

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO

SECCIÓN DE POSTGRADO EN DERECHO



**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE CUESTIONAN LA VALIDEZ Y
APLICACIÓN DE LAS LEYES N° 23521 Y 24516, SOBRE RESERVA
DE AGUAS SUBTERRÁNEAS A FAVOR DE SEDALIB S.A.**

TESIS

**PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL EMPRESARIAL**

AUTORA:

Br. LILIAN SOFÍA CALDERÓN CABRERA

ASESORA:

Mg. KELLY VERA VÁSQUEZ

TRUJILLO – PERÚ

2018

DEDICATORIA

A mis amados padres, Lilian y Fernando

A mi amado esposo, Santiago

AGRADECIMIENTO

A quienes me permitieron realizar la presente investigación.

RESUMEN

Es una verdad irrefutable, que en nuestro país, los recursos hídricos son recursos naturales de patrimonio de la Nación, sobre los cuales se pueden otorgar derechos para su uso y aprovechamiento, sujetos al pago una contraprestación económica en favor del Estado. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico nacional, existen las Leyes N° 23521 - *Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.)*; y N° 24516 - *Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, y Trujillo, a favor de SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.)*, que otorgaron la reserva de las aguas subterráneas de estas cuencas a favor de SEDALIB SA, con la finalidad de asegurar el abastecimiento de agua potable a la población e industria ubicada en su circunscripción, facultándole al cobro de una tarifa de uso de agua, que quedó aprobada mediante Decreto Supremo N° 033-86-VC, y que viene siendo materia de cobranza judicial y extrajudicial a usuarios de fuente propia con fines productivos; sin embargo, actualmente se cuestiona la validez y aplicación de dichas leyes, por cuanto, por un lado, han sido emitidas por un órgano incompetente, y por haber quedado derogadas tácitamente; y, por otro lado, porque se vienen aplicando a usuarios no comprendidos en sus supuestos normativos, y SEDALIB SA carece de un derecho de uso otorgado sobre el recurso reservado. Estos cuestionamiento han generado la interposición de procesos judiciales en los cuales los Jueces Especializados y Superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y los Jueces Supremos de la Corte Suprema de la República, ha planteado posiciones distintas y hasta contradictorias entre sí, haciéndose necesario que se determine la configuración de los fundamentos que cuestionan la validez y aplicación de estas leyes, y ello pueda servir de referencia para la solución de causas pendientes de pronunciamiento final, y poner fin a la controversia surgida al respecto.

ABSTRACT

It is an irrefutable fact that in our country, water resources are natural resources of the Nation's heritage, on which rights can be granted for their use and exploitation, conditioning the payment of an economic consideration in favor of the State. However, in the national legal system, there are the Laws No. 23521 - Law on the Reservation of Groundwater in the Moche River Basin (Trujillo), in favor of SEDAPAT (now SEDALIB S.A.); and No. 24516 - Law on the Reservation of Groundwater in the River Basins of the Provinces of Chepén, Ascope, and Trujillo, in favor of SEDAPAT (now SEDALIB SA), which granted the reserve of the groundwater of these basins in favor of SEDALIB SA, with the purpose of guaranteeing the supply of drinking water to the population and industry located in its circumscription, authorizing the charge of a water use fee, which was approved by Supreme Decree No. 033-86-VC , and that is being a matter of judicial and extrajudicial charge to users of their own source for productive purposes; however, the validity and application of these laws is currently questioned, since, on the one hand, they have been issued by an incompetent body, and so they have been tacitly repealed; and, on the other hand, because they have been applied to users not included in their regulatory assumptions, and SEDALIB SA does not have a right of use granted over the reserved resource. These questionings have generated the interposition of judicial procedures on which the Specialized and Superior Judges of the Superior Court of Justice of La Libertad, and the Supreme Judges of the Supreme Court of the Republic, have proposed different and even contradictory positions, becoming necessary to determine the configuration of the basis that question the validity and application of these laws, and that can serve as a reference for the solution of unsettled causes of final pronouncement, and put an end to the controversy emerged about it.

ÍNDICE DE CONTENIDO

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	1
1. PROBLEMA	2
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	2
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	5
1.3. ANTECEDENTES.....	5
2. HIPÓTESIS.....	6
3. VARIABLES	7
3.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	7
3.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	7
3.3. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	7
4. OBJETIVOS	10
4.1. OBJETIVO GENERAL.....	10
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	10
5. JUSTIFICACIÓN	11
5.1. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
5.2. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN	11
5.3. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN	11
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	13
TÍTULO I: ESTADO DE DERECHO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO	14
I. EL ESTADO DE DERECHO	14
1.1. EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL.....	14
1.2. EN LA DOCTRINA NACIONAL	15
II. EL ORDENAMIENTO JURIDICO.....	16
2.1. DEFINICIÓN.....	16
2.2. LA NORMA JURÍDICA	17
A. DEFINICIÓN.....	17
B. ELEMENTOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS	18
C. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....	20
D. VALIDEZ, VIGENCIA Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS	24
E. FUENTES DE DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL	29
F. LA LEY	33
TÍTULO II: EL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES	38
I. EL MEDIO AMBIENTE.....	38
1.1. DEFINICIÓN DE MEDIO AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO	

