como la COVID-19. En efecto, se puede advertir que hasta el año 2019 solo el 85,5% de la población tiene acceso al agua domiciliaria, mientras que un 4,1% accede a dicho recurso fuera de sus domicilios y el 1,2% utiliza pilón de uso público. En el caso de personas sin acceso se advierte que el porcentaje llega a un 9,2%, las cuales deben acceder a través de otras alternativas como camiones cisterna, pozos, ríos, acequias, manantiales, entre otras opciones.



Tabla 1  
Perú: población según formas de abastecimiento de agua, 2013 - 2019

Formas de Abastecimiento de Agua	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Diferencia (puntos porcentuales)	
								2019/2018	2019/2013
<b>Nacional</b>	100	100	100	100	100	100	100		
<b>Por red pública en vivienda</b>	86,1	87,6	88,2	89,2	89,4	90,7	90,8	0,1	4,7***
Dentro de la vivienda	79,9	81,2	82,1	83,8	84,1	85,3	85,5	0,1	5,6***
Fuera de la vivienda (dentro del edificio)	4,4	4,3	4,3	3,9	4,0	4,1	4,1	0,0	-0,2
Pilón de uso público	1,8	2,1	1,8	1,5	1,3	1,3	1,2	-0,1	-0,6**
<b>Sin acceso a red pública</b>	<b>13,9</b>	<b>12,4</b>	<b>11,8</b>	<b>10,8</b>	<b>10,6</b>	<b>9,3</b>	<b>9,2</b>	<b>-0,1</b>	<b>-4,7***</b>
Camión-cisterna u otro similar	1,6	1,7	1,5 <sup>a/</sup>	1,3 <sup>a/</sup>	1,3 <sup>a/</sup>	1,2 <sup>a/</sup>	1,2 <sup>a/</sup>	-0,1	-0,5
Pozo	2,8	2,5	2,1	1,9	2,0	1,9	1,7	-0,2	-1,1***
Río, acequia, manantial o similar	6,6	5,3	4,7	4,5	4,1	3,3	3,6	0,2	-3,1***
Otra forma	2,8	3,0	3,5	3,1	3,3	2,8	2,8	0,0	0,0

Nota. Los resultados son generados con los datos de la base de años puntuales (calendario).

a/ Los resultados son considerados referenciales porque el número de casos en la muestra para este nivel no es suficiente y representan un coeficiente de variación mayor al 15%.

\* Existe diferencia significativa, con un nivel de confianza del 90%.

\*\* La diferencia es altamente significativa, con un nivel de confianza del 95%.

\*\*\* La diferencia es muy altamente significativa, con un nivel de confianza del 99%.

Tomado del Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Nacional de Programas Pre-supuestales (2020, pág. 11).

Cuando se observan las cifras en las zonas urbanas (ver Tabla 2) se advierte que, al 2019, aproximadamente el 94,9% accede a la red pública, mientras que el 5,1% tiene que buscar otras alternativas. Si se piensa en los efectos de la COVID-19, esta última parte de la población ha tenido que preocuparse el doble, porque salieron de sus hogares para poder proveerse de agua, con el riesgo que ello involucra.

**Tabla 2. Perú:** población según formas de abastecimiento de agua, 2013 - 2019

Formas de Abastecimiento de agua	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Diferencia (puntos porcentuales)	
								2019/2018	2019/2013
Urbana	100	100	100	100	100	100	100		
Por red pública en vivienda	93,4	93,6	93,9	94,5	94,4	95,3	94,9	-0,4	1,5***
Dentro de la vivienda	86,1	86,2	87,2	88,9	88,4	89,1	88,9	-0,2	2,8***
Fuera de la vivienda (dentro del edificio)	5,4	5,3	5,0	4,2	4,8	5,0	4,9	0,0	-0,4
Pilón de uso público	1,9	2,1	1,7	1,4	1,2 a/	1,1 a/	1,0 a/	-0,1	-0,9***
Sin acceso a red pública	6,6	6,4	6,1	5,5	5,6	4,7	5,1	0,4	-1,5***
Camión-cisterna u otro similar	2,0 a/	1,9 a/	1,6 a/	1,5 a/	1,3 a/	1,3 a/	1,3 a/	0,0	-0,7
Pozo	1,5	1,2	1,2	1,0	1,1	0,9	1,0	0,1	-0,5*
Río, acequia, manantial o similar	0,5 a/	0,4 a/	0,5 a/	0,4 a/	0,4 a/	0,2 a/	0,4 a/	0,2	-0,1
Otra forma	2,7	2,9	2,9	2,6	2,8	2,3	2,4	0,1	-0,3

Nota. Los resultados son generados con los datos de la base de años puntuales (calendario).

a/ Los resultados son considerados referenciales porque el número de casos en la muestra para este nivel no es suficiente y representan un coeficiente de variación mayor al 15%.

\* Existe diferencia significativa, con un nivel de confianza del 90%.

\*\* La diferencia es altamente significativa, con un nivel de confianza del 95%.

\*\*\* La diferencia es muy altamente significativa, con un nivel de confianza del 99%.

Tomado del Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Nacional de Programas Presupuestales (2020, pág. 11).

En el caso de zonas rurales (ver Tabla 3), se observa una situación más complicada, porque al 2019 solo accedían a la red pública el 75,6% de personas, mientras que un 24,4% debía buscar otras alternativas. En un contexto de crisis en el que se obliga a la población a mantenerse en sus hogares, la situación de estas personas resulta preocupante, más aún cuando acceder a estas fuentes alternativas involucra, en todos los casos, salir de sus domicilios y desplazarse a otros lugares, lo cual en un contexto de pandemia puede producir un clima de total incertidumbre. Más adelante se hará mención a las alternativas que se han tenido que plantear para no generar un impacto negativo. No obstante, resulta importante que, en una fase posterior al manejo y control de la pandemia producida por la COVID-19, se adopten acciones para mejorar la situación de las personas que se encuentran en estas zonas.

Tabla 3. Perú: población según formas de abastecimiento de agua, 2013 - 2019

Formas de Abastecimiento de Agua	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Diferencia (puntos porcentuales)	
								2019/2018	2019/2013
<b>Rural</b>	100	100	100	100	100	100	100		
<b>Por red pública en vivienda</b>	63,2	68,3	69,5	71,2	72,2	74,4	75,6	1,2	12,5***
Dentro de la vivienda	60,5	65,3	65,5	66,6	69,3	71,7	72,8	1,0	12,3***
Fuera de la vivienda (dentro del edificio)	1,2	1,1	1,9	2,8	1,3	0,9	1,1	0,2	-0,2
Pilón de uso público	1,4	2,0 a/	2,0 a/	1,7 a/	1,6 a/	1,8 a/	1,8 a/	0,0	0,3
<b>Sin acceso a red pública</b>	36,8	31,7	30,5	28,8	27,8	25,6	24,4	-1,2	-12,5***
Camión-cisterna u otro similar	0,6 a/	1,1 a/	1,1 a/	0,7 a/	1,0 a/	1,0 a/	0,7 a/	-0,3	0,1
Pozo	7,0	6,5	5,3	5,1	4,9	5,3	4,2 a/	-1,1	-2,9**
Río, acequia, manantial o similar	25,9	20,7	18,8	18,3	17,0	14,5	15,2	0,6	-10,7***
Otra forma	3,4	3,3	5,4	4,7	4,9	4,8	4,4	-0,4	1,0**

Nota. Los resultados son generados con los datos de la base de años puntuales (calendario).

a/ Los resultados son considerados referenciales porque el número de casos en la muestra para este nivel no es suficiente y representan un coeficiente de variación mayor al 15%.

\* Existe diferencia significativa, con un nivel de confianza del 90%.

\*\* La diferencia es altamente significativa, con un nivel de confianza del 95%.

\*\*\* La diferencia es muy altamente significativa, con un nivel de confianza del 99%.

Tomado del Instituto Nacional de Estadística e Informática – Encuesta Nacional de Programas Presupuestales (2020, pág. 11).

Ahora bien, en el análisis no solo deben contemplarse los datos de acceso, sino otros que puedan explicar la situación del servicio público antes de la crisis producida por la COVID-19. En la Tabla 4 se encuentran los datos del Plan Nacional de Saneamiento 2017-2021, con las cifras alcanzadas al 2018, donde se contemplan datos de cobertura a los servicios de agua y alcantarillado, tratamiento de aguas residuales, continuidad y porcentaje de cloro residual.

**Tabla 4.** Metas e indicadores de cobertura y calidad de servicios

Indicador	Unidad	Definición	Ámbito	LB 2016	Meta 2021	2017	2018	2019
Cobertura a los servicios de agua	%	Proporción de la población que tiene acceso al servicio de agua a través de red pública, ya sea mediante conexión domiciliaria o por pileta pública.	Urbano	94,5	100	94,4	95,3	95
			Rural	71,2	84,6	72,2	74,4	75,5
Cobertura de alcantarillado	%	Proporción de la población que tiene acceso a una opción tecnológica de eliminación sanitaria de excretas.	Urbano	88,3	100	88,9	89,9	90,2
			Rural	24,6	70	18,8	19,2	19
Tratamiento aguas residuales	%	Proporción de la población que tiene acceso a una opción tecnológica de eliminación sanitaria de excretas.	Urbano	68	100	78,61	78,91*	78,91*
			Rural	s.i.	40	s.i.	s.i.	s.i.
Continuidad	Horas/día	Promedio ponderado del número de horas de servicio de agua que el prestador brinda al usuario. Este indicador varía entre 0 y 24 horas.	Urbano	18,5	22	17,2	18,3	18,3
			Rural	18	22	19,2	20	20

Nota.

\* Información no ajustada a la definición del indicador

s.i. = sin información

Adaptado de Álvarez (2019).

El 2021 es el año del Bicentenario de la Independencia del Perú y conforme a la Política Nacional de Saneamiento, aprobada por el Decreto Supremo 007-2007-VIVIENDA, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de marzo de 2017, y el Plan Nacional de Saneamiento 2017-2021, aprobado mediante Decreto Supremo 018-2017-VIVIENDA, publicado el 25 de junio de 2017, se debían alcanzar metas ambiciosas como motivo de esta fecha simbólica. En efecto, en la Tabla 4 se puede advertir que se plantearon como metas al 2021: i) la cobertura de 100% de la población en zonas urbanas, tanto en el servicio de agua, como en alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, así como el 84,5%, 70% y 40%, respectivamente, para la población de las zonas rurales; y, ii) mejorar la continuidad en un promedio de 22 horas al día. En la misma tabla se puede observar que al 2019 las cifras no mostraban un avance que permita pensar que se podía llegar al 2021 con las metas cumplidas; el caso de las zonas rurales es el que más llama la atención, porque es donde menos se ha podido avanzar.

En ese sentido, hasta el 2019, antes que ocurriera la pandemia, el avance del cumplimiento de las metas del Plan Nacional de Saneamiento estaba rezagado,

lo que se ha mantenido en estos dos últimos años, por lo que a la fecha se puede afirmar que al 2021 las metas no van a poder ser cumplidas. En este punto hay que llamar la atención sobre los problemas previos a la COVID-19, que han impedido cumplir con el avance progresivo de las metas vinculadas a las propuestas de los proyectos de inversión, la ejecución de las mismas, la debilidad de las administraciones locales, la falta de articulación, la falta de capacidad de gestión de los operadores y la falta de una cultura ciudadana de valoración de los servicios públicos de agua potable y saneamiento (Álvarez, 2019, págs. v-vii).

#### **4. Medidas Adoptadas en el Servicio Público de Agua Potable y Saneamiento en el Perú ante el Contexto de la COVID-19**

##### **4.1. Impacto de la COVID-19 en el Perú**

La Defensoría del Pueblo, en un informe emitido en agosto de 2020, en pleno contexto de pandemia, alertó que:

Desde el inicio del estado de emergencia nacional, se evidenciaron latentes problemas de acceso y cobertura del servicio de agua potable, sobre todo en las zonas altas de Lima Metropolitana, situación que dificultaba el cumplimiento de las medidas recomendadas a la población sobre la higiene permanente para evitar la propagación del COVID-19. (2020, págs. 161–162)

Para poder contrarrestar este grave problema, la Defensoría coordinó con el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, como ente rector del Sistema Nacional de Saneamiento, los gobiernos locales y las empresas prestadoras de servicios para asistir a las personas que no tenían acceso a través de camiones cisterna y de ese modo tratar de garantizar el acceso al agua de manera continua y gratuita.

Desde el inicio del estado de emergencia la Defensoría del Pueblo recibió una serie de quejas sobre la continuidad del servicio de agua potable, vinculadas al corte del servicio, la demora en las reparaciones, los cobros elevados de las facturas, entre otros, y en cumplimiento de sus funciones, coordinó con las distintas Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) para que puedan solucionar los problemas presentados (2020, págs. 148–149). Luego se advertirá que el organismo regulador, la SUNASS, a través de su función normativa y regulatoria, ha contemplado todos estos problemas para tratar de solucionarlos mediante el establecimiento de medidas regulatorias temporales, de las cuales se dará cuenta más adelante.

Según lo señalado, uno de los principales centros de interés ha sido mantener la continuidad del servicio y, en la medida de lo posible, la regularidad e igualdad, por tratarse de principios que forman parte de cualquier servicio público (Garrido Falla, 1994, págs. 21-22).

En un contexto de estado de emergencia sanitaria y de estado de emergencia nacional, declarados oficialmente, la existencia de planes para dotar agua en condiciones normales y un sistema de monitoreo resulta sumamente importante (Espinosa, 2021, pág. 14). No obstante, en el caso peruano, las EPS no cuentan con

estos planes y se han tenido que adoptar acciones en atención a las necesidades que se presentaban en el momento.

#### 4.2. Medidas Generales Adoptadas por el Estado Peruano

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de la COVID-19 como una pandemia, en la medida que se había extendido a más de cien países del mundo de manera simultánea<sup>2</sup>. En este contexto, la mayoría de países adoptaron una serie de medidas para contener el avance de la pandemia. En el caso del Perú, la primera medida que adoptó el Estado fue la emisión del Decreto Supremo 008-2020-SA, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el mismo 11 de marzo, mediante el cual se declara emergencia sanitaria a nivel nacional por un plazo de 90 días y se establecieron medidas de prevención y control de ingresos y salidas en puertos, aeropuertos y puestos de entrada terrestres. Asimismo, las clases en todos los niveles educativos se suspendieron y se ordenó que en todas las actividades se tomaran controles de prevención y control sanitario para evitar la propagación de la COVID-19.

Cuatro días después, ante la inminente situación, se emitió el Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado el domingo 15 de marzo de 2020, mediante el cual se declaró estado de emergencia nacional por un plazo de quince días calendario, se dispuso aislamiento social obligatorio (cuarentena) y se suspendió el ejercicio de derechos constitucionales, lo que involucró la restricción de derechos:

Relativos a la libertad y la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política del Perú. (art. 3)

Respecto a los servicios públicos, se contempló la garantía de abastecimiento de alimentos, medicinas, así como de los servicios públicos de agua y saneamiento, electricidad, telecomunicaciones, entre otros (art. 2). Además de ello, se restringieron todas las actividades que no se consideraran esenciales y se cerraron temporalmente las fronteras.

Como ha sucedido en la mayor parte de países del mundo, estos regímenes de estado de emergencia sanitaria y estado de emergencia se han ampliado progresivamente en función a la mayor o menor afectación de la pandemia. En el caso peruano, las medidas se han flexibilizado para evitar que el aislamiento social no afecte de manera significativa la economía.

Ahora bien, dentro de esas normas emitidas para el caso de los servicios públicos se debe resaltar la emisión del Decreto de Urgencia 036-2020, publicado el 10 de abril de 2020, mediante el cual se establecen medidas complementarias para reducir el impacto del aislamiento social, en la economía nacional y en los hogares vulnerables, así como garantizar la continuidad de los servicios de saneamiento, frente a las consecuencias de la COVID-19. En el Título III de esta norma se establecen una serie

<sup>2</sup> Primer considerando del Decreto Supremo 008-2020-SA.

de medidas para garantizar la continuidad del servicio público de saneamiento: i) fraccionamiento de los recibos de pago de los servicios de saneamiento, los cuales podían ser fraccionados hasta por 24 meses sin poder aplicar el cobro de intereses moratorios y/o compensatorios ni cargos fijos por mora a los recibos fraccionados; ii) disposiciones para garantizar la continuidad, dentro de las que cabe resaltar las relacionadas al uso de los fondos de inversión y las reservas por mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos -se suspendieron los pagos por parte de las EPS a estos fondos y se les autorizó que puedan cubrir los costos de operación y mantenimiento con los recursos de los referidos fondos-; iii) se estableció que las autoridades de salud competentes otorguen de manera automática a las EPS la autorización sanitaria temporal para que puedan distribuir gratuitamente agua para consumo humano a través de camiones cisterna; y, iv) se suspendió el ejercicio de la potestad sancionadora de la SUNASS en aplicación del Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento. A esta norma se le dio una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020, no obstante, mediante Decreto de Urgencia 111-2020, publicado el 10 de septiembre de 2020, se ha prorrogado la vigencia hasta tres meses después del término del estado de emergencia del régimen establecido para el uso de recursos de los fondos referidos y de la suspensión del pago que deben hacer las EPS a los mismos.