JURÍDICO PERUANO	38
A. EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL.....	38
B. EN EL ÁMBITO LEGAL.....	39
II. LOS RECURSOS NATURALES	42
2.1. DEFINICIÓN DE RECURSOS NATURALES EN LA DOCTRINA ...	42
2.2. DEFINICIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	44
A. LEY PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES, LEY N° 26821	44
B. LEY GENERAL DEL AMBIENTE, LEY N° 28611	45
2.3. RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y NO RENOVABLES..	46
A. RECURSOS RENOVABLES	46
B. RECURSOS NO RENOVABLES	47
2.4. PROPIEDAD SOBRE LOS RECURSOS NATURALES	48
A. SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO.....	48
B. SEGÚN LA DOCTRINA.....	52
C. EN LA JURISPRUDENCIA.....	53
D. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y DOMINIO PRIVADO.....	54
2.5. APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES	58
TÍTULO III: RECURSOS HÍDRICOS	60
I. REALIDAD HÍDRICA DEL PERÚ.....	60
II. REGULACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS.....	63
2.1. A NIVEL NACIONAL.....	63
A. LEY DE RECURSOS HÍDRICOS Y SU REGLAMENTO.....	64
B. LA POLÍTICA 33.....	65
C. LEY PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES EN PERÚ.....	66
D. LEY GENERAL DEL AMBIENTE	68
III. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HIDRICOS	69
3.1. MODELOS DE GESTIÓN.....	69
3.2. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN EL PERÚ.....	70
A. DEFINICIÓN DE CUENCA HIDROGRÁFICA	72
B. TIPOS DE CUENCA	72
C. CUENCAS HIDROGRÁFICAS EN EL PERÚ.....	73
D. DIVISIÓN POLÍTICA Y DIVISIÓN POR CUENCAS	74
E. SISTEMA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RECURSOS HÍDRICOS.....	76
IV. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS.....	80
4.1 EL AGUA ES UN BIEN ECONÓMICO.....	80
A. RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR... 81	
B. RÉGIMEN ECONÓMICO VIGENTE.....	84
V. EL AGUA.....	91
5.1. DEFINICIÓN	91
5.2. TIPOS DE AGUA.....	92
5.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL AGUA	92
5.4. EL AGUA COMO RECURSO RENOVABLE	95
5.5. USO Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA	96
A. CLASES DE USOS Y ORDEN DE PRIORIDAD	96
B. DERECHOS DE USO DE AGUA	100
C. CAUSALES DE EXTINCIÓN	102

5.6. AGUAS SUBTERRÁNEAS.....	104
A. NOCIÓN.....	104
B. ACUÍFEROS	105
C. REGULACIÓN JURÍDICA VIGENTE.....	106
D. TITULARIDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.....	108
E. DERECHOS DE USO	110
TÍTULO IV: OTORGAMIENTO DE RESERVA DE AGUA.....	114
I. REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL DEROGADO	114
II. REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE	117
III. OTORGAMIENTO DE RESERVAS DE AGUA A FAVOR DE EMPRESAS DE SANEAMIENTO DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY GENERAL DE AGUAS	120
3.1. SERVICIOS DE SANEAMIENTO	120
A. ENTIDADES VINCULADAS AL SANEAMIENTO.....	120
B. SERVICIOS DE SANEAMIENTO.....	121
C. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS	124
D. REGULACIÓN ECONÓMICA.....	126
3.2. CASOS SEDAPAL Y SEDAPAT.....	128
A. CASO SEDAPAL.....	128
B. CASO SEDAPAT	130
TÍTULO V: LEYES DE RESERVA DE AGUAS SUBTERRÁNEAS DE CUENCAS DE LA LIBERTAD A FAVOR DE SEDALIB S.A	131
I. CUENCAS HIDROGRÁFICAS DE LA LIBERTAD	131
1.1. CUENCA DEL RÍO JEQUETEPEQUE	133
1.2. CUENCA DEL RÍO CHICAMA.....	135
1.3. CUENCA DEL RÍO MOCHE	137
1.4. CUENCA DEL RÍO VIRÚ.....	138
II. SERVICIOS DE SANEAMIENTO Y AGUA POTABLE EN LA LIBERTAD	140
III. EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS SEDALIB SA.....	142
3.1. ¿QUÉ ES SEDALIB SA?	142
3.2. DE SEDAPAT A SEDALIB SA.....	143
3.3. ÁREA DE INFLUENCIA.....	146
3.4. FUENTES DE AGUA.....	147
IV. LEYES DE RESERVA DE AGUA SUBTERRÁNEA.....	148
4.1. LEY N° 23521	149
4.2. LEY N° 24516.....	149
4.3. DECRETO SUPREMO N° 033-86-VC.....	151
4.4. SUPUESTOS NORMATIVOS DE LAS LEYES DE AGUAS SUBTERRÁNEA Y DEL DS N° 033-86-VC.....	152
4.5. CREACIÓN DE LA TARIFA DE AGUA SUBTERRÁNEA.....	154
V. COBRANZA DE LA TARIFA POR USO DE AGUA SUBTERRÁNEA	161
5.1. ALCANCES DE LA COBRANZA	161
5.2. DOCUMENTOS Y PROCESOS JUDICIALES QUE EVIDENCIAN LA COBRANZA DE LA TARIFA POR USO DE AGUA SUBTERRÁNEA.....	165
A. DOCUMENTOS INSTITUCIONALES DE SEDALIB SA.....	165
B. PROCESOS JUDICIALES	167
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	176

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	177
1.1. POR SU FINALIDAD	177
1.2. POR SU CARÁCTER	177
1.3. POR SU NATURALEZA	177
2. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS	178
2.1. MATERIAL.....	178
2.1.1 TÉCNICAS.....	178
2.1.2 INSTRUMENTOS	178
2.2. PROCEDIMIENTOS.....	179
2.2.1 POBLACIÓN Y MUESTRA	179
2.2.2 MÉTODOS.....	180
2.2.3 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	182
2.2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	183
2.2.5 PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	183
2.2.6 DISEÑO DE ANÁLISIS DE DATOS	184
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y ENTREVISTAS.....	186
1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	187
2. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LAS ENTREVISTAS	237
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	258
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	262
1. CONCLUSIONES	263
2. RECOMENDACIONES	267
BIBLIOGRAFÍA	270
ANEXOS	275