En este punto se resalta que en el Perú no necesariamente se ha establecido un régimen de gratuidad para la provisión del servicio público del agua potable, al menos no de manera generalizada, sino que, más bien, se han hecho uso de los fondos de inversión y las reservas por mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, y establecido una serie de medidas que faciliten el pago de las facturas o recibos de pago. El identificar a una parte de la población que merece un tratamiento especial resulta una buena decisión si se piensa en la sostenibilidad del servicio público, lo cual involucra garantizar, a largo plazo, la propia continuidad de la prestación del mismo. En ese sentido, habría resultado una medida inadecuada, por ejemplo, adoptar disposiciones que ofrecen beneficios a un grupo indiscriminado de usuarios con un fuerte impacto en la financiación del servicio público (Carlón Ruiz, 2021).

Aunque resulte complicado por el contexto que vivimos, se debe procurar que las empresas puedan recuperar de algún modo los costos de los servicios relacionados al agua, donde se debe considerar una excepción la aplicación de mecanismos de subvención, los cuales deberán ser establecidos tomando en cuenta criterios económicos (rentas, economías de escala, entre otros), sociales (tamaño familiar, pensionista, desempleados, entre otros) o usos institucionales (centros educativos, hospitales, entre otros), ello para poder establecer filtros y el sistema no se vea del todo perjudicado (Sánchez García, 2014, págs. 190–191).

#### **4.3. Medidas Adoptadas por la SUNASS**

Tal como se puede apreciar, en el caso del servicio público de agua potable y saneamiento, la existencia de un organismo regulador, como la SUNASS, ha sido determinante, porque todas las medidas regulatorias extraordinarias se

han concentrado en esta administración pública, la cual tiene como una de sus principales funciones garantizar la sostenibilidad de los servicios a fin de que se pueda asegurar su continuidad en el largo plazo (Costas Comesaña, 2007, pág. 40).

En el contexto de las medidas adoptadas por el Estado peruano, la SUNASS emitió una serie de normas que se analizarán. La primera norma es la Resolución de Consejo Directivo 012-2020-SUNASS-CD, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de mayo de 2020, en la que se establece, entre otros aspectos, la posibilidad del prorrateo del volumen consumido. Para ello, las EPS deben realizar la toma de lectura cuando puedan hacerlo, después del aislamiento social obligatorio, para lo que deben establecer si corresponde realizar “una devolución, compensación o recupero para cada uno de los meses en los que no se facturó por diferencia de lecturas, según corresponda” (art. 13).

Además de ello, se establece un régimen jurídico especial para el procedimiento de reclamo de usuarios, se pueden resaltar como principales medidas las siguientes: i) todas las notificaciones deben realizarse vía correo electrónico consignado por el reclamante (art. 6); ii) se abre la posibilidad de que la conciliación entre la EPS y el usuario reclamante se lleve cabo por vía remota, y se establece que el acta de la reunión y las grabaciones de voz se incorporen en el expediente (art. 7); iii) los recursos se pueden interponer a través de la plataforma virtual (web) de la EPS o por correo electrónico que esta ponga a disposición (art. 9); iv) las quejas se pueden presentar por plataforma virtual (web) o por teléfono (art. 11). El haber emitido regulación para garantizar el ejercicio de los usuarios a reclamar por la prestación del servicio en un contexto de crisis se considera una medida adecuada y muy pertinente, dado que los usuarios son pieza clave en el funcionamiento del servicio público y su participación activa debe garantizarse (Costas Comesaña, 2007).

Posteriormente, se emitió la Resolución de Consejo Directivo 016-2020-SUNASS-CD, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de junio de 2020, mediante la cual se establece el procedimiento de revisión tarifaria a fin de garantizar la viabilidad económica-financiera de las EPS. Como ya se señaló, una de las principales preocupaciones en un contexto de crisis es asegurar que la prestación del servicio no solo sea de manera continua, sino que se garantice su sostenibilidad económica (Carlón Ruiz, 2021), por ello adoptar medidas desde un enfoque de viabilidad económica-financiera resulta también importante.

El procedimiento contempla algunas consideraciones generales y establece tres etapas: i) contención, ii) transición y iii) recuperación. Respecto a las consideraciones generales en la norma, se establece que:

El procedimiento de revisión tarifaria tomará como base el modelo económico financiero del estudio tarifario vigente y se limita a revisar la fórmula tarifaria, estructura tarifaria, metas de gestión y porcentajes destinados al fondo de inversiones y reservas establecidos en el estudio tarifario, en función a: i) la capacidad financiera de la empresa prestadora; ii) la capacidad económica de sus usuarios; iii) el impacto de la aplicación de las medidas dispuestas en el Título III del Decreto de Urgencia 036-2020; iv) los efectos originados por la emergencia



nacional en los ingresos y la recaudación; v) los costos incrementales asociados al COVID-19 asumidos por las empresas prestadoras. (Resolución de Consejo Directivo 016-2020-SUNASS-CD, art. 4)

En la primera etapa, las EPS deben presentar una solicitud a la SUNASS para poder suspender las metas de gestión establecidas en el estudio tarifario que se encuentra vigente y la suspensión de los incrementos tarifarios que aún no se hayan aplicado. La segunda etapa (art. 6), comienza cuando concluya el régimen temporal extraordinario y se considera el régimen temporal establecido respecto de los fondos de inversión y las reservas por mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, a fin de establecer los porcentajes de aportes a fondos y reservas e incrementos tarifarios provisionales que serán aplicados al finalizar este régimen. Finalmente, en la tercera etapa (art. 7), se establece la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión para el resto del periodo regulatorio, las cuales deben reflejar el impacto de la aplicación de las medidas extraordinarias en el contexto de la COVID-19, lo que involucra la determinación de incrementos tarifarios, nuevas metas de gestión y nuevos porcentajes de aportes a fondos y reservas.

El 15 de julio de 2020 se publicó la Resolución de Consejo Directivo 018-2020-SUNASS-CD, en la que se establece que las EPS pueden fraccionar hasta por 24 meses los recibos de pago para los usuarios sociales y domésticos subsidiados (cuyo consumo es menor a 50 m<sup>3</sup>) y deben informar al usuario sobre el monto fraccionado, el número de cuotas, el valor de la cuota y el número de cuotas pendientes (art. 1). Además, se establece que el usuario tiene el derecho de solicitar la variación del número de cuotas y las EPS deben brindar las facilidades necesarias para ello. A fin de garantizar la continuidad del servicio se suspende la facultad que tienen las EPS de suspender el servicio por el incumplimiento en el pago de las facturas por parte de los usuarios (art. 7).

Posteriormente, mediante Resolución de Consejo Directivo 025-2020-SUNASS-CD, publicada el 9 de agosto de 2020, se aprobaron disposiciones para asegurar el control de las facturaciones, de manera concreta en esta norma se señala que si, durante el estado de emergencia, se detecta una diferencia de lecturas atípicas y no se puede realizar una inspección al predio, se facturará según el promedio histórico de consumos, ello para facilitar el trabajo de las EPS. No obstante, las empresas mantienen la obligación de verificar que la diferencia de lecturas atípicas no sea producto de un error, en cuyo caso deben corregirlo. Si no se tratase de un error, verificarán mediante inspección externa al predio el estado de la caja medidora y de encontrarse todo conforme la EPS comunicará al cliente, mediante el comprobante de pago, el volumen por diferencia de lecturas atípicas registradas y su correspondiente valor (art. 1).

Finalmente, el 29 de noviembre de 2020 se publicó la Resolución de Consejo Directivo 039-2020-SUNASS-CD, que dejó sin efecto el art. 7 de la Resolución de Consejo Directivo 018-2020-SUNASS-CD y restablece la posibilidad de que las EPS puedan cortar el servicio de agua potable por falta de pago de dos facturas mensuales vencidas a partir del 4 de enero de 2021. Esto no aplica para los usuarios

sociales y domésticos beneficiados con el subsidio focalizado o el consumo igual o menor a 50 m<sup>3</sup> (art. 2). Antes de ello, las empresas deben informar a los usuarios las consecuencias del no pago de dos facturas vencidas y los mecanismos de financiamiento implementados para facilitar el pago (art. 3).

## 5. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se han descrito algunas consecuencias, principalmente en la salud y la economía, que ha tenido la COVID-19 a nivel mundial y, particularmente, en los países en vías de desarrollo, como sucede en el caso peruano. Además, se ha hecho referencia a las medidas adoptadas por los Estados, enfocándonos en las que se han implementado en el servicio público de agua potable y saneamiento.

En el contexto de la crisis producida por la COVID-19 se ha advertido la importancia que tienen los servicios públicos y, de manera particular, el de agua potable y saneamiento, no solo porque sirve para garantizar el ejercicio de otros derechos, como la vida y la salud, sino porque sirven como aliados del Estado para controlar y prevenir el contagio del virus.

En el caso peruano, se han implementado acciones en diversos ámbitos y, en el caso del agua, se pueden rescatar las medidas que se han adoptado para hacer frente a la crisis sanitaria. El rol del organismo regulador, la SUNASS, ha sido determinante para garantizar no solo la continuidad del servicio, sino también para asegurar que las medidas no causen un colapso financiero en los operadores del servicio público (EPS). En ese sentido, con el uso de recursos de los fondos de inversión y las reservas por mecanismos de retribución por servicios ecosistémicos, se ha paliado la falta de ingresos por el no pago de los recibos del servicio y demás problemas presentados.

Pero no solo se ha tratado de asegurar la viabilidad económica-financiera de la prestación de los servicios, sino que se han emitido una serie de normas para garantizar la tutela de los derechos de los usuarios, que establecen los mecanismos idóneos para el desarrollo de los procedimientos de reclamos de usuarios.

Sin duda, las medidas pueden resultar insuficientes, pero ello no se debe a los problemas surgidos por la COVID-19, sino a situaciones preexistentes que deben ser solucionadas en el mediano y largo plazo. Es el caso, por ejemplo, de los usuarios de zonas rurales o ciudadanos que se encuentran en zonas periurbanas o ciudades pequeñas donde aún no se ha garantizado el acceso al agua potable y saneamiento. Tal como se ha advertido, las normas, políticas y planes existen, lo que corresponde es que se trabaje por conseguir las metas propuestas y, en ese contexto, el objetivo primordial por parte del Estado debe ser cumplir con los objetivos propuestos en la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en el caso del agua potable y saneamiento, con el Objetivo 6.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alberro, J. (2020). La pandemia que perjudica a casi todos, pero no por igual. *Economía UNAM*, 17(51), 59–73. <http://revistaeconomia.unam.mx/index.php/ecu/article/view/546>
- Álvarez, L. (2019). *Plan Nacional de Saneamiento: 2017-2021. Evaluación de término medio*. Lima.
- Banco Mundial (2020). Un cambio de suerte. *La pobreza y la prosperidad compartida*, 26.
- Beteta, H. (2020). ¿Cómo encontró la pandemia del COVID-19 a América Latina? *Economía UNAM*, 17(51), 180–193.
- Cairampoma Arroyo, A. (2021). El régimen jurídico del servicio público de agua potable y saneamiento en Perú. *Observatorio del ciclo del agua 2020*. Barcelona. (p. 191–218). Thomson Reuters. Aranzadi.
- Cairampoma Arroyo, A. y Villegas Vega, P. (2019). Los desafíos de la regulación en los servicios de saneamiento en el Perú. *Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019* (págs. 11–34). CICAJ.
- Carlón Ruiz, M. (2021). Los servicios públicos en tiempos de pandemia (o cómo mantener la esencialidad sin perder el equilibrio). *Revista General de Derecho Administrativo*, (57), 1–42.
- Costas Comesaña, A. (2007). De consumidor a ciudadano: el papel de la satisfacción del ciudadano en la sostenibilidad de los mercados de servicios públicos. *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, (836), 33–50.
- Defensoría del Pueblo (2020). *Rendición de cuentas en el contexto de la pandemia: 150 días defendiendo derechos*. Lima.
- El Proyecto Esfera (2011). *Carta Humanitaria y normas mínimas para la respuesta humanitaria*. Oxfam.
- Espinosa, C. (2021). *Provisión de agua potable a las poblaciones sin acceso a redes durante la emergencia por COVID-19. Experiencias en Latinoamérica y el Caribe*. Documento para discusión N° IDB-DP-00845. Banco Interamericano de Desarrollo.

- Garrido Falla, F. (1994). El concepto de servicio público en el derecho español. *Revista de Administración Pública*, (135), 7–36.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (10 de junio de 2020). *Perú: formas de acceso al agua y servicios básicos*. INEI. [http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin\\_agua\\_junio2020.pdf](http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_agua_junio2020.pdf)
- Naciones Unidas (2020). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020. Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*. Naciones Unidas.
- OPS/OMS (2020). *Recomendaciones clave de agua, saneamiento e higiene COVID-19: instituciones responsables de agua y saneamiento*. OMS.
- Roser, M.; Ritchie, H.; Ortiz-Ospina, E. y Hasell, J. (21 de julio de 2020). *Coronavirus Pandemic (COVID-19)*. Our World in Data. <https://ourworldindata.org/coronavirus>
- Sánchez García, V. (2014). *El agua que bebemos. La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España*. Dykinson S.L.
- Smets, H. (2006). *Por un derecho efectivo al agua potable*. Editorial Universidad del Rosario.
- United Nations Sustainable Development Group (2020). *Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding To the Socio-Economic Impacts of COVID-19*. United Nations.

# EL SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN CHILE, FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19<sup>1</sup>

*Christian Rojas Calderón<sup>2</sup>*

## **1. Introducción y algunos antecedentes<sup>3</sup>**

El impacto del COVID19 en Chile y el mundo ha sido tremendo, sin ninguna duda. Como en ninguna ocasión anterior que se recuerde contemporáneamente, con excepción de la guerra, las personas de todo el orbe se han enfermado más o menos gravemente; hay varios miles o millones de muertos (depende de cómo se cuenten); los gobiernos de todos los países se han visto obligados a enfrentar un reto sin igual que ha significado confinamientos totales o parciales de la población y la alteración, restricción o suspensión del ejercicio de algunos derechos fundamentales (en particular el de libertad de circulación); masivas quiebras económicas por cierre de negocios, creación de nuevas formas de emprendimiento desreguladas pero toleradas por la autoridad, o masificación de ellos (en particular el *delivery* de alimentos); y una enorme incertidumbre acerca del futuro extendida por muchos meses, demostrando una y otra vez la tensión entre Ciencia y Derecho al momento de tomar decisiones, con mayores o menores apoyos técnicos.

Adicionalmente en este panorama, el surgimiento de algo de esperanza a partir del desarrollo de distintas vacunas que a la fecha han permitido iniciar o estar pronto a iniciar un proceso de inoculación general, no se sabe por cuánto tiempo. Y en el medio de todo, los servicios públicos, particularmente el de salud o sanidad, que han tenido que enfrentar este desafío sin igual.

Tal ha sido el impacto que, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), los países experimentaron en promedio interrupciones en el 50% de un conjunto de 25 servicios indicadores. Los servicios que sufrieron interrupciones con mayor frecuencia fueron los de inmunización rutinaria y servicios periféricos (70%), los servicios prestados en centros (61%), el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades no transmisibles (69%), la planificación familiar y la anticoncepción

---

1 Este trabajo recibió la colaboración de Josefa Asalgado Wilkendorf, Ayudante de Derecho Administrativo de la Universidad Adolfo Ibáñez

2 Profesor de Derecho Administrativo, Derecho de Aguas y Derecho del Medio Ambiente, de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). Licenciado en Ciencias Jurídicas (1998), U. de Valparaíso; Abogado (2000); Magíster en Ciencia Jurídica (2008) y Doctor en Derecho (2011), P. U. Católica de Chile. Investigador Asociado del Grupo de Regulación de Riesgos y Sectores Estratégicos (GRRISE) de la U. de Barcelona. Contacto: christian.rojas@uai.cl

3 Algunas ideas de este texto ya han sido desarrolladas en textos previos (Rojas, 2014; Rojas, 2020a; Rojas, 2020b; Rojas & Delpiano, 2016).

(68%), el tratamiento de los trastornos de la salud mental (61%), y el diagnóstico y tratamiento del cáncer (55%) (OMS, 2020). Si lo proyectamos a la población total que accede a servicios de salud, esto puede llegar a cifras incomparables con otras ocasiones por alcance y extensión de impacto del COVID-19.

Pese a ello, uno de los servicios públicos que ha funcionado con cierta normalidad es el de abastecimiento de agua a la población y saneamiento de vertidos (que en Chile tiene ciertas características particulares) aunque de todas maneras ha debido enfrentar la emergencia o excepcionalidad. De ello han surgido desafíos, varios de ellos pendientes de superarse.

Este trabajo trata fundamentalmente acerca de las características del servicio de agua potable en Chile, en condiciones de normalidad y en condiciones de excepcionalidad general, así como de esta particular situación de emergencia. Este asunto se plantea descriptivamente primero, para luego ensayar una revisión crítica frente a lo que se ha hecho, intentando alguna solución. Se cierra este trabajo con algunas ideas conclusivas.

## 2. El servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento<sup>4</sup>

### 2.1 El régimen jurídico del abastecimiento de agua potable y saneamiento, a nivel urbano en Chile

Si bien hay antecedentes durante el siglo XIX a nivel de empresas y gobiernos locales (lo que hoy casi no existe<sup>5</sup>), el servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento (en Chile se le denomina *servicio sanitario*) se inicia formalmente del modo como se encuentra configurado hoy, a partir de la estructuración propia que le da el hecho de ser un Estado unitario y predominantemente centralizado.