ÍNDICE DE MAPAS

MAPA 01: MAPA HIDROGRÁFICO DEL PERÚ.....	62
MAPA 02: MAPA HIDROGRÁFICO DE LA LIBERTAD.....	132
MAPA 03: CUENCA DEL RÍO JEQUETEPQUE	135
MAPA 04: CUENCA DEL RÍO CHICAMA	136
MAPA 05: CUENCA DEL RÍO MOCHE.....	138

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA A: Retribuciones y Tarifas	85
TABLA B: Supuestos Normativos Leyes de Reserva	153
TABLA C: Distribución de la Muestra	180
TABLA 1: Fundamentos que cuestionan la validez de las Leyes 23521 y 24516	239
TABLA 2: Fundamentos que cuestionan la aplicación de las Leyes 23521 y 24516	242
TABLA 3: Motivos para la promulgación de las Leyes N°23521 y 24516	246
TABLA 4: Fundamentos de SEDALIB SA para la cobranza de la tarifa	248
TABLA 5: Incompatibilidad entre retribución económica y tarifa.....	250
TABLA 6: Fundamentos de los usuarios para cuestionar la cobranza de la tarifa	252
TABLA 7: Necesidad de derogación expresa o normas aclaratorias.....	254

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO A: Marco Legal del Agua.....	63
GRÁFICO B: Aguas Subterráneas	104
GRÁFICO C: Servicios que presta SEDALIB SA	143
GRÁFICO D: Estructura Tarifaria de SEDALIB SA	159
GRÁFICO E: Recibo de Agua Subterránea de SEDALIB SA	162
GRÁFICO 1: Fundamentos que cuestionan la validez de las Leyes N°23521 y 24516	239
GRÁFICO 2: Fundamentos que cuestionan la aplicación de las Leyes N°23521 y 24516	242
GRÁFICO 3: Motivos para la promulgación de las Leyes N°23521 y 24516	246
GRÁFICO 4: Fundamentos de SEDALIB SA para la cobranza de la tarifa ..	248
GRÁFICO 5: Incompatibilidad entre retribución económica y tarifa.....	250
GRÁFICO 6: Fundamentos de los usuarios para cuestionar la cobranza de la tarifa.....	252
GRÁFICO 7: Necesidad de derogación expresa o normas aclaratorias.....	254

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN

1. PROBLEMA; 2 HIPÓTESIS; 3. VARIABLES;
4. OBJETIVOS; 5. JUSTIFICACIÓN

1. PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hoy en día, es indiscutible que en nuestro país rige el Estado de Derecho, como forma de organización política en la cual el ejercicio del poder se encuentra sujeto a los parámetros del Derecho; esto es, el sistema jurídico (Constitución, leyes, normas con rango de ley, reglamentos, y demás) es el encargado de controlar el poder del Estado, y también el de los particulares; y por tanto, dada la trascendencia de las normas en este modelo de organización política, su validez y vigencia están sujetas al cumplimiento ineludible de procedimientos y cánones para su expedición, que otorga garantía y seguridad jurídica a los ciudadanos y a las autoridades.

En función a lo señalado, advertimos la existencia de dos normas en nuestro ordenamiento jurídico, que se vienen aplicando para sustentar el cobro de un concepto económico denominado Tarifa de uso de agua subterránea a los usuarios productivos con fuente propia en las provincias de Chepén, Ascope y Trujillo, por parte de la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de La Libertad, SEDALIB S.A.

Dichas normas son las **Leyes N° 23521, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT** (ahora SEDALIB S.A.); y **N° 24516, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT** (ahora SEDALIB S.A.), dadas por el Congreso de la República en los años 1982 y 1986 respectivamente, durante la vigencia de la antigua Ley General de Aguas del año 1969 (Decreto Ley N° 17752), que recientemente ha sido derogada por la nueva Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, vigente desde el 01 de abril del

año 2009, y que ha puesto en realce la problemática que hoy identificamos.

Como se aprecia, en virtud de dichas normas, el Congreso otorgó en su momento, la reserva de aguas subterráneas de la Cuenca del río Moche, y de las cuencas de los ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, y Trujillo, a favor de la entonces Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo - SEDAPAT, con la finalidad de asegurar el abastecimiento de AGUA POTABLE a la población e industria establecida dentro de su circunscripción, creando la mencionada “tarifa de uso de agua subterránea” a favor de dicha entidad como contraprestación a cargo de los usuarios beneficiados con los servicios previstos; Sin embargo, con el pasar de los años, aproximadamente desde el año 2008, la nueva Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de La Libertad-SEDALIB S.A. (antes SEDAPAT), viene ejerciendo la cobranza de dicha tarifa a los “usuarios de fuente propia”, que técnicamente son usuarios de agua subterránea que captan el recurso directamente a través de pozos de agua subterránea instalados en predios de su propiedad y/o conducción directa, para fines productivos, a quienes dicha Empresa Prestadora de Servicios no presta ningún servicio de distribución y/o suministro de agua potable, y que consumen dicho recurso en mérito de autorizaciones otorgadas directamente por la Autoridad de Aguas, la misma que además viene cobrando por este mismo hecho de “uso de agua subterránea”, una Retribución Económica.