Desde luego, es posible señalar que sus características esenciales se encuentran definidas a partir de su carácter de servicio público, y por la provisión de bienes y servicios imprescindibles para la calidad de vida de las personas, como son el abastecimiento de agua potable y recogida de vertidos, configurado fundamentalmente como un sistema integrado de sistemas sanitarios de producción y distribución de agua potable, y de recolección y disposición de aguas servidas (Vergara, 2018, págs. 95 - 104).

En un intento de mostrar un desarrollo evolutivo, es posible identificar una serie de fases temporales en el complejo de servicios de abastecimiento de agua potable y del saneamiento (es decir, de recogida de vertidos y su tratamiento).

#### 2.1.1. Antes del Año 1977: Una Estructura Fragmentaria y Precaria. Hasta antes del año 1977, los servicios urbanos de agua potable y saneamiento se sirvieron de un gran número de proveedores.

De esa manera en 1931, luego de sucesivos esfuerzos públicos y privados para el abastecimiento de agua a las ciudades, se creó la Dirección General de Agua Potable y Alcantarillado del Ministerio del Interior, marcándose así el inicio de una institucionalidad en el sector sanitario del país. Posteriormente, en el año 1953, la Dirección General de Agua Potable y Alcantarillado se fusiona con el

Departamento de Hidráulica del Ministerio de Obras, lo cual dio paso a la creación de la Dirección de Obras Sanitarias – DOS (Selman, 2006, pág. 16).

El mayor de los entes estatales fue la Dirección de Obras Sanitarias (DOS) y estuvo ubicada dentro de la estructura orgánica dependiente del Ministerio de Obras Públicas. Tuvo la función de abastecer de agua potable a todas las ciudades excepto Santiago y Valparaíso, este servicio público fue prestado en esos dos casos por empresas municipales. Se deja constancia que, en menor medida y cobertura, los ministerios de Agricultura y de Vivienda y Desarrollo Urbano también dispusieron de departamentos de agua y saneamiento (Caldés, 2015, págs. 21 - 33).

En general, por tanto, lo que hay en este tiempo es actividad privada medianamente regulada, aunque excepcional, y actividad derechamente estatal para la provisión del servicio de agua potable. El saneamiento llegaría mucho después, desarrollándose el panorama en este tiempo como regla general generalísima, con base en la recogida de vertidos y su disposición directa en fuentes naturales.

### **2.1.2. 1977-1988: El Inicio de una Mayor Cobertura, A Partir de la Empresa Estatal SENDOS.**

Luego de un proceso de reestructuración organizativo de carácter territorial en el año 1976 con la denominada “regionalización” (hoy aún en desarrollo), en 1977 la antigua Dirección de Obras Sanitarias y otras direcciones fueron transformadas en un gran servicio público: el Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS). Se constituyó como una entidad descentralizada funcional y territorialmente, la cual se relaciona con el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas constituida por una Dirección Nacional y once Direcciones Regionales (Selman, 2006, pág. 17). Dicha entidad se encontraba a cargo de la operación y del mantenimiento de los sistemas sanitarios en el sector urbano y rural; además, cumplía funciones normativas y fiscalizadoras respecto del sector (Selman, 2006, pág. 17). Asimismo, cabe señalar que, en la Región Metropolitana y en la Región de Valparaíso, fue creada la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias (EMOS) y la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso (ESVAL), ambas empresas estatales autónomas y relacionadas con SENDOS (Selman, 2006, pág. 17).

En lo que respecta a la planificación de inversiones, asignación de recursos y fijación de tarifas, se observó que esta etapa se caracterizó por una operación centralizada; puesto que los SENDOS de nivel regional se encargaban únicamente de servicios operativos (Selman, 2006, pág. 17). Adicionalmente a ello cabe advertir que, por un lado, el Estado suministraba los fondos necesarios para efectuar las inversiones necesarias; y, por otro lado, que, si bien las tarifas se basaban en un sistema de subsidios cruzados, no se consideraban los costos reales de prestar el suministro (Selman, 2006, pág. 17).

A pesar de todo lo señalado anteriormente, el sistema descrito hizo posible que existieran avances paulatinos; sin perjuicio de evidenciarse la necesidad de realizar un cambio sustancial al sistema que pudiera responder de manera eficiente y adecuada a los cambios de las nuevas realidades en la sociedad (Selman, 2006, p. 17).

Como resultado de esto, entre 1976 y 1988, la cobertura de agua y de saneamiento aumentó de manera considerable: Del 78% al 98% en agua y del 52% al 82% en saneamiento a nivel urbano (Caldés, 2015, págs. 34 - 48).

### **2.1.3. 1988-1998: Modernización y Regulación.**

Como se adelantó, durante la década de 1990 se llevaron a cabo significativas reformas en el sector de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento; y en efecto, entre los años 1988 y 1990, se aprobaron varias reformas legales y se crearon nuevas instituciones.

En diciembre de 1988 se dictó la Ley General de Servicios Sanitarios que regula el funcionamiento de todo el sector, y permite la participación privada en las empresas (D. F.L. N° 382 de 1989, 21 de junio 1989). Complementariamente, se dictó la Ley N° 18.778 de 1989, que estableció un subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas, que favorece a usuarios residenciales de escasos recursos (art. 1) (17 de enero de 1989). En 1990, a través de la Ley N° 18.902, se crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)<sup>6</sup> que cumple funciones ordenadoras, fiscalizadoras y sancionatorias en el sector. En esta misma ley se introdujeron mecanismos de subsidios a la demanda de aquellos clientes que dispusieran de recursos limitados, para de este modo proteger a la población más pobre contra tarifas demasiado altas (27 de enero de 1990). Este es un período de fortalecimiento institucional del sector, y durante ese lapso se logra la autosuficiencia financiera, se autorizó un sistema de incremento de tarifas en base a un programa de desarrollo, y consiguientemente mejoraron su eficiencia así como la ampliación de la cobertura (Caldés, 2015, págs. 49 - 60).

Paralelamente, en 1989, la antigua EMOS se transforma en EMOS S.A.: Una empresa estatal con forma de sociedad anónima (aunque con un único accionista, el Estado). Ocurre lo mismo con ESVAL, que pasa a ser ESVAL S.A, y con los SENDOS regionales que se transformaron en empresas bajo la misma fórmula comercial. Esto posteriormente daría pie a su privatización por medio de la venta de acciones.

### **2.1.4. 1998 en Adelante: La Apertura a la Participación Privada.**

Es la época de gran desarrollo de todo este sistema basado en el apoyo de la SISS para la consolidación de las recién creadas empresas sanitarias. Estas empresas funcionaban como filiales de la Corporación de Fomento a la Producción (CORFO), la entidad estatal que constituyó a dichas compañías. Fue, además, la época de la implementación práctica y operativa de la Ley General de Servicios Sanitarios ya referida, concentrando el funcionamiento general del sistema en un aumento de cobertura y calidad, en subsidio al pago de los consumos de agua potable y servicio de alcantarillado de la población de menores recursos, y con

6 Desde los sectores de electricidad y telecomunicación se adoptó un modelo innovador de regulación tarifaria en el cual se estima el nivel eficiente del costo a través de una compañía modelo. Este costo estimado se usa como punto de referencia para la fijación de tarifas de las empresas sanitarias.



el objetivo final de obtener el firme posicionamiento y consolidación de la nueva legislación tarifaria.

En 1998 se modifica el marco regulatorio del sector sanitario con la Ley N° 19.549, permitiendo el ingreso de capitales privados a las empresas sanitarias, corrigiendo fallas regulatorias y aumentando las potestades reguladoras y fiscalizadoras de la SISS. Seguidamente, se privatizaron todas las antiguas empresas subsidiarias del Servicio Nacional de Obras Sanitarias y las empresas prestadoras de Santiago y Valparaíso. Las plantas de personal fueron recortadas, se introdujeron nuevos procedimientos administrativos y la parte de la operación del sistema correspondiente a las aguas servidas tratadas aumentó significativamente. De esta forma, las empresas sanitarias chilenas estatales se encontraban en un estado de autofinanciamiento cuando el sector privado ingresó; desde las reformas legales de 1988 a 1990 las empresas públicas fueron preparadas para mejorar su eficiencia y su rentabilidad, gradualmente. Esto podría explicar el proceso estable de participación privada.

Sobre la participación del sector privado, cabe señalar que sucedió con dos métodos diferentes. A partir de 1998, se privatiza a las empresas más grandes, por medio de la venta de una participación estratégica de cada empresa a un consorcio íntegramente; y luego, a partir del año 2001, se cambia el “modelo de negocio” y se le sustituye por uno basado en la transferencia de los derechos de explotación de las compañías a actores privados durante 30 años, utilizando para ello la figura típica de la concesión de servicio público (Caldés, 2015, págs. 61 - 74).

En adelante se ha mantenido la estructura básica institucional del sector que se fundamenta en el abastecimiento y recogida de vertidos por una empresa privada concesionaria del servicio público; procesos tarifarios técnicos basados en los costes y en las proyecciones futuras (en obras, cobertura y servicios asociados); la existencia de un subsidio a la demanda en el caso de la población de menores recursos; y la regulación del sistema por una agencia pública y autónoma.

## **2.2. La Configuración de un Servicio Público de Abastecimiento de Agua Potable y Recogida de Vertidos, Después de la Privatización o Liberalización**

A partir de la década de los 80s se inicia un proceso de *privatización* o *liberalización* de los servicios públicos, antes monopolizadas por el Estado (con publicación de la actividad incluida, como se ha destacado); los que ahora comienzan a considerarse actividades libres pero reguladas, ampliándose de este modo la esfera de actuación económica de los particulares (Rojas, 2014, págs. 176 - 180). En el caso chileno, puede decirse que se realizó una privatización *a la inglesa*, aprovechando al máximo el capital e impulso privados y reduciendo de paso el estatismo excesivo (De la Cuétara, 1997, pág. 119).

A mayor abundamiento, se reconoce normativamente la noción de *servicios de utilidad pública*, específicamente en el artículo 19 N° 16 inciso 6 de la CPR, para referirse a aquellas actividades donde se reserva una titularidad pública de la actividad o de sectores de ella, en cuyo caso será necesario obtener la concesión respectiva; mientras que en los demás aspectos de la actividad se implementan

técnicas de supervigilancia e informes regulares, lo que en términos estrictos es únicamente la vieja policía administrativa o en términos modernos la actividad de ordenación.

En este caso y otros, la regulación de las actividades correspondientes a dichas áreas impone *obligaciones o cargas de servicio público* con el objeto de garantizar que la actividad se preste bajo condiciones predeterminadas de calidad, precio o tarifa, y en igualdad de acceso a los usuarios (Rojas, 2014, págs. 279 - 284).

Dada la privatización o liberalización de los servicios públicos de régimen prestacional y titularidad originalmente estatalizada, y, por consiguiente, pérdida esa posición, es que se da pie para que surja como alternativa un régimen de regulación de servicios económicos de interés general. Se cambia el eje central desde la titularidad a la del régimen jurídico, constituyéndose un verdadero Derecho de la regulación de actividades económicas, que desplaza al régimen de actividad administrativa de prestación que debe atender intereses generales de toda la población (Esteve, 2018, págs. 465 - 466) quedando a medio camino entre estatización y liberalización completa.

Este fenómeno se ha generado y explicado a partir de la recepción en Europa continental del modelo de regulación tras la pérdida de posiciones de dominio y titularidad estatalizado en toda una serie de sectores económicos con marcada presencia e interés públicos (Esteve, 2010, págs. 298 - 299). En este sentido, esta actividad es fundamento y explicación, ya no de un Estado de Policía ni un Estado del Bienestar, sino de un *Estado garante* de intereses generales frente a la actividad de empresas privadas que funcionan en régimen de mercado y competencia, en aquellos sectores que tienen relevancia para la sociedad y sus habitantes, y que habitualmente se corresponden con servicios esenciales; así se garantiza que en ellos se realicen prestaciones básicas, conforme reglas o principios mínimos de operación (Esteve, 2018, pág. 466).

Esto se ve complementado en Chile por un sistema de subsidios para los sectores de menores ingresos de la población, de la siguiente manera:

Agua potable y/o alcantarillado es un beneficio que entrega el Estado, a través de las municipalidades, para ayudar a las familias más necesitadas del país. Consiste en el pago de una parte de su cuenta mensual de agua potable y alcantarillado, con un límite de consumo mensual de hasta 15 m<sup>3</sup> [en el consumo mensual]. (ESVAL, 2021).

### **2.3. La Situación Actual del Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento, y los Problemas Pendientes de Solución o Desarrollo**

Entonces, en este marco general, pero con la vigencia de casi 15 años de una sequía persistente que hoy se considera estructural, se han dirigido las miradas hacia *nuevas fuentes de agua* como una necesidad y urgencia, y como única posibilidad para hacer sostenible o sustentable el actual sistema.

En Chile, la vía por las *nuevas fuentes de agua* se ha ido transformando progresivamente en una batería de soluciones técnicas que permite garantizar un abastecimiento continuo y de calidad de recursos hídricos. Esto es especialmente gravitante en zonas de escasez hídrica o sequía normal, persistente o estructural,

donde las nuevas fuentes de agua coadyuvan a proveer soluciones innovadoras frente al desafío del cambio climático, sumado a un contexto de lucha por el territorio y el agua en especial.

Esto es consistente, además, con lo informado por el Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) en esta materia que, en particular refiriéndose a los recursos hídricos, señala que en muchas regiones las cambiantes precipitaciones o el derretimiento de nieve y hielo están alterando los sistemas hidrológicos, lo que afecta a los recursos hídricos en términos de cantidad y calidad (2014)<sup>7</sup>. Más recientemente, el World Resources Institute (WRI) elaboró un ranking mundial del estrés hídrico de los países, en el que Chile aparece como líder de la categoría “alto riesgo”, que aparece justo después de 17 países que se encuentran en un peligro “extremadamente alto”, quedando Chile en el puesto 18 en el listado global (Hofste, Reig, & Schleifer, 2019). Los resultados apuntan a que la relación entre la demanda de agua y la cantidad disponible en el territorio es peligrosa en el mediano y corto plazo para los países bajo dicha categoría.

Adicionalmente, como un ejemplo ilustrativo, en relación a la desalación, Israel ha vuelto mucho más eficiente el proceso de desalación gracias a los numerosos avances en tecnología de membranas de dichas plantas, obteniendo actualmente el 55% de su agua para uso doméstico de la desalación, lo que le permite constituirse como un gigante del agua con capacidad hasta para “exportar” agua, pese a ser uno de los países más secos del mundo (Rojas & Delpiano, 2016, págs. 109 - 110).

Todo esto forma un panorama caracterizado por una condición normalmente deficitaria de recursos hídricos, que fuerza la atención de las autoridades públicas, los privados y, por cierto, también del Derecho por sus múltiples dimensiones.

Una de esas dimensiones, muy relevante y discutida, es la del Derecho Humano al agua, en cuanto concretización de un verdadero derecho subjetivo público con fuerte contenido sanitario o de salubridad, por un lado; y con fuerte contenido social por otro. Respecto de ello Chile puede mostrar altos índices de cumplimiento (en sectores urbanos) alcanzando casi el 100% de la población, el que a su vez es resultado de una política pública que se concretó en una regulación consistente en materia de servicios abastecimiento de agua potable y recogida de vertidos. Esto fue desarrollado originalmente por la Administración Pública a través del programa gestionado por la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y también como una verdadera carga administrativa impuesta a las empresas sanitarias privadas concesionarias del servicio público.

Todo ello ha permitido sostener, con justa razón, las bondades del *modelo chileno* en este campo (de orden liberal, pero fuertemente regulada), el que sin embargo sólo resulta sostenible en la medida que se pueda seguir respondiendo a la demanda creciente. Y esto es especialmente problemático, pues el modelo chileno ha operado desde hace mucho tiempo en base a la oferta, por tanto, sin atender

---

7 El próximo informe final será entregado el 2022

a las necesidades de la población o de sectores industriales, sino sólo en base a la existencia o disponibilidad; esto permite una visión individualista y no colectiva, y, por lo mismo, no sustentable (Lillo, Godoy, & Rivera, 2021).

Esto se ha notado especialmente en el desafío de una efectiva cobertura en el ámbito rural (a lo menos el concentrado) donde los índices de cobertura apenas superan el 50% y el saneamiento poco más del 5%, lo que está generando una crisis de grandes dimensiones.

Y otro aspecto pendiente y de grave importancia de frente a las altísimas inversiones que deben realizarse es el escasísimo avance en materia de proyectos normativos para reaccionar institucionalmente ante la sequía, especialmente para el desarrollo de las denominadas *nuevas fuentes de agua*, aprovechando lo que ya se ha hecho en materia de desalación, o lo que se están explorando en materia de aguas recuperadas de vertidos del sistema de agua potable, particularmente cuando aparecen como soluciones o complementos necesarios a la, utilizada hasta el extremo, agua continental superficial y subterránea (Embid, 2010, págs. 51 - 56).

Luego, reconociendo que las tres fases del agua en este campo al mismo tiempo son áreas en donde se concentran los problemas que deben resolverse, conviene prestar atención a algunos problemas presentes a partir de la pandemia. Estas tres fases son (a) disponibilidad del recurso hídrico; (b) prestación del servicio; y (c) saneamiento y su posible reutilización y regeneración.