Respecto a ello, es de precisar que la nueva Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, introdujo varios cambios estructurales en el manejo del recurso, entre ellos, la atribución de su gestión a una autoridad única y exclusiva denominada Autoridad Nacional del Agua, estableciendo como parámetro la Gestión Integral de los Recursos Hídricos; asimismo, desarrolló con claridad los usos a los que podía destinarse el agua en: primario, poblacional y productivo; y, los derechos de uso a partir de los cuales podía efectuarse su

aprovechamiento. De otro lado, estableció de manera expresa las obligaciones económicas a las que están sujetas los titulares de los derechos de uso de agua, entre los que se encuentra, el de Retribución Económica, definida por el Artículo 91º de la referida Ley, como *“(...) el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen. Se fija por metro cúbico de agua utilizada cualquiera sea la forma del derecho de uso otorgado y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos”*, lo que se condice con lo que señalaba la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821, en cuyo Artículo 20º, contempló que, *“Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales”*.

Con lo cual se genera en el usuario productivo de fuente propia, una incertidumbre real respecto a sus obligaciones económicas por el “uso del agua subterránea”, que surge por la cobranza de la tarifa de uso de agua creada y sustentada en las mencionadas Leyes N° 23521 y 24516; lo que nos coloca en la necesidad de determinar los fundamentos jurídicos que cuestionan la validez y aplicación de dichas normas, que sirva de sustento y referencia para determinar la validez de la cobranza, y se pueda resolver las controversias mantenidas sobre la materia.

En este sentido, dentro de los fundamentos que cuestionan la invalidez de las referidas Leyes N° 23521 y 24516, estamos llamados a evaluar la competencia del órgano que emitió dicha normativa y su vigencia en el tiempo por haber operado una derogación tácita; y, por

otro lado, dentro de los fundamentos que cuestionan su aplicación, debemos establecer la correspondencia de su supuesto normativo con la realidad, y si SEDALIB SA cumplió con obtener previamente un derecho de uso sobre el agua reservada.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Qué fundamentos jurídicos cuestionan la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, relacionadas al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea a los usuarios de fuente propia para fines productivos?

1.3. ANTECEDENTES

Respecto al tema materia de estudio, no se ha identificado investigación previa a nivel de pregrado o postgrado que se refiera de manera concreta al cuestionamiento de la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea creada por las Leyes N° 23521 y 24516 a los usuarios de fuente propia para fines productivos, solo hemos logrado identificar dos informes elaborados por la SUNAT y la SUNASS relacionados a aguas subterráneas y a la tarifa de uso que es materia de investigación.

A. INFORME N° 006-2013-SUNAT/4B0000 sobre la consulta de “si la Tarifa por Uso de Aguas Subterráneas a que se refiere la Ley N° 24516 se encuentra afecta al Impuesto General a las Ventas e Impuesto a la Renta”, de fecha 16 de enero de 2013, elaborado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, y publicado en su página web: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2013/informe-oficios/i006-2013.pdf>

En este informe, la entidad se dedica a evaluar la naturaleza tributaria de la tarifa de uso de agua subterránea creada por la Ley

N° 24516, Ley que reserva las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, y Trujillo a favor de SEDAPAT, materia de nuestro estudio, y concluye que la misma se trata de un tributo (Tasa – derecho), por lo que el ingreso percibido por la Empresa Prestadora de Servicios por dicho concepto, no se encuentra afecto al Impuesto a la Renta, y tampoco corresponde la aplicación del IGV.

B. INFORME sobre "Usuarios con Fuente de Agua Propia y Usuarios del Servicio de Alcantarillado, de 26 de enero de 2007, elaborado por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, y publicado en su página web: http://www.sunass.gob.pe/doc/sunass/final_tindustrialx.pdf

En este informe, el órgano supervisor, expone lo relativo a la extracción de aguas subterráneas por parte de usuarios que poseen fuente propia, que son materia de nuestro estudio, así como al marco normativo sobre el uso de las aguas subterráneas en las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, y el consumo por parte de dichos usuarios con fuente propia, y la tarifa de uso de agua que se debe cobrar por la extracción de aguas subterráneas.

2. HIPÓTESIS

La falta de competencia del órgano emisor, así como su derogación tácita por la Ley General de Aguas, D. Ley 17552, constituyen los fundamentos jurídicos que cuestionan la validez de las Leyes N° 23521 y 24516; en tanto, el cobro de la tarifa de uso de agua subterránea por parte de SEDALIB S.A. a sujetos no comprendidos en los supuestos normativos, y la inexistencia de un derecho de uso de agua otorgado a favor de SEDALIB S.A. sobre el agua reservada, constituyen los fundamentos jurídicos que cuestionan su aplicación.

3. VARIABLES

3.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

- La Falta de competencia del órgano emisor, la derogación tácita por la Ley General de Aguas, el cobro de la tarifa de uso de agua subterránea por parte de SEDALIB S.A. a sujetos no comprendidos en los supuestos normativos, y la inexistencia de un derecho de uso de agua otorgado a favor de SEDALIB S.A. sobre el agua reservada.

3.2. VARIABLE DEPENDIENTE

- Fundamentos jurídicos que cuestionan la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516 a los usuarios de fuente propia con fines productivos.