### **3. El Reto de la Gestión del Servicio Público en Tiempos de Pandemia del COVID-19.**

En este estado de cosas llegó el COVID-19. En efecto, en estos días de incertidumbre por el futuro mediano e inmediato, a raíz de la pandemia global del COVID-19, se han trastocado nuestras actividades regulares generando confinamiento, teletrabajo, controles y corredores sanitarios, ocupación de recintos para destinos diversos de los usuales; cambios que han afectado gravemente la economía, y la gestión de administraciones y servicios públicos. Y en virtud de ello se ha mostrado con su cara más concreta un estado o situación excepcional caracterizado por un conjunto de acciones y medidas que se han ido tomando de manera sucesiva (por todos los poderes estatales, o en especial por cada una de las varias administraciones públicas sectoriales, en Chile y en todas latitudes) en estos largos meses.

Esto ha tenido y adquirido a través del tiempo distintos matices, cambios, planes y fases, lo que no puede haber sido de otro modo, dado el escenario de incertidumbre permanente en que se encuentra Chile y todo el mundo.

Claro está, Chile ha vivido, vive y vivirá muchas situaciones de emergencia: sea que deriven de los peligros naturales como terremotos, erupciones volcánicas, maremotos, plagas; sea que deriven de riesgos (siempre tecnológicos o antropológicos) como derivados de la expansión desordenada las ciudades, las contaminaciones y enfermedades consiguientes, y muchos otros. Incluso esta pandemia por la incertidumbre en la que nos ha colocado, es difícil de ubicarla en uno u otro sector. Por lo mismo, lo que debemos hacer es analizar críticamente las respuestas ante la actual emergencia, y prepararnos con base a ella para los futuros desafíos en este ámbito.

Antes esto, no surge uno, sino que varios retos que hay que enfrentar, como los que a continuación se analizan.

### **3.1 Primer Reto: Asegurar la Calidad del Servicio Por Parte de las Empresas a los Usuarios**

Las empresas prestadoras de servicios de abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y tratamiento de ellos, a efectos de seguir prestando sus servicios presenciales básicos, deben obtener una certificación de cumplimiento de seguridad. En el caso chileno, esto se encuentra entregado a empresas especializadas y debidamente autorizadas por los poderes públicos (en un claro ejemplo de ejercicio por particulares de funciones de autoridades), a quienes, tras las revisiones correspondientes, se les otorgará la debida certificación por su gestión preventiva de la pandemia en sus sucursales de atención a clientes (Canals, 2003; Canals, 2010, págs. 21 - 52), esencial para su funcionamiento.

En efecto, las oficinas comerciales deben ser certificadas con el “Sello COVID-19”, el que verifica que la empresa haya implementado un plan de gestión para prevenir contagios por la pandemia en las sucursales de atención, en base a protocolos de la autoridad sanitaria y las mejores prácticas internacionales. Para el caso de las oficinas comerciales, los lineamientos principales consideran un protocolo de limpieza y sanitización, la entrega de equipos de protección personal contra el COVID-19, la implementación de protocolos de ingreso, y campañas de capacitación y concientización, entre otros<sup>8</sup>.

Esto es sin perjuicio de poder asegurar la prestación de la calidad del servicio también a través de plataformas digitales, como oficinas virtuales, cuentas en redes sociales o fono-servicio. Sin dicha certificación es sumamente difícil que puedan seguir funcionando y prestando servicios al público, por lo cual las empresas se encuentran obligadas a cumplir con las condiciones para ello.

### **3.2 Segundo Reto: Asegurar la Calidad del Agua**

La calidad del servicio no consiste únicamente en consumir un agua que no nos enferme, sino que además tiene que ver con otros factores que controla la SISS como la exactitud en el cobro, el tratamiento de aguas servidas, la continuidad del servicio de agua potable, la presión del servicio y el nivel de reclamos de los clientes (SISS, 2021, pág. 10).

Ahora bien, la cuestión acerca del análisis de la calidad del agua, por sí misma excede con creces los márgenes de este trabajo. Pero es ineludible sostener respecto de ella algunas cuestiones esenciales. Como cualquier servicio público, este debe cumplir con condiciones de calidad suficiente para ser prestado, sea directamente por un ente público en cumplimiento legal de una prestación, sea por un ente privado en ejecución de sus obligaciones de servicio; el marco de ello, son los principios del servicio público y las condiciones técnicas.

---

<sup>8</sup> Un ejemplo reciente es la empresa Aguas del Valle, concesionaria de la región de Coquimbo (Chile), que recibió la certificación “COVID19” para el funcionamiento de sus sucursales.

### 3.2.1 Principios Aplicables.

Los principios básicos que rigen e informan la regulación y la actuación de los prestadores, son los que siguen.

- **Continuidad:** Constituye el primer principio sin el cual no se puede concebir un servicio público y expresa la exigencia del funcionamiento ininterrumpido del servicio en las condiciones adecuadas a la población a la que se le presta, y debe ser entendida como la base sobre la cual se sustenta la prestación del servicio (Zegarra, 2005, págs. 59 - 60). Ello, sin embargo, no implica que en todos los casos deba prestarse materialmente de manera continua, sino que lo que se requiere es que sea prestada cada vez que aparezca la necesidad. Este principio de continuidad impone al titular del servicio público la obligación de asegurar que el suministro no será interrumpido, salvo causas de fuerza mayor que le dejen en una situación de imposibilidad de continuar la prestación del servicio. Esta continuidad se protege de modo general por dos formas: por la posibilidad que la Administración proceda a la ejecución directa del servicio, cuando este sea prestado por los particulares; y en la prohibición o restricción del derecho a huelga del prestador.
- **Regularidad:** Este principio, atiende a la naturaleza de las necesidades a satisfacer por la prestación, de conformidad a las normas jurídicas que lo rigen. Por ende, se excluye la posibilidad de suspensión o, más ampliamente, de incumplimiento del deber de prestación por cualquier causa, salvo situaciones calificadas como casos extremos de fuerza mayor (Camacho, 2007, págs. 470 - 471). Incluso aun cuando se den esos casos, la posibilidad de incumplir tiene limitaciones, en la medida que existen riesgos asociados a esas actividades que deben preverse y considerarse en las planificaciones y en la prestación, por ejemplo, una sequía que afecte la disponibilidad de fuentes para obtener agua. Esta regularidad tiene distintas aplicaciones dependiendo de la naturaleza del servicio, como pueden ser la uniformidad horaria, o la disponibilidad permanente para satisfacer aquellas necesidades que pudieran surgir.
- **Igualdad:** Constituyendo una manifestación del principio y derecho de igualdad consagrado constitucionalmente de manera habitual. Así, “en el caso de esta regla aplicable específicamente para los servicios públicos, se obliga al prestador a tratar de la misma manera a las personas que se encuentren en una misma situación de hecho o de Derecho” (Zegarra, 2005, pág. 60). Lo anterior tiene el efecto de proscribir e impedir cualquier factor de discriminación arbitraria, es decir, basados en el mero voluntarismo, en la utilización de los servicios públicos. Esto busca crear un verdadero derecho subjetivo público de acceso y disfrute del servicio en condiciones paritarias a todos aquellos a los que va dirigido.
- **Universalidad:** Consiste en que todos los usuarios tengan igualdad de trato respecto de acceso, utilización y prestación del servicio; y en especial el acceso, debiendo garantizarse en condiciones semejantes de calidad

a todos los usuarios y con las mismas garantías de atención (Camacho, 2007, págs. 471 - 472). Esto puede admitir incluso una variante, como es la orientación a asunción de costes de servicios e inversiones con sistema de tarifas diferenciadas de acuerdo a las condiciones de los beneficiarios, que habitualmente se identifica como orientación a la gratuidad y precio político (Esteve, 2018, págs. 437 - 438).

### 3.2.2. Las Condiciones Técnicas.

En tiempos de COVID-19, todo lo expresado se torna aún más apremiante. En primer lugar, técnicamente Agua potable es el “agua que cumple con los requisitos establecidos en la norma NCh 409/1, que aseguran su inocuidad y aptitud para el consumo humano” (NCh 410, 1994, art. 2.3.3). Luego, el aseguramiento de la calidad del agua desde el punto de vista técnico en Chile, debe cumplir con 43 parámetros que incluye la revisión permanente de: “1) Presencia de Químicos y Metales[;] 2) Turbiedad y ausencia de microorganismos[;] 3) Características físicas detectables por los sentidos (color, olor y sabor) [;y] 4) Desinfección” (SISS, 2021, pág. 3).

Esto se desarrolla en dos normas técnicas oficializadas:

- a) **Norma Chilena NCh 409/1:** Es la norma técnica que establece los requisitos de calidad que debe cumplir el agua potable en todo el territorio nacional, aplicable al agua potable proveniente de cualquier servicio de abastecimiento y al agua potable en el sistema de distribución y muestreada establecido en la NCh 409/2 (NCh 409/1, 1986, art. 1). En particular esta normativa define criterios para parámetros microbiológicos y de turbiedad, para elementos o sustancias químicas (que sean de importancia para la salud), para elementos radioactivos, sobre parámetros organolépticos, y de desinfección.
- b) **Norma Chilena NCh 409/2:** Este instrumento “establece los procedimientos de inspección y muestreo para verificar los requisitos microbiológicos, químicos, radiactivos, organolépticos y de desinfección del agua potable, que se especifican en NCh 409/1” (NCh 409/2, 1984, art. 1.1); y es aplicable al agua abastecida por cualquier servicio de agua potable, con exclusión de los servicios de Agua Potable rural, para lo cual la autoridad puede establecer otras frecuencias (NCh 409/2, 1984, art. 1). La norma técnica señalada establece frecuencia, volumen y lugar de muestreo, y el procedimiento de reinspección cuando no se cumpla con los requisitos establecidos.

En fin, se encarga por ley a las mismas empresas sanitarias (encargadas del abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y tratamiento) la medición y el control diario del agua que ponen a nuestra disposición. Las fiscalizaciones son realizadas por la SISS, entidad que realiza mediciones por medio de laboratorios acreditados; que, ante un incumplimiento de la norma, procede con la imposición de multas (SISS, 2021, pág. 9). Igualmente hay controles que los servicios de salud regionales hacen periódicamente.

#### 4. Tercer Reto: En Situación de Emergencia, la Suspensión de Medidas Compulsivas de Cobro

##### *4.1. Por Medio de Decisiones Legislativas: Ley 21.249 de 08 de agosto de 2020 (Prorrogada Por Medio de Ley N° 21.301 de 05 de enero de 2021)*

Conforme dicha ley, se ha dispuesto que durante 9 meses contados desde la publicación de la misma, las empresas proveedoras de servicios sanitarios (agua potable, recogida y tratamiento de vertidos o saneamiento), empresas y cooperativas de distribución de electricidad y las empresas de distribución de gas de red están prohibidos de cortar el suministro por demora de pago a las personas, usuarios y establecimientos (usuarios, clientes o beneficiarios), en los siguientes casos: (a) Usuarios residenciales o domiciliarios; (b) hospitales y centros de salud; (c) cárceles y recintos penitenciarios; (d) hogares de menores en riesgo social, abandono o compromiso delictual; (e) hogares y establecimientos de larga estadía de adultos mayores; (f) bomberos; (g) organizaciones sin fines de lucro; y (h) microempresas que califiquen como tales de acuerdo a lo establecido en la ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño (Ley 21.249, 8 de agosto 2020, art. 1).

Se exceptiona de la aplicación de dicha “ley a las empresas sanitarias con menos de 12.000 clientes que constituyan una sola unidad económica y no sean filial de otra empresa sanitaria, y a las cooperativas y comités de agua potable rural, sin perjuicio de los convenios, descuentos o facilidades de pago que otorguen a sus clientes” (Ley 21.249, 8 de agosto 2020, art. 1). En todo caso, no se les exceptuará del pago, sino sólo se prorrogará.

En efecto, conforme la misma ley, “las deudas contraídas con las empresas de servicios sanitarios que se generen entre el 18 de marzo de 2020 y hasta [doscientos setenta días posteriores a la publicación de esta ley], se prorratearán en el número de cuotas mensuales iguales y sucesivas que determine el usuario final a su elección, las que no podrán exceder de [treinta y seis], a partir de la facturación siguiente al término de este último plazo, y no podrán incorporar multas, intereses ni gastos asociados”; e incluso, además, a elección del usuario final, el prorrateo puede incluir deudas generadas antes de las contraídas en las mismas condiciones (Ley 21.249 de 2020, 8 de agosto 2020. art. 2).

En cualquier caso, quienes pueden acogerse a este beneficio son los clientes finales que cumplan con, al menos, uno de los requisitos que se mencionan a continuación: (a) encontrarse dentro del 60 por ciento de vulnerabilidad, de conformidad al Registro Social de Hogares; (b) tener la calidad de adulto mayor; (c) estar percibiendo las prestaciones de la Ley N° 19.728 que establece un seguro de desempleo; (d) estar acogido a alguna de las causales de la Ley N° 21.227 que facultó el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales, ya sea por la suspensión de la relación laboral o por la celebración de un pacto de reducción temporal de jornada; y/o (e) ser trabajador independiente o informal no comprendido en alguna de las categorías anteriores, y expresar, mediante declaración jurada simple, que está siendo afectado por una disminución significativa de ingresos que justifica el acceso a los beneficios (Ley 21.249, 8 de agosto 2020, art. 3).



Para ello, las compañías prestadoras de estos servicios, deben establecer plataformas de atención al cliente, por internet y telefonía, para formular las solicitudes para acceder a los beneficios de la ley (Ley 21.249, 8 de agosto 2020, art. 5). En cualquier caso previsto por dicha “ley, las empresas y cooperativas proveedoras deberán resolver las solicitudes efectuadas por los interesados dentro de los cinco días hábiles siguientes a su formulación” y “la respuesta de la correspondiente empresa o cooperativa deberá ser comunicada al solicitante por medio de correo electrónico o mensaje de texto”, durante el mismo plazo considerando que, si la respuesta fuera negativa, la empresa o cooperativa deberá mencionar y justificar las razones del rechazo (Ley 21.249, 8 de agosto 2020, art. 5).

Asimismo, “las empresas deberán informar sus resoluciones a la subsecretaría, superintendencia u organismo fiscalizador respectivo y, quincenalmente, deberán publicar en su página web el número y porcentaje de solicitudes aceptadas y rechazadas, conforme a lo establecido en el inciso anterior” (Ley 21.249, 8 de agosto 2020, art. 5).

#### **4.2. Por Medio de la Actuación de los Tribunales de Justicia: Manifestación Jurisprudencial del Derecho al Agua**

Lo que anteriormente se ha sostenido desde el punto de vista legal, no necesariamente siempre fue así. Claro, existe una carga administrativa impuesta a cada concesionario para no realizar un cobro a algunas personas que han debido previamente realizar un trámite de encasillamiento entre los grupos más vulnerables económicamente o derechamente pobres; es decir, los que reciben un subsidio al consumo conforme lo establecido en el régimen jurídico de los servicios de agua potable, alcantarillado, recogida de vertidos y su tratamiento (por hablar de todo el ciclo). En este orden, no poca relevancia han tenido los tribunales superiores de justicia, en el pasado y ahora en esas épocas tan difíciles para todos. Así, se hará referencia a dos sentencias relevantes en este campo.

##### **4.2.1. Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 16.770-2020, de 08 de octubre de 2020.**

Conforme la cual, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) regional Valparaíso interpuso un recurso de protección de garantías fundamentales en favor de una serie de personas individualizadas en su presentación, domiciliadas en la comuna de Petorca, en contra de la Gobernación Provincial de Petorca y otras reparticiones públicas, por la omisión ilegal de adoptar las medidas necesarias para proveer agua potable en cantidad suficiente y adecuada para abastecer a las comunidades de Petorca, Cabildo y La Ligua, a efectos de que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contención del contagio del COVID-19 en dichos municipios, situación que en su consideración vulneraba derechos constitucionales de las personas que habitan dichos territorios.

Se solicitaba la adopción de las siguientes medidas: Primero, se ordenara proveer a la Provincia de Petorca de agua potable en cantidad suficiente y adecuada

para que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contención del contagio del COVID-19, en razón del estado de alerta sanitaria declarada por el D.S. N° 4/2020, del Ministerio de Salud. Segundo, que en virtud de las facultades extraordinarias establecidas en el D.S. N° 4/2020 (que declaró la pandemia del COVID19 como emergencia sanitaria nacional) se adquiriera agua de manera directa que satisfaga el requerimiento de cantidad suficiente y adecuada por contexto de COVID-19. Tercero, que se considerara como estándar de provisión de agua lo establecido en el D.S. N° 41/2016 en su artículo 13, que regula las condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante el uso de camiones aljibes. Cuarto y último, se ordenará dejar sin efecto la resolución N° 458/2020 por arbitraria e ilegal, al carecer de una debida fundamentación, que había dejado sin efecto una resolución anterior al contradecir una posterior.

La acción constitucional de protección es rechazada fundamentalmente porque con posterioridad a la presentación de la misma se dictó una resolución administrativa que disponía la provisión del recurso en la cantidad pedida, pero hay un par de cosas interesantes que destacar:

La primera, que conforme el artículo 13 del D.S. N° 41/2016, “El volumen de agua distribuida, para el consumo diario por persona, no podrá ser inferior a 100 litros, salvo aquellos casos calificados por la Autoridad Sanitaria” (2016). Ergo, sólo en situaciones calificadas, es decir fundadas debidamente, podría rebajarse dicha cantidad por la autoridad respectiva; como sería en este caso, que se había dispuesto por medio de una resolución administrativa que se entregaran sólo 50 litros por persona diarios a los habitantes de la localidad de Petorca. La segunda, que aparentemente la Corte consideró que éste era uno de esos “casos calificados”, sin entrar sin embargo a verificar si en las circunstancias actuales aquello era efectivo o no.

Este es un caso interesante, que, no obstante rechazarse el recurso, expresa las bases del núcleo de la discusión en torno al contenido del derecho al agua: calidad y cantidad suficiente para cada habitante.

Esta sentencia fue recurrida. Es del caso que, conociendo de ello, la Excm. Corte Suprema *revocó* el fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia dictada en el rol N° 131.140-2020. En el fallo se ordena a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y a la Gobernación Provincial de Petorca adoptar todas las medida necesarias a fin de asegurar a los recurrentes y a la comunidad de Petorca, con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona, para lo cual deberán coordinarse con las autoridades del nivel central, regional y comunal competentes, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte (Sentencia de Rol N° 131.140-2020, 2021). Con ello, se produce un claro reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua.

#### **4.2.2. Sentencia de Corte de Apelaciones de La Serena, rol 861-2020, de 09 de septiembre de 2020.**

Al igual que en el caso anterior, el INDH interpuso una acción de protección de garantías constitucionales en favor de varios habitantes de un Campamento<sup>9</sup> denominado La Varilla 4 en la comuna de La Serena, deducido esta vez en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la región de Coquimbo y de la Municipalidad de La Serena.

Fundamentalmente, lo hacen basado en la vulneración del derecho a la salud, vida e integridad, fundado en la situación de COVID-19 y del nulo acceso al agua potable, electricidad, retiro de basura y transporte de sus habitantes.

Se solicitó en específico que se declarara la ilegalidad de las acciones (u omisiones) de las autoridades recurridas, que amenazan el derecho a la vida e integridad física y psíquica; y que, como consecuencia de lo anterior, se adopten todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales violados, poniendo fin a las omisiones. Así, se ordene a las recurridas SEREMI de Salud de Coquimbo e I. Municipalidad de La Serena, la adopción de medidas sanitarias necesarias para la prevención y contagio de COVID-19 entre los habitantes del Campamento La Varilla, para lo cual se ordene proveer a sus habitantes de agua potable en cantidad suficiente, con el fin de que estos puedan ejercer las medidas de higiene necesarias para prevenir el contagio de la enfermedad, coordinándose ambos en virtud de las facultades establecidas en el Decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud y que se considere como estándar de provisión de agua lo establecido en el D.S. N° 41/2016 que regula las condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante el uso de camiones aljibes, entre otras medidas de higiene (como retiro de basura domiciliaria y otros).

Sin embargo, pese a que en definitiva los fundamentos fácticos existen, se rechaza el recurso de protección por dos tipos de razones: La primera es por falta de legitimación activa, dado que se recurrió en favor de todo el campamento sin precisión de personas individuales, lo que es discutible desde el punto de vista técnico. Y la segunda, porque las autoridades tomaron las medidas correspondientes para proveer de agua potable y para la recolección de la basura. Es decir, si bien se rechaza la acción, se soluciona el problema. De nuevo, cumpliendo materialmente con el contenido material del derecho al agua. Esta sentencia no fue recurrida.

#### **5. Algunas Ideas al Cierre**

Al finalizar este trabajo es posible llegar a las siguientes afirmaciones conclusivas:

- 1) El sistema de abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y tratamiento en Chile, se basa actualmente en una prestación de este servicio por empresas privadas fuertemente reguladas.

---

<sup>9</sup> Viviendas construidas en situación irregular.

- 2) De todas maneras existen numerosos retos, algunos de ellos son variar la matriz incorporando nuevas fuentes de agua, recuperar aguas grises, y atender a todo el sector rural, muy atrasado en este ámbito.
- 3) En situación de la pandemia del COVID-19 se ha tornado aún más crucial e incluso dramático no tener acceso al agua, o tenerla en condiciones de calidad y cantidad deficitaria. En especial, las medidas de calidad se han reforzado a partir de la acción reguladora de la administración pública sectorial (la Superintendencia de Servicios Sanitarios) y del cumplimiento en general por las empresas tanto respecto de la calidad del servicio, como respecto de la calidad del agua.
- 4) Estos problemas ha sido abordados por los poderes públicos de dos maneras: a nivel legislativo, impidiendo la suspensión de los servicios por pagos no efectuados; y a nivel de tribunales, permitiendo (casi forzando circunstanciadamente) a las autoridades a proveer del recurso hídrico.
- 5) De todas maneras queda un buen trecho por andar todavía, proponiéndose como desafío fundamental ver de qué modo es posible concretar un derecho al agua o un derecho humano al agua, de frente sobre todo a una Nueva Constitución Política.

## REFERENCIAS

- Caldés, G. (2015). *La industria sanitaria en Chile de cara al siglo XXI*. Santiago: RIL Editores.
- Camacho, G. (2007). La actividad administrativa de servicio público. En R. Pantoja, *Derecho Administrativo chileno*. México: Porrúa.
- Canals, D. (2003). *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*. Granada: Comares.
- Canals, D. (2010). El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradores de la Administración. En G. Caldés, *La industria sanitaria en Chile de cara al siglo XXI*. Santiago: RIL Editores.
- D. F.L. N° 382 de 1989. (21 de junio 1989). *Ley General de Servicios Sanitarios*. Diario Oficial.
- D.S. N° 41. (2016). *Reglamento sobre condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante el uso de camiones aljibe*.
- De la Cuétara, J. M. (1997). Tres postulados para el nuevo servicio público. En G. Ariño, J. De la Cuétara, & J. Martínez, *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons.
- Embid, A. (2010). Cambio climático y recursos hídricos. Aspectos jurídicos. En M. P. García, & O. Amaya, *Derecho y cambio climático*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Esteve, J. (2010). La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros). *Revista de Administración Pública (RAP)*, 183.
- Esteve, J. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- ESVAL. (2021). *Subsidio Agua Potable*. Obtenido de ESVAL: <http://portal.esval.cl/comunidad/subsidio-agua-potable/>
- Hofste, R. W., Reig, F., & Schleifer, L. (6 de agosto de 2019). *17 Countries, Home to One-Quarter of the World's Population, Face Extremely High Water Stress*. Obtenido de World Resources Institute : <https://www.wri.org/insights/17-countries-home-one-quarter-worlds-population-face-extremely-high-water-stress>

- Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). (2014). *Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas*.
- Ley 21.249 de 2020. (8 de agosto 2020). *Que dispone, de manera excepcional, una serie de medidas a favor de los usuarios finales de los servicios sanitarios, electricidad y gas de red*.
- Ley N° 18.778 de 1989. (17 de enero de 1989). *Ley que establece subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas*.
- Ley N° 18.902 de 1990. (27 de enero de 1990). *Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios*.
- Lillo, M., Godoy, A., & Rivera, D. (2021). *Agua 4.0: una forma de enfrentar el riesgo climático en Chile y avanzar hacia la seguridad hídrica*. Obtenido de Ciper Académico / Análisis: <https://www.ciperchile.cl/2021/02/27/agua-4-0-una-forma-de-enfrentar-el-riesgo-climatico-en-chile-y-avanzar-hacia-la-seguridad-hidrica/>
- NCh 409/1. (1984). *Norma Calidad del Agua Potable*.
- NCh 409/2. (1984). *Agua potable - Parte 2: Muestreo*.
- NCh 410. (1996). *Calidad de Agua - Vocabulario*.
- OMS. (31 de agosto de 2020). *Según una encuesta mundial de la OMS, el 90% de los países han sufrido interrupciones de sus servicios de salud esenciales desde el inicio de la pandemia de COVID-19*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news/item/31-08-2020-in-who-global-pulse-survey-90-of-countries-report-disruptions-to-essential-health-services-since-COVID-19-pandemic>
- Rojas, C. (2014). La categoría jurídica de los 'servicios privados de interés público'. El caso de las juntas de vigilancia de ríos. *Revista Chilena de Derecho (RChD)*, 41(1).
- Rojas, C. (2016). *La distribución de las aguas. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia de ríos*. Santiago: Thomson Reuters.
- Rojas, C. (2020a). El sistema de abastecimiento de agua potable y saneamiento en Chile. Estado actual e innovaciones a partir de la Ley 21.075 de 2018 sobre Recolección, reutilización y disposición de aguas grises. En B. Setuáin, *Retos actuales del saneamiento de aguas residuales*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

- Rojas, C. (21 de abril de 2020b). *Coronavirus, plazos y procedimientos administrativos*. Obtenido de Noticias UAI: <https://noticias.uai.cl/columna/coronavirus-plazos-y-procedimientos-administrativos/>
- Rojas, C., & Delpiano, C. (2016). Algunas consideraciones jurídicas sobre la desalación de agua marina. Caracterización y problemas iniciales. *Revista de Derecho Administrativo Económico (ReDAE)*, 23.
- Selman, V. (2006). *La modernización del Sector Sanitario en Chile*. Santiago de Chile: Maval.
- Sentencia de Rol 16.770-2020, Rol 16.770-2020 (Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso 8 de octubre de 2020).
- Sentencia de Rol 861-2020, Rol 861-2020 (Corte de Apelaciones de La Serena 9 de septiembre de 2020).
- Sentencia de Rol N° 131.140-2020, Rol N° 131.140-2020 (Corte Suprema 23 de marzo de 2021).
- SISS. (2021). *Calidad del agua y del servicio sanitario. Cómo se mide el servicio de las empresas de agua potable. Guía Ciudadana*.
- SMAPA. (2021). [www.smapa.cl](http://www.smapa.cl).
- Vergara, A. (2018). *Derecho Administrativo Económico. Sectores regulados: servicios públicos, territorio y recursos naturales*. Santiago: Thomson Reuters.
- Zegarra, D. (2005). *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Palestra.





# LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN COLOMBIA EN EL CONTEXTO DEL COVID-19

*Silvia Yepes Serrano<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

Salta a la vista la relevancia que para cualquier sociedad tiene el acceso al servicio de agua potable y a los de saneamiento. Tal importancia se hace más que evidente en periodos de crisis como en medio de una Pandemia. Así lo han señalado expertos de la Organización de las Naciones Unidas,

La lucha mundial contra la pandemia tiene pocas posibilidades de éxito si la higiene personal, la principal medida para prevenir el contagio, no está al alcance de los 2.200 millones de personas que no tienen acceso a servicios de agua potable. ( ACNUDH, 2020)

En dicha consulta se señala la necesidad de que los Estados prohíban cortes de agua por falta de pago e incluso la importancia de que estos mismos Estados entreguen el recurso hídrico de forma gratuita no solamente a los más pobres sino a todos los que se vean afectados temporalmente por las condiciones de crisis, e instan a los Gobiernos a obligar a los prestadores de servicios públicos, sean estatales o privados, a que, dentro del marco de su responsabilidad, ayuden a cumplir y satisfacer estos derechos fundamentales.

Los pronunciamientos de la ONU en esta consulta, que acogemos en su integridad, resaltan la importancia de la prestación de los servicios de agua y saneamiento, y permiten corroborar aspectos tan trascendentales como que la población vulnerable se vuelve más vulnerable ante la escasez o falta de acceso al agua, que la crisis aumenta las brechas sociales, que el acceso limitado al agua hace que las poblaciones sean más propensas a infectarse y que es deber del Estado aplicar

---

<sup>1</sup> Profesora e Investigadora de la Universidad Externado de Colombia, Directora del Instituto Latinoamericano del Agua. Abogada de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Economía y Regulación de Servicios Públicos en red de la Universidad de Barcelona, Magíster en Administración de Negocios MBA y Especialista en Derecho de los Negocios. Consultora, Se ha desempeñado como consultora, abogada litigante, asesora en negociación y contratación en el servicio público, Experta Comisionada y Directora Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, entre otros cargos sectoriales. Actualmente se desempeña como Árbitro de la Lista A de la Cámara de Comercio de Bogotá, Secretario de Tribunales de Arbitramento, perito en servicios públicos, consultora especialista en estructuración contractual y de negocios, asesora en servicios públicos, CEO de la firma Capital Web, Directora del Instituto Latinoamericano del Agua y docente de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: silvia.yepes@uexternado.edu.co, silvanayep@gmail.com

medidas para cerrar estas brechas sociales y evitar los desajustes (Consejo Económico y Social, 2020).

De esta forma fue entendido por la Corte Constitucional Colombiana al abordar la constitucionalidad de las medidas expedidas por el Gobierno Nacional en el Marco del COVID-19 desde dos perspectivas: (i) “el agua como expresión de un servicio público domiciliario y (ii) el agua como objeto de protección de derechos subjetivos” (Sentencia C-154, 2020, párr. 34).

En este contexto, ya que a nuestro juicio estas dos dimensiones no son individualizables, abordaremos su estudio en conjunto. Primero desde la perspectiva de la prestación de los servicios públicos de agua y saneamiento como herramienta y luego desde la prestación de los servicios públicos de agua y saneamiento como vehículo para la protección y garantía de los derechos fundamentales. Es de resaltar que el presente artículo constituye un análisis exclusivamente de la normativa y jurisprudencia constitucional colombiana para el sector de agua y saneamiento expedidas para mitigar el impacto de la pandemia.

## **2. Marco Integrador de los Servicios Públicos de Acueducto en Colombia: Régimen Jurídico del Servicio Público de Agua Potable y Saneamiento en el País**

La prestación de los servicios públicos de Acueducto y Saneamiento en Colombia se enmarca en algunos hitos normativos que son de especial trascendencia para abordar el objeto de la presente disertación. La Constitución Política de Colombia de 1991 que ha centrado el núcleo de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en el cumplimiento de 3 objetivos constitucionales fundamentales: superar la exclusión social<sup>2</sup>, fomentar el bienestar general<sup>3</sup> y garantizar la efectividad de derechos y deberes<sup>4</sup> y la Ley 142 de 1994, régimen de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.

Así las cosas, el núcleo de la prestación de los servicios públicos y la intervención de Estado giran en torno al cumplimiento de las finalidades sociales del mismo: (a) el bienestar general; (b) mejoramiento de la calidad de vida de la

2 La Constitución Señala que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, quien intervendrá entre otros, en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía, para el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, la preservación de un ambiente sano y como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho (Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991, pág. 334).

3 Señala que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de la actividad Estatal, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991, pág. 336).

4 Señala que, entre otros, son fines esenciales del Estado i. servir a la comunidad, ii. promover la prosperidad general y iii. garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. A su turno, el artículo 365 de la Constitución Política, establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo que le corresponde asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991, pág. 2).

población; y (c) la búsqueda de soluciones de las necesidades básicas insatisfechas de salud, de educación, saneamiento ambiental y agua potable (Sentencia C-353, 2006).<sup>5</sup> La mencionada orientación constitucional permite asegurar que el Estado debe intervenir expidiendo medidas para garantizar el desarrollo de la sociedad, impedir que se incrementen los desajustes sociales y generar mecanismos de acceso universal a través de los cuales se pueden satisfacer necesidades básicas, especialmente para la población de menores ingresos. Corresponde al Estado “garantizar el funcionamiento de los servicios públicos domiciliarios de forma permanente, continua y eficiente” (Sentencia C-272, 1998, párr. 3).

En este contexto, resulta de especial trascendencia referirnos al derecho humano al agua. Aunque la Constitución Política no reconoce explícitamente el acceso al agua potable para consumo humano como un derecho fundamental, la Corte Constitucional colombiana ha señalado en múltiples juicios de constitucionalidad que “implícitamente se desprende su importancia y su carácter fundamental” y conforme a tal análisis encuentra su sustento y fundamento en la Constitución (Sentencia T-398, 2018, párr. 3.1.; Sentencia T-577, 2019, párr. 3.2.).

La Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, acogida en múltiples sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y reconocida como parte de la Constitución misma, establece que el acceso al agua es un bien público fundamental para la vida y la salud, y que el agua es imprescindible para desarrollar actividades cotidianas, que acceder a ella implica la realización de otros derechos humanos tales como la vida, la salud, la higiene ambiental, la alimentación, la dignidad humana, la vida cultural, la educación, la vivienda, el trabajo y la intimidad. Señala, además, que un abastecimiento adecuado de agua potable es necesario para, entre otros, reducir el riesgo de enfermedades y que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y su plena realización es condición previa para la materialización de otros derechos humanos<sup>6</sup> (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 2007).

Ha señalado la Corte al referirse a la Observación General 15 Literales a, b y c, que

El acceso efectivo al agua potable para el consumo humano y la satisfacción de sus necesidades básicas es objeto de protección constitucional. En general existe un acuerdo -derivado de la interpretación conjunta de la Constitución Política y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales- conforme

---

5 Es de resaltar que desde el año 2002, la Corte especificó que “el contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas” de manera que “la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el *inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público* [énfasis agregado]” (Sentencia C-389, 2002, párr. 3.1).