3.3. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
	DOCTRINARIOS	<ul style="list-style-type: none">• ANDALUZ, Carlos (2016)• ASOCIACION PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (2008)• AVENDAÑO, Jorge (1981)• BASADRE, Jorge (1997)• BROOKS, David (2004)• CAIRAMPOMA, Alberto (2015)• CARBONELL, Miguel (2009)• CASSAGNE, Juan (2010)• CELI, Marco (2007)• CERVANTES, Dante (2008)• CHANAMÉ, Raúl (2009)• CHANAMÉ, Raúl (2015)• DÍAZ, Elías (1998)• DROMI, Roberto (2005)• GARCÍA RICCI, Diego (2015)• GARCÍA, Víctor (2001)• GARCÍA, Víctor (2010)• GONZALES, Gunther (2017)• GUASTINI, Riccardo (2016)• GUTIERREZ-TICSE, Gustavo (2013)• HAKANSSON, Carlos. (2009)

<p>La validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516 a los usuarios de fuente propia con fines productivos</p>		<ul style="list-style-type: none"> • HAKANSSON, Carlos. (2014) • JIMENEZ, Luis (2008) • MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia (1984) • MÉNDEZ, Alejandro. (2003) • NINO, Carlos (2001) • ORDÓÑEZ, Juan (2012) • RUBIO, Marcial (2008) • RUBIO, Marcial (2009) • SEINFELD, Janice (1998) • TARELLO, Giovanni (1995) • TORRES, Aníbal (2015) • VOS, Jeroen (2006) • YACOLCA, Daniel (2009)
	NORMATIVOS	<ol style="list-style-type: none"> 1. Constitución Política del Perú de 1993 2. Ley N° 23521, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT 3. Ley N° 24516, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT 4. DS N° 033-86-VC, sobre Tarifa por el uso de agua subterránea 5. Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338 6. Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, DS N° 001-2010-AG 7. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821 8. Ley General de Aguas, D. Ley N° 17752 9. DS N° 261-69-AP, Reglamento de los Títulos I, II y III del Decreto Ley N° 17752. 10. DS N° 274-69-AP-DGA, Reglamento del Título IV de las Aguas Subterráneas del Decreto Ley N° 17752 11. DS N° 044-2001-AG, mediante el cual “Establecen diversas disposiciones en materia de reservas de agua a favor de entidades del Estado” 12. Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, D. Leg. N° 1280 13. Reglamento de la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, DS N° 019-2017-VIVIENDA
	RESOLUCIONES JUDICIALES	<ol style="list-style-type: none"> 1. Exp. N° 2801-2014 – 3° Juzgado Civil de Trujillo, sobre Proceso de Obligación de dar suma de dinero, seguido por SEDALIB SA contra la empresa CASA GRANDE SAA, donde se emitió el Auto de Saneamiento Procesal, contenido en la Resolución N° 10, de fecha 15 de julio de 2015 2. Exp. N° 2801-2014 – 1° Sala Civil de La Libertad, sobre Proceso de Obligación de dar suma de dinero, seguido por SEDALIB SA contra la empresa CASA GRANDE SAA, donde se emitió el

		<p>Auto de Segunda Instancia, contenido en la Resolución N° 03, de fecha 19 de septiembre de 2016.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Exp. N° 4907-2014 – 1° Juzgado Civil de Trujillo, sobre Proceso de Obligación de dar suma de dinero, seguido por SEDALIB SA contra la empresa EL ROCÍO SA, donde se emitió el Auto contenido en la Resolución N° 04, de fecha 22 de abril de 2015. 4. Exp. N° 4907-2014 – 2° Sala Civil de La Libertad, sobre Proceso de Obligación de dar suma de dinero, seguido por SEDALIB SA contra la empresa EL ROCÍO SA, donde se emitió el Auto de Segunda Instancia, contenido en la Resolución N° 02, de fecha 24 de septiembre de 2015. 5. Exp. N° 4907-2014 – 1° Juzgado Civil de Trujillo, sobre Proceso de Obligación de dar suma de dinero, seguido por SEDALIB SA contra la empresa EL ROCÍO SA, donde se emitió el Auto Final contenido en la Resolución N° 09, de fecha 05 de octubre de 2016. 6. Exp. N° 4780-2014 – 1° Juzgado Civil de Trujillo, sobre Proceso de Obligación de dar suma de dinero, seguido por SEDALIB SA contra la empresa TAL SA, donde se emitió el Auto contenido en la Resolución N° 05, de fecha 01 de septiembre de 2015. 7. Exp. N° 1302-2010 – 1° Sala Civil de La Libertad, sobre Acción de Amparo, seguida por CARTAVIO SAA contra por SEDALIB SA, donde se emitió la Sentencia de segunda instancia, contenida en la Resolución N° 09, de fecha 21 de octubre de 2010. 8. Exp. N° 2140-2010 – Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, sobre Acción de Amparo, seguida por CASA GRANDE SAA contra por SEDALIB SA, donde se emitió la Consulta N° 3311-2010, contenida en la Resolución de fecha 04 de noviembre de 2010. 9. Exp. N° 364-2015 – 1° Sala Civil de La Libertad, sobre Acción de Amparo, seguida por DANPER TRUJILLO SAC contra por SEDALIB SA, donde se emitió la Sentencia de segunda instancia, contenida en la Resolución N° 10, de fecha 01 de octubre de 2015.
	ENTREVISTAS	<ol style="list-style-type: none"> 1. Asesor Legal de Danper Trujillo SAC 2. Asesor Legal de Chimú Agropecuaria SA 3. Abogado especialista en Derecho Administrativo 4. Abogado especialista en Derecho de Recursos Hídricos 5. Asesor Legal de la Autoridad Nacional del Agua (ALA Moche-Virú-Chao) 6. Asesor Legal de SEDALIB S.A. 7. Jueces Superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- Determinar qué fundamentos jurídicos cuestionan la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, relacionadas al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea a los usuarios de fuente propia par fines productivos.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar el contexto normativo en que se promulgaron las Leyes N° 23521 y 24516, que crean la tarifa de uso de agua subterránea, a fin de determinar su validez y aplicación.
- Analizar la postura y fundamentos de SEDALIB S.A. para ejercer la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea a los usuarios de fuente propia, a quienes no presta el servicio de agua potable.
- Determinar si existe incompatibilidad entre el concepto de retribución económica regulado por la Ley de Recursos Hídricos, N° 29338, y el concepto de tarifa de uso de agua subterránea creada por las Leyes N° 23521 y 24516.
- Analizar los fundamentos de los usuarios de fuente propia para cuestionar la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea
- Analizar los criterios contradictorios de los órganos jurisdiccionales respecto a la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, relacionadas a la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea y que evidencian una falta de uniformidad, a fin de proponer elementos de juicio que permitan su unificación.
- Determinar la necesidad de emitir una norma que derogue las Leyes N° 23521 y 24516 y normas reglamentarias, o en su defecto, emitir una que precise su contenido, alcance y ámbito de aplicación.