6 Se resaltan las Sentencias T-418 de 2010, T-717 de 2010, T-312 de 2012, T-348 de 2012 y T-218 de 2017 en las que se hace un análisis relevante por parte de la alta corporación en cuanto a los elementos y garantías del derecho humano al agua.

al cual todas las personas tienen derecho a disponer de agua con ese propósito. Bajo esa perspectiva, para su garantía es necesario que el suministro sea (i) continuo y suficiente (disponibilidad), (ii) salubre (calidad) y (iii) accesible física y económicamente (accesibilidad). (Sentencia C-154, 2020, párr. 46)

Así, la Corte ha identificado algunas formas de desconocimiento de los derechos de tales condiciones que se plasman en la tabla 1 a continuación (Sentencia C-154, 2020, párr. 50).

**Tabla 1.** Supuestos de desconocimiento identificados por la Corte en la Sentencia C-154

Condición	Supuestos de desconocimiento
<b>Disponibilidad</b>	Personas que no cuentan con servicio de agua por i) negligencia de los prestadores del servicio o ii) suspensión por falta de pago involuntario.
<b>Accesibilidad</b>	Existencia de obstáculos que impiden contar con las instalaciones necesarias y adecuadas para gozar del servicio público de acueducto. Ello ocurre cuando i) las entidades prestadoras se niegan a instalar las acometidas correspondientes y ii) se imponen unos costos desproporcionados como condición para el suministro de la infraestructura de redes locales o acometidas domiciliarias.
<b>Calidad</b>	El agua que se suministra a las personas no se encuentra en condiciones químicas y físicas aceptables para el consumo humano.
<b>No discriminación</b>	Cuando median criterios diferenciales inaceptables para el suministro de agua a diferentes personas.

(Sentencia C-154, 2020, párr. 50).

De esta forma, el acceso al agua ha sido reconocido constitucionalmente como derecho. La Corte Constitucional “ha acogido los criterios fijados en la Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas para definir las condiciones de suministro del agua” (Sentencia C-154, 2020, párr. 50). Dicho Tribunal, en múltiples sentencias, “ha dado alcance al derecho humano al agua estableciendo que existen situaciones especiales en las que resulta necesario garantizar su acceso” (Sentencia C-154, 2020, considerando). Ha indicado literalmente, al referirse a la relevancia del acceso al agua para el desarrollo social, que el Estado debe intervenir y garantizar el derecho cuando “i) la prestación se vuelve intermitente y esporádica; ii) una comunidad no dispone ni accede a agua de calidad; iii) se deterioraron las condiciones básicas de prestación del servicio; iv) se ha suspendido el servicio a un usuario que lo requiere bajo condiciones de urgencia (como es el caso de la pandemia); v) existe discriminación en el acceso al agua potable; vi) se cuenta con un inadecuado servicio de acueducto que pone en riesgo los derechos fundamentales

de las personas; y vii) los reglamentos, procedimientos o requisitos establecidos son usados como obstáculos que justifican la violación del derecho al agua” (Sentencia C-154, 2020, párr. 53).

Ahora bien, también es claro el marco de responsabilidades y competencias en cuanto a la garantía y acceso a los servicios públicos de agua y saneamiento. De conformidad con lo previsto en el artículo 367 de la Constitución Política de Colombia, la ley fija las competencias y responsabilidades en la prestación, así como el régimen tarifario, el cual tendrá en cuenta criterios de costos y de solidaridad y redistribución de ingresos (7 de julio de 1991).

Por su parte, el artículo 368, señala que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios necesarios para satisfacer las necesidades básicas (Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991). Al respecto, la honorable Corte Constitucional se pronunció en el sentido que las entidades públicas de cualquier orden “tienen funciones diferenciadas en la prestación del servicio de agua” (Sentencia T-218, 2017, párr. 118):

A la nación le corresponde el rol técnico en la formulación y diseño de la política pública en materia de agua, así como una función de apoyo financiero a los proyectos en materia de acueducto y alcantarillado; a los departamentos les corresponde un rol de apoyo y coordinación, mientras que a los municipios les corresponde la responsabilidad de asegurar la prestación del servicio. (Sentencia T-218, 2017 párr. 118)

Es de resaltar que, Colombia, al adoptar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), se comprometió a lograr para 2030 el “acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos” (Departamento Nacional de Planeación, 2018) y, en particular sobre el objetivo 06, se comprometió a cerrar la brecha existente entre el sector urbano y rural en cuanto a niveles de calidad y cobertura en la prestación de los servicios de Agua y Saneamiento al punto de garantizar que los 47 millones de personas tendrían acceso a soluciones adecuadas de agua (Departamento Nacional de Planeación, 2018).

Ahora bien, la Ley 142 de 1994 estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios en Colombia y señaló que los servicios públicos domiciliarios son servicios públicos esenciales (Sentencia C-154, 2020, considerando). Además, determinó el ámbito de competencias y responsabilidades en cabeza del Estado, en cuanto a la prestación de los servicios de agua y saneamiento, dejando en cabeza de los Municipios<sup>7</sup>, el deber de aseguramiento de la prestación en cabeza de

---

<sup>7</sup> Consagra el marco de competencias de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos y en particular en el numeral 5.1 la obligación de “asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo [...] por empresas de servicios públicos de carácter oficial privado o mixto, o directamente”, pero como mecanismo de naturaleza excepcional (Ley 142, 11 de julio de 1994, art. 5)

las Empresas prestadoras (ESP), constituidas por regla general como sociedades anónimas (Ley 142 de 1994, 11 de julio de 1994), postulados normativos frente a los que al referirse a los deberes del Estado en cuanto al aseguramiento de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua y saneamiento, señaló la Corte en la Sentencia C-154 que las competencias “se encuentran distribuidas entre la Nación y las entidades territoriales” (2020, párr. 43).

Se sintetizan las principales disposiciones en materia de competencias de la sentencia C-154 en la tabla 2 a continuación.

**Tabla 2.** Disposiciones en materia de competencias de la Sentencia C-154

Nivel	Regulación legal de competencias según niveles de actuación estatal
Nación	<p>1. Apoyar financiera, técnica y administrativamente a las empresas de servicios públicos o a los municipios que hayan asumido la prestación directa, así como a las empresas organizadas con participación de la Nación o de los departamentos para desarrollar las funciones de su competencia en materia de servicios públicos (Ley 142 de 1994, 11 de julio de 1994, art. 8.4).</p> <p>2. <i>Prestar directamente cuando los departamentos y municipios no tengan la capacidad suficiente, los servicios previstos en la ley</i> (Ley 142 de 1994, 11 de julio de 1994, art. 8.6).</p>
Departamentos	<p>1. Apoyar financiera, técnica y administrativamente a las empresas de servicios públicos que operen en el departamento o a los municipios que hayan asumido la prestación directa, así como a las empresas organizadas con participación de la Nación o de los departamentos para desarrollar las funciones de su competencia en materia de servicios públicos (Ley 142 de 1994, 11 de julio de 1994, art. 7.2).</p> <p>2. Planificar y orientar las políticas de desarrollo y de prestación de servicios públicos en el departamento y coordinar su ejecución con los municipios (Ley 715 de 2001, 21 de diciembre 2001, art. 74.1).</p> <p>3. Concurrir a la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico mediante la promoción, estructuración implementación de esquemas regionales (Ley 1176 de 2007, 27 de diciembre 2007, art. 3).</p> <p>4. <i>Promover, coordinar y/o cofinanciar la operación de esquemas regionales de prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico</i> (Ley 1176 de 2007, 27 de diciembre 2007, art. 3).</p>

Nivel	Regulación legal de competencias según niveles de actuación estatal
Distritos y municipios	<p>1. Garantizar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico a los habitantes de la jurisdicción de acuerdo con la normatividad vigente en materia de servicios públicos domiciliarios (Ley 136 de 1994 art.3, modificado por el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012)</p> <p>2. <i>Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio (Ley 142 de 1994, 11 de julio de 1994, art. 5.1).</i></p> <p>3. <i>Vigilar en su jurisdicción, la calidad del agua para consumo humano (Ley 715 de 2001, 21 de diciembre 2001, art. 44.3.3.3).</i></p> <p>4. <i>Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos (Ley 715 de 2001, 21 de diciembre 2001, art. 75 y 76.1).</i></p>

(Sentencia C-154, 2020, parr. 43)

Finalmente, atendiendo el marco de prestación de los servicios de agua y saneamiento en Colombia y las previsiones antedichas, es preciso resaltar algunos aspectos fundamentales para el presente análisis: (a) la prestación de los servicios de agua y saneamiento es de carácter esencial; (b) el estado en sus diferentes niveles de competencias y responsabilidades debe garantizar el derecho humano al agua y la adecuada prestación del servicio con el objeto de mejorar la calidad de vida de los habitantes y cumplir con sus obligaciones dentro del marco del Estado Social de Derecho; (c) en Colombia existe un régimen de solidaridad y redistribución de ingresos; y (d) no habrá gratuidad en la prestación aunque sí subsidios.

Estos conceptos serán abordados a mayor profundidad a lo largo del presente escrito, pues son los fundamentos de la expedición de medidas para mitigar los impactos de la pandemia y garantizar el derecho humano al agua y saneamiento en el marco de la declaratoria de emergencia económica y social.

### 3. Medidas o Previsiones Normativas Adoptadas en el País para Enfrentar la Crisis Producida por el COVID-19

#### 3.1 Declaratoria de la Emergencia Sanitaria

De conformidad con lo previsto en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, un estado de emergencia podrá ser declarado por el presidente de la república y todos los ministros siempre que sobrevengan hechos que: "(i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública" (Constitución Política de Colombia, 7 de julio de 1991). El concepto de *calamidad pública* hace

referencia “a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobrevenida” (Sentencia C-154, 2020, párr. 10)<sup>8</sup>.

Mediante Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria<sup>9</sup> con vigencia al 30 de mayo de 2020. Con posterioridad y ante el crecimiento exponencial de casos de COVID-19, el Gobierno mediante Decreto 417 declaró el estado de “emergencia económica, social y ecológica” en todo el territorio nacional<sup>10</sup>. En la exposición de motivos de dicho decreto se señaló, entre otras razones, la necesidad de garantizar la prestación continua y efectiva de los servicios públicos y, en particular, la de implementar medidas que permitieran “flexibilizar los criterios de calidad, continuidad y eficiencia de los servicios, establecer el orden de atención prioritaria en el abastecimiento de los mismos” (Decreto 417, 17 de marzo del 2020, pág. 12). Dentro de ese preciso marco de competencias fueron expedidos los decretos sectoriales para enfrentar la crisis producida por el COVID-19.

Así las cosas, analizaremos uno a uno los Decretos sectoriales (agua y saneamiento) expedidos por el Gobierno Nacional, para conjurar la crisis, garantizar la prestación efectiva de los servicios, brindar alivios a los usuarios etc., en el marco de la citada declaratoria de Emergencia.

### 3.2 Decretos Expedidos en el Marco de la Declaratoria de Emergencia

#### 3.2.1. Decreto 441 del 20 de marzo de 2020 y Sentencia C-154 de 2020. El decreto 441 de 2020, estableció tres tipos de medidas.

##### 3.2.1.1. *Reinstalación y/o Reconexión Inmediata del Servicio a Suscriptores Residenciales Suspendidos y/o Cortados Durante el Término de Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Incluso los Fraudulentos.* Según el Artículo 1 del mencionado Decreto,

Artículo 1. Reinstalación y/o reconexión inmediata del servicio de acueducto a /os suscriptores residenciales suspendidos y/o cortados. Durante el término de declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la Pandemia COVID-19, las personas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto que cuenten con suscriptores residenciales en condición de suspensión y/o corte del servicio -con excepción de aquellos que fueron suspendidos por fraude a la conexión o al servicio-, realizarán, sin cobro de cargo alguno, la reinstalación y/o reconexión de manera inmediata del servicio público domiciliario de acueducto,

8 “La Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote del nuevo coronavirus COVID-19 es una pandemia, esencialmente por la velocidad en su propagación” (OMS, 2020 citado en Sentencia C-154, 2020, considerando).

9 Para efectos de esta circular las referencias hechas a la emergencia sanitaria hacen referencia a la emergencia derivada de la enfermedad denominada COVID-19.

10 Dada la temporalidad que caracteriza la expedición de este tipo de medidas, la vigencia del citado Decreto era de 30 días, es decir, hasta el 16 de abril de 2020.



PARÁGRAFO. Las personas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto asumirán el costo de la reinstalación y/o reconexión del servicio, en los términos y condiciones que señale la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), sin perjuicio de que los mencionados prestadores puedan, para tal actividad de reinstalación y/o reconexión, gestionar aportes de los entes territoriales. (Decreto 441 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 20 de marzo 2020)

Sea lo primero mencionar que, el régimen legal que rige la prestación de los servicios de acueducto y saneamiento está soportado sobre un principio legal de no gratuidad; dicho principio implica, entre otros aspectos, que los prestadores deben cobrar<sup>11</sup> el servicio prestado, atendiendo a tal efecto la aplicación de metodologías tarifarias definidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA y que, en el evento en que el usuario no pague, deben proceder a suspender y cortar el servicio respectivo<sup>12</sup>. Sin embargo, la medida objeto de estudio implicó que todos los usuarios cortados o suspendidos fueran reconectados gratuitamente con el fin de garantizar el acceso al agua, incluso en los casos de falta de pago o terminación de contrato para fraudulentos.

Al hacer el análisis de constitucionalidad de la medida, la Corte encontró que “la obligación de reconexión o reinstalación inmediata y gratuita del servicio de acueducto resulta compatible con la Constitución” (Sentencia C-154, 2020, párr. 73). Estimó además que

La medida tiene como finalidad facilitar las condiciones de acceso al agua al mayor número de personas a través del sistema de acueducto y, en consecuencia, es concordante con el propósito de impedir la extensión y agravación de los efectos de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. El acceso al agua en los lugares de residencia, removiendo los obstáculos que condicionan la reconexión o reinstalación del servicio, se dirige de manera directa a prevenir la extensión de los efectos de la situación, en tanto procura evitar y reducir el contagio del virus. (Sentencia C-154, 2020, párr. 74)

De otra parte, es de resaltar que la reconexión inmediata y gratuita no se encontraba subordinada a demostrar la condición de sujetos de especial protección constitucional, sino que se concretó como una medida universal en la que se impuso a los prestadores la obligación de reconexión gratuita a todos los usuarios en dicha situación. Sin embargo, en cuanto a la gratuidad de la reconexión precisó: “la jurisprudencia constitucional no ha exonerado a los suscriptores o usuarios” del pago por estos conceptos (Sentencia C-154, 2020, párr. 77).

11 Disponen que el incumplimiento del contrato de servicios públicos dará lugar a la suspensión o corte del servicio, según sea el caso, en los eventos indicados en las condiciones uniformes del mencionado contrato. Se señala como causales de terminación de dicho contrato la falta de pago y el fraude a las conexiones (Sentencia C-154, 2020, párr. 67) (Ley 142 de 1994, 11 de julio de 1994, art. 130, 140 y 141).

12 “[O]tros cobros tarifarios’ establece que las personas que prestan servicios públicos domiciliarios ‘podrán cobrar un cargo por concepto de reconexión y reinstalación, para la recuperación de los costos en que incurran” (Sentencia C-154, 2020, párr. 70) (Ley 142 de 1994, 11 de julio de 1994, art. 96).

Otro aspecto que merece especial atención es que la medida tampoco impuso límites al suministro relacionados con la garantía de mínimo vital. La norma, es para todos los usuarios, todos los desconectados por cualquier causa, sin imponer restricciones o límites al consumo tras haber sido reconectados.

Esta disposición, que a nuestro juicio resulta proporcional a la gravedad de la situación generada por la emergencia, pudo afectar los intereses de los prestadores de servicios públicos de acueducto y alcantarillado, lo anterior toda vez que impedía realizar el cobro al que tienen derecho para recuperar los costos de las actividades de reconexión a la vez que les quitaba el principal instrumento de cobro por los servicios prestados. Sin embargo, la Corte aclaró que la norma objeto de análisis, no impide que, con posterioridad, el prestador realice el cobro. Es tal el alcance de la protección, que la Corte señaló que incluso la medida era justificable en los eventos de suscriptores suspendidos por fraude, frente a los que valoró con base en el principio de buena fe, la necesidad de realizar los pagos como requisito para acceder al servicio (Sentencia C-154, 2020).

Finalmente, aún quedan algunos aspectos por resolver. Se relacionan con la imposibilidad legal del cobrar al propietario de los inmuebles las altas sumas que adeudarán los usuarios a los prestadores una vez terminado el Estado de Emergencia y, si el problema sanitario se prolonga, las posibilidades reales de corte y suspensión del servicio mermarán de cara a los derechos de los prestadores.

### 3.2.1.2. *Flexibilización de Mecanismos Para la Prestación.* Sobre esto revisemos lo que dice la norma,

Artículo 2. Acceso a agua potable en situaciones de emergencia sanitaria. Durante el término de declaratoria de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, en los términos y condiciones que se han señalado y las prórrogas que pueda determinar el Ministerio de Salud y Protección Social, los municipios y distritos asegurarán de manera efectiva el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto, y/o esquemas diferenciales, a través de las personas prestadoras que operen en cada municipio o distrito.

PARÁGRAFO. Excepcionalmente, en aquellos sitios en donde no sea posible asegurar el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto y/o los esquemas diferenciales, los municipios y distritos deberán garantizarlo a través de medios alternos de aprovisionamiento como carrotaques, agua potable tratada envasada, tanques de polietileno sobre vehículos de transporte, tanques colapsibles, entre otros, siempre que se cumplan con las características y criterios de la calidad del agua para consumo humano señalados en el ordenamiento jurídico.