5. JUSTIFICACIÓN

5.1. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA DE LA INVESTIGACIÓN

Consideramos que las Leyes N° 23521, *Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo)*, en favor de la SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.); y N° 24516, *Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT* (ahora SEDALIB S.A.), que sirven de sustento para que esta entidad realice el cobro de la tarifa de uso de agua subterránea a los usuarios productivos de fuente propia, genera incertidumbre en los mismos respecto de sus obligaciones económicas por el uso y aprovechamiento de este recurso, generando asimismo un desorden normativo con la actual Ley de Recursos Hídricos que establece expresamente que los usuarios únicamente pagarán por el uso del agua, el concepto de retribución económica a favor de la Autoridad Nacional del Agua (ANA), propiciando un clima de rechazo a dichas leyes, que será atendida con la determinación de los fundamentos jurídicos que cuestionan su validez y aplicación, materia de la presente investigación.

5.2. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN

La justificación teórica – científica de la investigación radica en que la misma está orientada a profundizar en el estudio sobre la normatividad especial en materia de recursos hídricos, así como en las obligaciones económicas que deben asumir los usuarios del agua, a fin de dotar de mayores alcances doctrinarios sobre la materia.

5.3. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta que a la fecha, SEDALIB SA continua con la cobranza judicial de la tarifa de uso de agua subterránea, la

investigación servirá de consulta a los operadores jurisdiccionales respecto a la controversia surgida sobre la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, en virtud de las cuales, la entidad sustenta su cobranza.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

TÍTULO I: ESTADO DE DERECHO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO;
TÍTULO II: EL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES;
TÍTULO III: RECURSOS HÍDRICOS;
TÍTULO IV: OTORGAMIENTO DE RESERVA DE AGUA;
TÍTULO V: LEYES DE RESERVA DE AGUAS SUBTERRÁNEAS DE CUENCAS
DE LA LIBERTAD A FAVOR DE SEDALIB S.A.

TÍTULO I

ESTADO DE DERECHO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. EL ESTADO DE DERECHO

1.1. EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL

John Adams acuñó en la Constitución de Massachusetts en 1780, la famosa frase *“La defensa de la libertad, de la seguridad y de la propiedad sólo podría alcanzarse a través de la ley”*. De ahí que la frase “gobierno de leyes, no de hombres”, sintetiza adecuadamente la idea de Estado de Derecho.

El jurista GARCÍA, Diego (2015), en su obra “Estado de Derecho y Principio de Legalidad”, sostiene que *“a finales del siglo XVIII surgió este modelo de Estado, como una reacción frente a los abusos cometidos por las monarquías del Estado absoluto. Se consolidó a lo largo de todo el siglo XIX y, desde entonces, permanece vigente hasta nuestros días. Respondió al movimiento filosófico de la Ilustración y representa el triunfo del liberalismo frente al absolutismo y el despotismo ilustrado”*.

Para el autor, FERRAJOLI, Luigi (2001), en su obra “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, ilustra que *“el Estado de Derecho, en sentido formal, se refiere a cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y los procedimientos legalmente establecidos”*. Y a su vez, RAZ, Joseph (2002), en su artículo “El Estado de Derecho y su virtud”, publicado por Carbonell, Miguel (2009), en su obra “El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina”, señala que *“la teoría política y jurídica entiende al Estado de Derecho como un método de gobierno regido por el derecho y sometido a él”*.

De lo que podemos concluir que el Estado de Derecho surgió frente a la arbitrariedad del absolutismo, donde tanto individuos como sectores sociales no sólo buscaron seguridad para sus personas, bienes y propiedades, sino, además, exigieron garantías y protección efectiva para su libertad.

1.2. EN LA DOCTRINA NACIONAL

En el ámbito nacional, el jurista RUBIO, Marcial (2008), en su obra “El Título Preliminar del Código Civil”, reconoce en primer lugar al Estado en sí mismo como *“la forma superior y más poderosa de organizar el poder dentro de la sociedad”*, y agrega que el poder *“puede definirse como la capacidad que tiene una persona (o un grupo) para lograr que las conductas de los demás sean realizadas de acuerdo a los términos que ellos fijan. Así planteado, el poder consiste en una fuerza capaz de imponerse a los demás y, en principio, en este designio no encuentra más obstáculos que los que le presente otro poder, equivalente o superior”*.

Luego, RUBIO, Marcial (2009), en su clásica obra “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”, sostiene que *“el Estado de Derecho implica un modelo de organización estatal en el que el poder es ejercido no como poder absoluto, sino en observancia a ciertas reglas establecidas previamente”*.

Por su parte, GARCÍA RICCI, Diego (2015), en su obra “Estado de Derecho y Principio de Legalidad”, establece que para que un Estado sea considerado un auténtico Estado de Derecho, *“se requiere cumplir con ciertos requisitos: 1) la división de poderes; 2) la garantía de los derechos fundamentales; 3) la primacía de ley por ser expresión de la voluntad general frente a las demás normas jurídicas, y 4) la soberanía nacional”*.

Por tanto, este modelo de Estado, puede concebirse como aquella forma de organización política en la cual el ejercicio del poder se encuentra sometido a los parámetros del Derecho; es decir, la forma como se ejerce el poder se rige por los mandatos que emanan del orden jurídico vigente. Para comprender este concepto, es de vital importancia entender que el sistema jurídico (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) es el encargado de controlar el poder del Estado, y también el de los particulares. Hoy en día, es indiscutible que en nuestro país y en la mayoría de los países del mundo, rige el modelo de Estado de Derecho, en el que, pese a sus evidentes debilidades, ha permitido el ejercicio de las libertades humanas.

II. EL ORDENAMIENTO JURIDICO

2.1. DEFINICIÓN

GUASTINI, Riccardo (2004), en su obra “Proyecto para la voz ‘Ordenamiento Jurídico’ de un Diccionario”, se adhiere a la definición de ordenamiento jurídico, propuesta por los profesores argentinos Alchourrón y Bulygin en su trabajo “Normative Systems” en el que lo definen como *“un conjunto de enunciados jurídicos (que constituye la base axiomática del sistema) que contiene todas sus consecuencias. Sin embargo, para que un sistema así definido sea normativo, los enunciados de la base deben contener por lo menos algunos enunciados normativos o normas. Para ello, definen las normas como enunciados que correlacionan ciertas circunstancias fácticas (casos) con determinadas consecuencias jurídicas (soluciones). Así, no es necesario que todos los enunciados de la base sean normativos (pues la definición no daría cuenta de la presencia usual, por ejemplo, de definiciones en los códigos) pero deben tener por lo menos algunos enunciados de ese tipo”*. De lo que podemos concluir que el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas jurídicas que rigen en un momento y lugar determinados.

2.2. LA NORMA JURÍDICA

A. DEFINICIÓN

RUBIO, Marcial (2009), en su obra “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”, sostiene que, desde una óptica lógica jurídica, la norma jurídica *“es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual incumplimiento. La norma jurídica asume así la forma de una proposición implicativa cuya esquematización sería la siguiente:*

$$S \rightarrow C$$

(Si S, entonces C)

Como vemos, en esta definición, la norma tiene tres elementos que conforman su estructura interna: el supuesto (S) que es aquella hipótesis que, de ocurrir, desencadena la consecuencia; la consecuencia (C) que es el efecto atribuido por el Derecho a la verificación del supuesto en la realidad; y, el nexo lógico jurídico (\rightarrow), que es el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia.

La definición de norma jurídica que ofrece RUBIO, Marcial en la referida obra, es de carácter lógico y, por lo tanto, hace abstracción de la realidad. Sin embargo, como este mismo autor reflexiona, *“el Derecho en su conjunto y cada norma jurídica en particular tienen como finalidad principal regular las conductas sociales, esto es, regir efectivamente en medio de la sociedad. La relación óptima entre la norma y la realidad consiste en que esta se adapte universalmente a aquella, pero es una pretensión utópica: de un lado, no todos los supuestos que contienen las normas jurídicas ocurren en la realidad (por lo que no todas las consecuencias jurídicas previstas se desencadenan necesariamente); y, de otro,*

verificado un supuesto en la realidad, no necesariamente se cumple su consecuencia”.

Por su parte, el jurista argentino, NINO, Carlos (2001), en su obra “Introducción al Análisis del Derecho”, reseña que *“el elemento que distingue a las normas jurídicas de los demás mandatos es que los mandatos que son jurídicos tienen su origen en la voluntad de un soberano. El concepto de soberanía es, pues, básico en la teoría de Austin. Su definición de "soberano" es la siguiente: ‘Si un hombre determinado es destinatario de un hábito de obediencia de la mayor parte de una sociedad sin que él, a su vez, tenga el hábito de obedecer a un superior, ese hombre es soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluido el soberano) es una sociedad política e independiente’”.*

B. ELEMENTOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

RUBIO, Marcial (2008), en la obra “El Título Preliminar del Código Civil”, sostiene que los elementos de la norma definida desde el punto de vista lógico jurídico son tres: supuesto, consecuencia y nexo, que a continuación se desarrollan:

- **El supuesto**

El supuesto en palabras de RUBIO, Marcial (2008), es concebido como *“la hipótesis que formula el autor de la norma jurídica para que, de verificarse u ocurrir en la realidad, se desencadene lógico jurídicamente la necesidad de la consecuencia”.* Es decir, son los datos preestablecidos con anterioridad en la norma, susceptibles de ser materializados en la realidad.

Como agrega el autor en la obra citada, *“la primera etapa del procedimiento de aplicación del derecho a un caso*

determinado consiste en la verificación de la ocurrencia del supuesto en la realidad. Esto requiere de un doble trabajo: de un lado, identificar el supuesto de la norma; de otro, proceder a la verificación de dicho supuesto en la realidad. Recién después de estas operaciones estará el agente en posibilidad de desarrollar otras etapas como, por ejemplo, la interpretación jurídica”.

- **La consecuencia**

La consecuencia, en palabras de RUBIO, Marcial (2008), es concebida como *“el efecto que el autor de la norma jurídica atribuye, lógico jurídicamente, a la verificación del supuesto en la realidad”*. Es decir, son los efectos jurídicos previstos por la norma con anterioridad.