Los medios alternos de aprovisionamiento serán coordinados por las entidades territoriales con las personas prestadoras de su jurisdicción, para lo cual, se tendrán en cuenta (i) que se debe garantizar el consumo básico, (ii) las características y criterios de la calidad de calidad del agua para consumo humano, y, (iii) evitarse las aglomeraciones de personas. (Decreto 441 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 20 de marzo 2020)

Tal como se mencionó, el deber de aseguramiento de la prestación de los servicios de agua y saneamiento recae en los municipios, al punto que, cuando no existe un prestador en el mercado, es necesario que el Estado adopte mecanismos subsidiarios para garantizar el acceso e incluso asuma directamente la prestación. Señala la norma comentada que “los municipios y distritos asegurarán de manera efectiva el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto y/o esquemas diferenciales” (art. 2). Excepcionalmente, “donde no sea posible asegurar el acceso a agua potable mediante la prestación del servicio público de acueducto y/o los esquemas diferenciales, los municipios y distritos deberán “garantizar el suministro de agua a través de medios alternos de aprovisionamiento como carrotanques, agua potable tratada envasada, tanques de polietileno sobre vehículos de transporte, tanques colapsables, entre otros, siempre que se cumplan con las características y criterios de la calidad del agua” (art. 2). Para esto deben tener en consideración “(i) que se debe garantizar el consumo básico, (ii) las características y criterios de la calidad del agua para consumo humano, y (iii) que deben evitarse las aglomeraciones de personas”.

Precisó la Corte al realizar el análisis de constitucionalidad que:

Los esquemas diferenciales, así como los sistemas alternos de aprovisionamiento son -en virtud de su propia definición- medidas de carácter subsidiario y deben ser empleados solo en aquellos casos en los cuales no sea posible el suministro de agua mediante el sistema de acueducto. (Sentencia C-154, 2020, párr. 94).

Como afirma la Corte, “ello se desprende para el caso de los esquemas diferenciales del Artículo 2.3.7.1.2.1. del Decreto 1898 de 2016 y para los medios alternos de abastecimiento del propio artículo 2º del Decreto 441 de 2020, que prescribe que su empleo será excepcional” (Sentencia C-154, 2020, párr. 94).

Sin embargo, a nuestro juicio lo que ha sucedido en la práctica es que se ha garantizado el acceso al agua potable a través de las Empresas de servicios públicos o mediante la presencia efectiva del estado, con medios alternos. Inclusive a las personas que no tenían acceso al agua antes de la pandemia, se les ha garantizado el servicio mediante aplicación de esquemas diferenciales pero sin cumplir con los estándares de calidad y continuidad requeridos. En otros términos, si el Estado ha sido capaz de asegurar el acceso en el marco de la Emergencia y tratándose de la concreción de un derecho humano, no se estima posible retroceder en el cumplimiento de dichas obligaciones, existe una clara prohibición de regresividad. Estas medidas adoptadas para esquemas diferenciales de manera transitoria tendrían que tornarse definitivas, al menos hasta que el Estado garantice la prestación a través de esquemas convencionales y con los mínimos de calidad exigidos.

Se presenta entonces para el Estado un problema complejo; la adopción de esquemas diferenciales es transitoria, pero, si a través de dichos esquemas se ha garantizado el derecho, no podrían adoptarse medidas regresivas<sup>13</sup>.

13 En el sentido expuesto lo ha precisado la Corte Constitucional, que en Sentencia 767 de 2014 realizó un análisis exhaustivo de las obligaciones a cargo del Estado y del régimen de no regresividad que impera en Colombia (Sentencia 767, 2014).

3.2.1.3. *Uso de los Recursos del Sistema General de Participaciones Para Agua Potable y Saneamiento Básico.* Sobre esto, una vez más citaremos el Decreto en largo:

Artículo 3. Durante el término de declaratoria de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19, en los términos y condiciones que se han señalado y las prórrogas que pueda determinar el Ministerio de Salud y Protección Social, los municipios, distritos y departamentos para asegurar el acceso de manera efectiva a agua potable, podrán destinar los recursos necesarios del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico (SGP-APSB) para financiar medios alternos de aprovisionamiento como carrotaques, agua potable tratada envasada, tanques de polietileno sobre vehículos de transporte, tanques colapsibles, entre otros, siempre que se cumplan con las características y criterios de la calidad del agua para consumo humano señalados en el ordenamiento jurídico. (Decreto 441 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 20 de marzo 2020)

Se determina, entonces, la necesidad de ampliar las posibilidades de consecución de recursos públicos para garantizar los mecanismos alternativos, al punto de “permitir el uso de los recursos del Sistema General de Participaciones para la financiación de sistemas alternos de aprovisionamiento” (Sentencia C-154, 2020, párr. 134). Esto con el ánimo de que sea posible, para las entidades territoriales, “asegurar que en aquellas zonas donde no es posible suministrar agua mediante el servicio de acueducto o los esquemas diferenciales las personas puedan disponer del recurso hídrico” (Sentencia C-154, 2020, párr. 134).

Con todo, dadas las consideraciones mencionadas en cuanto a la no regresividad, preocupa el hecho de la transitoriedad en el uso de los recursos del Sistema general de participaciones para estos esquemas diferenciales. Terminada la vigencia del decreto o de la declaratoria de emergencia, las autoridades municipales responsables de garantizar el acceso al agua no contarán con los recursos para mantener los esquemas implementados.

3.2.1.4. *Medidas tendientes a la congelación de tarifas.* Dice el texto del Decreto 441 del Ministerio de Ciudad y Territorio de la República de Colombia,

Artículo 4. Suspensión temporal de los incrementos tarifarios de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Durante el término de declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la Pandemia COVID-19, las personas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto no podrán actualizar las tarifas que cobran a sus usuarios en aplicación a las variaciones en los índices de precios establecidos en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994. (20 de marzo 2020)

La norma en estudio plantea la Suspensión temporal de los incrementos tarifarios, es decir, establece la prohibición de actualizar tarifas. Esta es una medida que, a nuestro juicio, no tiene gran impacto, salvo tratándose de casos particulares. En términos generales, las tarifas en Colombia se actualizan cada vez que se acumula un 3% en el índice de precios al consumidor (Ley 142 de 1994, 11 de julio de 1994, art. 125). Sin embargo, dicho índice no sufrió variaciones significativas durante el año 2020 e incluso en lo que va del 2021.

### 3.2.2. Decreto 528 de 2020 y Sentencia C-203 de 2020.

El segundo decreto en que se expedieron medidas sectoriales fue motivado, entre otros, en el hecho de que la capacidad de pago de los trabajadores colombianos se vio mermada como consecuencia de la pandemia y a que los menores flujos conllevaran a posibles incumplimientos y pagos de las obligaciones, entre ellas, las de los servicios de agua y saneamiento (Decreto 528 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 7 de abril de 2020, pág. 4). Esta situación llevó al Gobierno a suspender los efectos de las normas relacionadas con el corte y suspensión del servicio en eventos de no pago previstas en la Ley 142 de 1994.

De esta manera, “el decreto legislativo contiene cuatro medidas que buscan brindar alivio económico a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo de estratos 1 y 2”, a la vez que pretende que las medidas se armonicen con la sostenibilidad financiera de los prestadores (Sentencia C-203, 2020, párr. 6.6).

#### 3.2.2.1. Pago Diferido de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo. Revisemos el texto,

Artículo 1. Pago diferido de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo. Las personas prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, podrán diferir por un plazo de treinta y seis (36) meses el cobro del cargo fijo y del consumo no subsidiado a los usuarios residenciales de estratos 1 y 2, por los consumos causados durante los sesenta (60) días siguientes a la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica, sin que pueda trasladarle al usuario final ningún interés o costo financiero por el diferimiento del cobro.

Artículo 2. Financiación del pago diferido de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Lo dispuesto en el precedente artículo, sólo será obligatorio para las personas prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, si se establece una línea de liquidez para dichos prestadores a una tasa de interés nominal del 0%, por el mismo plazo al que se difiere el cobro de los consumos a que hace referencia este artículo en la respectiva factura. En caso de que se establezca dicha línea de liquidez, las personas prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, estarán en la obligación de diferir el pago de estos servicios en los términos dispuestos en el presente artículo, aun cuando opten por no tomarla.

PARÁGRAFO. El otorgamiento de la línea de liquidez se hará con los datos históricos de consumo y costo unitario por la prestación del servicio según la información existente en el Sistema Único de Información (SUI). La entidad financiera, multilateral o bilateral que ofrezca la línea de liquidez adelantará el análisis de riesgo correspondiente de las personas prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, con el fin de determinar cuáles de estas podrían requerir la constitución de garantías para el acceso a la línea de liquidez de la que trata este artículo. (Decreto 528 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 7 de abril de 2020)

Se plantean en el Decreto dos modalidades de pago diferido: *facultativo* y *obligatorio*. En el facultativo se señala la posibilidad de que las personas prestadoras, de manera facultativa, pudieran “diferir por un plazo de treinta y seis (36) meses el cobro del cargo fijo y del consumo no subsidiado a los usuarios residenciales de estratos 1 y 2, por los consumos causados durante los sesenta (60) días siguientes a la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica, sin que pueda trasladarle al usuario final ningún interés o costo financiero por el diferimiento del cobro” (Decreto 528 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 7 de abril de 2020, art. 1). En el caso del pago obligatorio, el artículo 2 señala que sería obligatorio el pago diferido para los prestadores de acueducto, alcantarillado y/o aseo si se establece una línea de liquidez por parte del Gobierno “para dichos prestadores, a una tasa de interés nominal del 0%, por el mismo plazo al que se difiere el cobro de los consumos a que hace referencia este artículo en la respectiva factura” (Decreto 528 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 7 de abril de 2020, art. 2).

Vale la pena mencionar que mediante decreto 581 se generó la línea de crédito y las condiciones con la Financiera de Desarrollo Territorial (Findeter) con el objeto de materializar la figura de los pagos diferidos.

#### 3.2.2.2. *Alivios Tarifarios Por Iniciativa de los Prestadores*. Según el artículo 3, Incentivos y opciones tarifarias,

Mientras permanezca vigente la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la Pandemia COVID-19, los prestadores de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, en el marco de su gestión comercial, podrán diseñar opciones e incentivos a favor de sus suscriptores y/o usuarios que paguen oportunamente las facturas a su cargo durante este período, con el fin de contribuir con la recuperación de la cartera y garantizar su sostenibilidad financiera. (Decreto 528 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 7 de abril de 2020)

Permite el decreto que los prestadores diseñen opciones e incentivos a favor de sus suscriptores y/o usuarios, siempre que los mismos cumplan con la condición de pagar “oportunamente las facturas a su cargo durante este período, con el fin de contribuir con la recuperación de la cartera y garantizar su sostenibilidad financiera” (Decreto 528 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 7 de abril de 2020, art. 3).

#### 3.2.2.3. *Giro Directo de Subsidios a Prestadores*. El artículo 4 del mencionado Decreto trata sobre los giros directos,

Mientras permanezca vigente la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la Pandemia COVID-19, aquellos municipios que en la vigencia 2020 no hayan girado los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico a las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo que operan en su territorio, con el fin de dar cumplimiento al literal a) del

artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, deberán realizar los giros correspondientes a más tardar el 15 de abril de 2020.

Si la persona prestadora respectiva no recibe el giro, la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio MVCT, con los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico asignados a ese ente territorial, le transferirá directamente al prestador en las siguientes doceavas y durante la vigencia 2020, los recursos que resulten del balance mensual, en los mismos términos y condiciones en que lo habría hecho el municipio, previa solicitud de la empresa respectiva.

En todo caso, el municipio deberá realizar la verificación de la correcta asignación de los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico destinados a 'financiar los subsidios correspondientes en su jurisdicción, y se obliga a hacer el giro de los saldos a su cargo y/o a cruzar aquellos a su favor contra los giros futuros que deba realizar. (Decreto 528 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 7 de abril de 2020)

La prestación de los servicios públicos en Colombia se orienta bajo los principios de solidaridad y redistribución de ingresos. Lo anterior implica que las personas de mayores ingresos y el Estado deben contribuir para que los usuarios de menores ingresos puedan pagar los costos de prestación de los servicios, sin que en ningún caso pueda hablarse de gratuidad.

Es así como existe un sistema de estratificación socioeconómica en la cual los usuarios residenciales se clasifican con un número del 1 al 6, donde 6 corresponde a los usuarios de mayores ingresos y 1 corresponde a usuarios de menores ingresos. A su turno, existen otras categorías de usuarios: comerciales, industriales y oficiales. El esquema está estructurado para que los usuarios de estratos 1 a 3 reciban subsidios, el usuario de estrato 4 no recibe subsidio, pero no contribuye, y los usuarios de estratos 5 y 6, los industriales y los comerciales pagan contribuciones de solidaridad. Los usuarios oficiales se asimilan al estrato 4 para efectos de subsidio y contribución.

Los porcentajes máximos de subsidios para los estratos 1, 2 y 3, están establecidos en la Ley, así como los mínimos de contribución. El artículo 125 de la Ley 1450 de 2011 dispuso,

Para efectos de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los subsidios en ningún caso serán superiores al setenta por ciento (70%) del costo del suministro para el estrato 1, cuarenta por ciento (40%) para el estrato 2 y quince por ciento (15%) para el estrato 3. (Ley 1450 de 2011, 16 de junio de 2011)

Dentro de dichos porcentajes corresponde a las autoridades municipales fijar el porcentaje máximo de subsidio y contribución que aplicarán, y disponer de los recursos necesarios para lograr el equilibrio.

Como quiera que la gran mayoría de la población colombiana corresponde a los estratos 1 y 2, y algunos municipios no cuentan con usuarios de estratos altos, se hace necesario que se apropien los recursos públicos de las fuentes disponibles para cubrir el faltante y lograr el equilibrio entre subsidios y contribuciones.

Una de las fuentes disponibles para subsidios corresponde al valor asignado para agua y saneamiento del Sistema General de Participaciones (SGP). Estos recursos son girados por la Nación a los Municipios quienes realizan el giro posterior a los prestadores para cubrir los porcentajes de subsidios previamente aprobados. En este entendido, permitir que el Ministerio gire de manera directa los recursos del SGP de Agua Potable Saneamiento Básico a las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, destinados a cubrir el subsidio, es una medida que agiliza la prestación del servicio y consecuentemente garantiza la sostenibilidad del esquema. Está demostrado que un gran porcentaje de municipios incumplen su obligación de pagar oportunamente a los prestadores los recursos destinados específicamente para subsidios<sup>14</sup>.

### 3.2.3. Decreto 580 del 15 de abril de 2020 y Sentencia C-256 de 2020

El decreto objeto de estudio fue declarado inexecutable por defectos de forma relacionados con firmas de los ministros. Sin embargo, para efectos académicos, las medidas propuestas resultaban de trascendental importancia sectorial y por tanto estimamos prudente realizar su estudio.

Sea lo primero mencionar que la motivación de este decreto estaba orientada a aumentar los porcentajes de subsidios establecidos en la Ley, por estimar que era el mecanismo idóneo para disminuir la afectación económica que las medidas de aislamiento generan en la población, en especial en la de menores ingresos. Adicionalmente, se resalta del decreto que permitía que los mismos usuarios realizaran aportes para colaborar en el pago de los servicios a los usuarios con menor capacidad económica. Revisemos a continuación las medidas sugeridas en el decreto.

#### 3.2.3.1. Aumento de Subsidios. El primer artículo del decreto 580 del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia indica que,

Artículo 1. Subsidios para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. Hasta el 31 de diciembre de 2020, los municipios y distritos podrán asignar a favor de los suscriptores residenciales de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, subsidios máximos del ochenta por ciento (80%) del costo del suministro para el estrato 1; cincuenta por ciento (50%) para el estrato 2; y cuarenta por ciento (40%) para el estrato 3, en la medida en que cuenten con recursos para dicho propósito.

Para el efecto, los concejos municipales deberán expedir, a iniciativa del respectivo alcalde municipal o distrital, los respectivos acuerdos transitorios que implementen esta medida. En estos casos, las administraciones municipales deberán tener en cuenta las medidas de aislamiento contenidas en el Decreto 457 de 2020, o las normas que lo modifiquen o adicionen, y realizar las reuniones virtuales necesarias para viabilizar estas modificaciones. Adicionalmente, deberán atender las condiciones para otorgar subsidios establecidos en la Ley 142 de 1994 y deberán realizar auditoría a las facturas por déficit de subsidios

<sup>14</sup> La anterior afirmación se desprende del informe presentado por el Ministerio para justificar la constitucionalidad del Decreto 528 de 2020.



presentados por los prestadores. (Decreto 580 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 15 de abril de 2020)

Planteaba la posibilidad de aumentar hasta “ochenta por ciento (80%) del costo del suministro para el estrato 1; cincuenta por ciento (50%) para el estrato 2; y cuarenta por ciento (40%) para el estrato 3” (Decreto 580 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 15 de abril de 2020, art. 1), todo sujeto a la capacidad y disponibilidad de recursos de los entes territoriales. A la fecha de la declaratoria de exequibilidad, 114 municipios habían aumentado el porcentaje de subsidios para aliviar la carga tarifaria de los usuarios.

### 3.2.3.2. *Las Entidades Territoriales Podrán Asumir Total o Parcialmente el Costo de los Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de los Usuarios.*

Artículo 2. Pago de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo por entidades territoriales. Hasta el 31 de diciembre de 2020, las entidades territoriales podrán asumir total o parcialmente el costo de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo de los usuarios, teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos con que cuenten para el efecto y la necesidad de priorizar las asignaciones para las personas de menores ingresos.

En aquellos casos en que las entidades territoriales decidan asumir total o parcialmente el costo de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, dichas entidades deberán girar a las personas prestadoras la parte correspondiente de la tarifa que haya sido asumida por el ente territorial respectivo, por cada uno de los suscriptores y/o usuarios beneficiarios de la medida, y suscribirán los actos y/o contratos que se requieran a tal efecto.

Las administraciones municipales podrán verificar la base de usuarios para no realizar pagos sobre predios inexistentes, predios duplicados, predios urbanizados no construidos y consumos suntuarios que no hayan sido objeto de crítica por parte de los prestadores. (Decreto 580 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 15 de abril de 2020)

### 3.2.3.3. *Pago Diferido Para Algunas Entidades Sin Ánimo de Lucro Como Zoológicos, Tenedores de Fauna, Aviario, Acuarios.* El artículo 3 que indicaba,

Pago diferido de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo para las entidades sin ánimo de lucro como Zoológicos, Tenedores de Fauna, Aviario, Acuarios y Jardines Botánicos o entidades afines. En los mismos términos y condiciones señalados en los artículos 1 y 2 del Decreto 528 de 2020, las personas prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, podrá diferir por un plazo de treinta y seis (36) meses el cobro del cargo fijo y del consumo no subsidiado a las entidades sin ánimo de lucro como Zoológicos, Tenedores de Fauna, Aviario, Acuarios y Jardines Botánicos o entidades afines, que cubren el costo de estos servicios públicos, con los ingresos de entradas al público por los consumos causados durante la Emergencia Económica, Social y Ecológica y los sesenta (60) días siguientes a dicha declaratoria, sin que pueda trasladarle al usuario final ningún interés o costo financiero por el diferimiento del cobro. (Decreto 580 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 15 de abril de 2020)

Agregaba nuevas categorías de usuarios potenciales beneficiarios de los pagos diferidos.

#### 3.2.3.4. *Aportes Voluntarios de los Usuarios.* Habilitaba a que las

Personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado habilitarán en sus facturas la opción para sus usuarios de aportar recursos en forma voluntaria para financiar las medidas adoptadas en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, los cuales se destinarán a alimentar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos de estos servicios en cada municipio. (Decreto 580 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 15 de abril de 2020, art. 4)

#### 3.2.3.5. *Financiación de Actividades del 441 Con SGP.* Ampliaba los plazos de financiación de los esquemas diferenciales con cargo a los recursos del SGP.

#### 3.2.3.6. *Ajustes Regulatorios. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico Debía Expedir la Regulación General que se Requiera para Implementar las Medidas Contenidas en los Decretos Legislativos.* Según el artículo 7,

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA- deberá expedir la regulación general que se requiera para implementar las medidas contenidas en los decretos legislativos expedidos para el sector de agua potable y saneamiento básico en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, contenidas en los Decretos 441 y 528 de 2020 y en el presente decreto, así como adoptar de manera transitoria esquemas especiales para diferir el pago de facturas emitidas, y adoptar de manera transitoria todas aquellas medidas, disposiciones tarifarias y regímenes regulatorios especiales que considere necesarios. (Decreto 580 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 15 de abril de 2020)

Este artículo daba herramientas amplísimas al regulador para expedir normas que permitieran implementar las medidas de los decretos legislativos. Se estima que el regulador hubiera podido implementar medidas transitorias que de hecho no hizo. Sin embargo, para aliviar las cargas de los usuarios, la CRA, en el marco de sus competencias, podría entre otras:

1. Ajustar el nivel de pérdidas (reconocido regulatoriamente) para que el mínimo vital se garantice como una pérdida comercial a ser distribuida entre todos los usuarios del sistema.
2. Generar mecanismos para aplazar el cumplimiento de los Planes de Obras e Inversiones Regulados, de tal manera que se mitiguen los impactos tarifarios que va a generar la acumulación del IPC y los pagos diferidos.

#### 3.2.4. *Decreto 819 de 2020 y Sentencia C-310 de 2020*

Al momento de la expedición del decreto 819 ya se conocía el estudio publicado en el Decreto 636 que se señala que,

de acuerdo con la encuesta de medición del impacto del COVID-19 de CONFECAMARAS, con corte a 17 de abril, el 85% de las empresas reportan no tener recursos para cubrir sus obligaciones más allá de 2 meses, y cerca del 54% de los empresarios espera disminuir su planta de personal en los próximos 3 meses. (Decreto 636 de 2020, 7 de mayo de 2020, pág. 5)

De allí que fuera necesario mantener y generar esquemas de alivio en los pagos para los usuarios. Dicho decreto revive algunas de las medidas del Decreto 580 de 2020 y adopta nuevas medidas a saber.

3.2.4.1. *Extensión del Plazo Pago Diferido Para los Usuarios de Estratos 1 y 2.* Según el artículo 2 del Decreto 819,

Extensión del pago diferido de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo. Las personas prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo podrán diferir por un plazo de treinta y seis (36) meses el cobro de las facturas, por concepto de cargos fijos y consumo, a los usuarios residenciales de los estratos 1 y 2, emitidas a partir de la expedición del Decreto Legislativo 528 de 2020 y hasta el 31 de julio de 2020, sin que pueda trasladarle al usuario final ningún interés o costo financiero por el diferimiento del cobro. (4 de junio de 2020)

3.2.4.2. *Pago Diferido de los Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y/o Aseo Para los Usuarios de los Estratos 3 y 4, y de Uso Industrial y Comercial.* Se establecen medidas de pago diferido ampliando la población objeto del beneficio.

3.2.4.3. *Mecanismos de Financiación: Autorización Para la Creación de Líneas de Redescuento Con Tasa Compensada (Subsidiada) Para Dar Liquidez a los Prestadores.* Según el artículo 3,

Para financiar el pago diferido de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo de los estratos 1 y 2 dentro de los nuevos períodos, y en los términos de los que trata el artículo 2 del presente Decreto Legislativo, las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo podrán contratar créditos directos con la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - FINDETER, con el fin de dotarlas de liquidez o capital de trabajo, de acuerdo con la autorización establecida en el Decreto Legislativo 581 de 2020, en las mismas condiciones que para esta operación establece el artículo 2o del citado Decreto así como el presente Decreto Legislativo. Lo anterior en concordancia con el Parágrafo del artículo 2o del Decreto Legislativo 581 de 2020.

El plazo de los créditos que se otorguen a las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo con base en el Decreto Legislativo 581 de 2020 y el presente Decreto, podrá ser superior al límite legal establecido para la amortización de los créditos de funcionamiento para las personas prestadoras de servicios, cuando por su naturaleza jurídica, deban cumplir con estos límites; sin embargo, no podrán superar treinta y seis (36) meses.

PARÁGRAFO. Los recursos destinados a la operación de crédito directo serán los mismos disponibles para cubrir la financiación dispuesta en los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo 528 de 2020. Para esta finalidad, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio deberá comunicar a las personas prestadoras de servicios públicos que el monto de los recursos certificados es suficiente para cubrir la medida de ampliación del pago diferido establecida en este artículo. (Decreto 819 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 4 de junio de 2020)

**3.2.4.4. *Se Establece Pago Diferido de los Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y/o Aseo Para las Entidades Sin Ánimo de Lucro Como Zoológicos, Tenedores de Fauna, Aviario, Acuarios y Jardines Botánicos o Entidades Afines.***

**3.2.4.5. *Subsidio Rural.*** Según el artículo 9 sobre subsidio rural,

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio podrá otorgar un subsidio a la demanda para aquellas organizaciones autorizadas para prestar servicios de agua potable, vigilados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que atiendan a suscriptores en zona rural. El monto del subsidio será otorgado mensualmente a partir de la vigencia del presente Decreto y hasta el 31 de diciembre de 2020.

PARÁGRAFO 1. El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio establecerá mediante resolución las condiciones y requisitos para el otorgamiento de este subsidio y determinará su focalización y distribución, teniendo en cuenta la necesidad de priorizar organizaciones comunitarias sin ánimo de lucro que atiendan usuarios de menores ingresos.

PARÁGRAFO 2. Lo dispuesto en este artículo no aplica a las personas prestadoras del servicio de acueducto que reciban el giro directo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 528 de 2020.

PARÁGRAFO 3. Los recursos para financiar el subsidio rural que se crea en el presente artículo se podrán atender con cargo a los recursos del Fondo de Mitigación de Emergencias –FOME. (Decreto 819 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 4 de junio de 2020)

Esta medida está prevista para aplicar a prestadores y comunidades organizadas para la provisión de servicios que atienden en sector rural. Es un subsidio al prestador, un subsidio a la demanda, no al usuario.

**3.2.4.6. *Pago del servicio de aseo por entidades territoriales.*** Según el Decreto 819,

Hasta el 31 de diciembre de 2020, las entidades territoriales podrán asumir total o parcialmente el costo del servicio público de aseo de los usuarios, teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos con que cuenten para el efecto y la necesidad de priorizar las asignaciones para las personas de menores ingresos.

En los casos en que el cobro del servicio público de aseo se produzca a través de convenios de facturación conjunta con los servicios de acueducto, alcantarillado, energía o gas y las entidades territoriales decidan asumir total o par-

cialmente el costo del servicio público de aseo de los usuarios, girarán directamente los recursos correspondientes al prestador del servicio público de aseo. (Decreto 819 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia], 4 de junio de 2020, art. 10)

Dado que el servicio público de Aseo y, en general, los servicios de saneamiento, no pueden ser suspendidos en ningún caso, la afectación financiera de los prestadores como producto de la reducida capacidad de pago de los usuarios puede generar problemas de suficiencia financiera que a su turno genera impactos en las condiciones de calidad en la prestación del servicio. Esta medida buscó mitigar dichos problemas al permitir que los entes territoriales asumieran de manera transitoria, el costo de la prestación de dicho servicio.

#### **4. Conclusiones y Reflexiones**

Atendiendo el marco constitucional y legal de los servicios públicos enunciados, las políticas desarrolladas por el Gobierno Nacional para mitigar los efectos de la pandemia y proteger a los usuarios han sido efectivas. Han permitido de alguna manera garantizar el acceso universal al servicio público de agua potable, pero son insuficientes. La reconexión de usuarios, los efectos de los costos diferidos, de la asunción de subsidios extraordinarios y de la acumulación de pagos por parte de los usuarios, evidencia la necesidad de generar medidas de largo plazo que garanticen la sostenibilidad futura en la prestación de los servicios de agua y saneamiento.

Se hace necesario replantear el tratamiento de las figuras de protección constitucional para el derecho al agua y saneamiento, y darle categoría legislativa. Se evidencia que la crisis provocada por la pandemia generó un ambiente legislativo y de doctrina constitucional que permite avanzar, no solamente en el mejoramiento progresivo y en el cumplimiento de los ODS, sino en la garantía del derecho humano al agua como derecho fundamental.

Es preciso reevaluar el debate de gratuidad. Alguien debe pagar por el servicio y existen alternativas: Una de ellas es un mayor reconocimiento en pérdidas comerciales del prestador que finalmente todos pagan; otra, generar un usuario especial, municipio que lo asume, subsidios especiales, etc. Es necesario que se realicen los estudios para determinar los criterios de distribución y asignación de mínimo vital a cargo del Estado a través de esquemas de solidaridad.

En paralelo, se observa que son muchas las medidas adicionales que el Estado podría implementar adicionales a las expedidas en los estados de emergencia. Entre otras, se sugieren las siguientes: (a) exoneración de impuestos directos a los prestadores de acueducto, alcantarillado y aseo para que los beneficios se trasladen a los usuarios; (b) ofrecer beneficios crediticios y tasas compensadas a los prestadores con amplios periodos de gracia para que esos beneficios financieros se trasladen a los usuarios; (c) exonerar del pago de parafiscales a las empresas de servicios públicos domiciliarios durante el término de la emergencia o de forma permanente con el fin de que se retire este componente de la tarifa; y (d) permitir

replantear el POIR para que sea posible reducir los cobros por concepto de CMI según criterio del mismo prestador.

Finalmente, no es posible aumentar el marco de responsabilidades de los municipios y distritos sin que se asignen los recursos para que puedan cumplir dichas competencias. La asignación de competencias y responsabilidades debe ir acompañada de fondos para su cumplimiento.

## REFERENCIAS

- ACNUDH. (23 de Marzo de 2020). *COVID-19 will not be stopped without providing safe water to people living in vulnerability – UN experts*. Obtenido de Naciones Unidas Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25738&LangID=S>.
- Comite de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Naciones Unidas. Obtenido de [https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2017/06/Observacion-15\\_derecho\\_al\\_agua.pdf](https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2017/06/Observacion-15_derecho_al_agua.pdf)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (2007). *Observación General número 15*. ONU.
- Consejo Económico y Social. (2020). *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*. Naciones Unidas.
- Constitución Política de Colombia. (7 de julio de 1991). (Colombia).
- Decreto 1898 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia]. (23 de noviembre de 2016). *Por el cual se adiciona el Título 7, Capítulo 1, a la Parte 3, del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015, que reglamenta parcialmente el artículo 18 de la Ley 1753 de 2015 en lo referente a esquemas diferenciales para la prestación de los servicios de...*
- Decreto 385 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia]. (12 de marzo de 2020). *Por el cual se adiciona el parágrafo tercero transitorio al artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1077 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Vivienda, Ciudad y Territorio y se expiden otras disposiciones*.
- Decreto 417 (17 de marzo del 2020). *Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional*.
- Decreto 441 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia]. (20 de marzo 2020). *Por el cual se dictan disposiciones en materia de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para hacer frente al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 417 de 2020*.

- Decreto 528 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia]. (7 de abril de 2020). *Por el cual se dictan medidas para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.*
- Decreto 580 [Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia]. (15 de abril de 2020). *Por el cual se dictan medidas para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.*
- Decreto 636 (7 de mayo de 2020). *Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público.*
- Decreto 637 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia]. (6 de mayo de 2020). *Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional.*
- Decreto 819 [Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio de la República de Colombia]. (4 de junio de 2020). *Adopta medidas para el sector de Vivienda, Ciudad y Territorio en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.*
- Departamento Nacional de Planeación. (2018). *Agua Limpia y Saneamiento*. Obtenido de Departamento Nacional de Planeación: <https://www.ods.gov.co/es/objetivos/agua-limpia-y-saneamiento>
- Ley 1176 de 2007. (27 de diciembre 2007). *Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*
- Ley 136 de 1994. (2 de junio de 1994). *Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.*
- Ley 142 de 1994. (11 de julio de 1994). *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.* D. O. 41.433.
- Ley 1450 de 2011. (16 de junio de 2011). *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.*
- Ley 1551 de 2012. (6 de Julio 2012). *Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.*
- Ley 715 de 2001. (21 de diciembre 2001). *Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de...*



OMS. (2020). *Cronología de la respuesta de la OMS a la COVID-19*. Obtenido de Comunicados de Prensa OMS: <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covidtimeline>

Sentencia 767, 767 (Corte Constitucional Colombiana 2014).

Sentencia C-154, C-154 (Corte Constitucional Colombiana 2020).

Sentencia C-156, C-156 (Corte Constitucional Colombiana 2020)

Sentencia C-203, C-203 (Corte Constitucional Colombiana 2020).

Sentencia C-256, C-256 (Corte Constitucional Colombiana 2020).

Sentencia C-272, C-272 (Corte Constitucional Colombiana 1998). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-272-98.htm>

Sentencia C-310, C-310 (Corte Constitucional Colombiana 2020).

Sentencia C-353, C-353 (Corte Constitucional Colombiana 2006).

Sentencia C-389, C-389 (Corte Constitucional Colombiana 2002).

Sentencia T-218, T-218 (Corte Constitucional Colombiana 2017).

Sentencia T-312, T-312 (Corte Constitucional Colombiana 2012).

Sentencia T-348, T-348 (Corte Constitucional Colombiana 2012).

Sentencia T-398, T-398 (Corte Constitucional Colombiana 2018).

Sentencia T-418, T-418 (Corte Constitucional Colombiana 2010).

Sentencia T-577, T-577 (Corte Constitucional Colombiana 2019).

Sentencia T-717, T-717 (Corte Constitucional Colombiana 2010).

SE TERMINÓ DE DIAGRAMAR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

**TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA**

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)

PÁGINA WEB: [www.tareagrafica.com](http://www.tareagrafica.com)

TELÉFS. 424-8104 / 424-3411

DICIEMBRE 2021

LIMA - PERÚ



Las Octavas Jornadas de Derecho de Aguas se realizaron el 11 de diciembre de 2020 gracias a la iniciativa del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la PUCP (GIDA).

En esta edición de las Jornadas, expertos nacionales e internacionales reflexionaron sobre los retos que implica la pandemia por el COVID-19 para Perú, Brasil, Chile, Colombia y España.

Este volumen compila artículos arbitrados organizados en dos secciones: «La gestión de recursos hídricos en el contexto del COVID-19» y «Los servicios públicos de agua potable y saneamiento en el contexto del COVID-19».

Esperamos que este libro contribuya al debate académico sobre el rol del Derecho de aguas frente a los retos que supone la pandemia por el COVID-19.

ISBN: 978-612-48287-8-2



9 786124 828782