Este autor, sostiene en su obra que, *“la consecuencia es atribuida por la norma al supuesto y puede revestir diversas modalidades. Las principales son:*

- *Establecimiento de un derecho, que consiste en atribuir una facultad o beneficio a alguien.*
- *Establecimiento de una obligación.*
- *Establecimiento de un deber, entendiéndose por tal una responsabilidad a cumplir obligatoriamente. El deber es, así, una responsabilidad genérica (aunque obligatoria), que no se confunde con la obligación, que es un mandato de dar, hacer o no hacer algo específico.*
- *Creación de instituciones, como por ejemplo la creación de una empresa pública, de un Ministerio o de organismos similares.*
- *Creación de una situación jurídica.*
- *Creación de una relación jurídica*

- *Suspensión, modificación o derogación de normas existentes*
- *Establecimiento de sanciones”.*

- **El nexó**

El tercer elemento de la norma jurídica es el nexó, al que el Dr. RUBIO, Correa (2008), define como *“el elemento vinculante entre supuesto y consecuencia, con un carácter de deber ser que lo ubica en el ámbito de la necesidad lógico-jurídica”*. El autor agrega que *“el nexó es una abstracción lógica que tiene un claro lugar entre el supuesto y la consecuencia si esquematizamos la norma jurídica, pero no figura en la redacción misma del texto normativo”*.

De esta manera, el nexó es necesario porque el Derecho asume que la consecuencia debe ocurrir a partir de la verificación del supuesto en la realidad. Es más, para garantizarlo, se cuenta con el apoyo de la fuerza pública.

C. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Respecto a la clasificación de las normas, el jurista argentino, GUASTINI, Riccardo (2004), en su obra *“Proyecto para la voz ‘Ordenamiento Jurídico’ de un Diccionario”*, considera que conviene distinguirlas desde, al menos, cuatro perspectivas, que estudiamos a continuación:

- **NORMAS ORIGINARIAS Y NORMAS DERIVADAS**

Respecto a las normas originarias, GUASTINO, Ricardo (2004), en la obra citada, sostiene que *“son originarias – independientes, soberanas– las normas cuya pertenencia al ordenamiento no depende de la (previa) existencia de*

otras normas. Son tales las normas constitucionales o, si se quiere, las normas de la “primera” constitución. Las normas constitucionales, en efecto, son –por definición– fruto del ejercicio de poder constituyente, o sea, de un poder extraordinario, no conferido ni regulado por ninguna norma preexistente (de otra forma, se trataría, de un poder no constituyente, sino constituido)”. Por tanto, bajo la orientación de este doctrinario, las normas originarias son todas aquellas cuyo fundamento de validez, no depende de otra norma superior, por lo que ésta únicamente puede ser la primera constitución, es decir, la norma fundamental.

Por su parte, respecto a las normas derivadas, GUASTINO, Ricardo (2004), expone que *“son todas las normas restantes: es decir, todas aquellas cuya existencia reposa –dinámica o estáticamente– en la previa existencia de otras normas, o porque (a) han sido dictadas por un sujeto investido de autoridad normativa por una norma preexistente, o porque (b) derivan lógicamente (o pseudo-lógicamente) de normas preexistentes”*. De lo que podemos concluir que las normas derivadas, contrario sensu de la categoría anterior, serían aquellas, cuyo fundamento de validez depende de otra norma superior que ha autorizado a un órgano determinado su creación.

- **NORMAS FORMULADAS Y NORMAS IMPLÍCITAS**

Al respecto, como es de conocimiento general, las normas son reglas, implícitas o explícitas (formuladas) que regulan la vida social en un determinado tiempo y lugar.

En el caso de las normas formuladas o explícitas, GUASTINO, Ricardo (2004) en la obra citada, sostiene que *“son normas que, precisamente, encuentran una expresa*

enunciación en alguna disposición normativa (o en un fragmento de disposición normativa). Su entendimiento no aparece mayor complejidad ni explicación.

Por el contrario, las normas implícitas, nuevamente citando a GUASTINO, Ricardo (2004), “son aquellas *extraídas de las normas formuladas (o de una combinación de normas formuladas, o de una combinación de fragmentos de normas formuladas) mediante procedimientos argumentativos lógicos (es decir, deductivos) o pseudo-lógicos (por ejemplo, por vía de analogía)*”. Es decir, sería un precepto que no es el contenido de una disposición, sino el producto de operaciones lógicas (deductivas, inductivas, analógicas).

- **NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS**

Respecto a esta clasificación GUASTINO, Ricardo (2004), en su mismo trabajo, considera que “*se suele llamar primarias a las normas comunes de conducta, o sea, las normas que atribuyen o imponen situaciones jurídicas subjetivas (derechos, obligaciones, etc.) a los ciudadanos comunes*”. De ahí que podamos considerar que las normas primarias son las normas de conducta que la califican como prohibida, permitida y obligatoria. La doctrina autorizada coincide en establecer que, en los ordenamientos de tipo liberal, el conjunto de las normas primarias está cerrado por el principio de libertad: “Todo lo que no está expresamente prohibido está (implícitamente) permitido”.

Por otro lado, respecto a las normas secundarias, GUASTINO, Ricardo (2004), sostiene que “*se llaman así, más precisamente: las meta-normas—sobre la producción y la aplicación del Derecho, a aquellas que confieren poderes*

(“legislativos” en sentido material, ejecutivos, jurisdiccionales) y regulan su ejercicio. Dentro de las normas secundarias ocupan un lugar especial las llamadas normas ‘sobre la producción jurídica’, o normas sobre las fuentes: es decir, las que confieren, y regulan el ejercicio de, competencias normativas”. De donde se puede advertir que las normas secundarias no tienen por objeto crear obligaciones o regular conductas, sino atribuir poderes o facultades de creación. Igualmente, tal cual ocurrió en el caso de las normas primarias, la doctrina autorizada considera que, en los ordenamientos de tipo liberal, el conjunto de las normas secundarias está cerrado por el principio de legalidad: “Todo lo que no está expresamente permitido está (implícitamente) prohibido”.

- **NORMAS VÁLIDAS Y NORMAS INVÁLIDAS**

En cuarto lugar, conviene distinguir brevemente entre normas válidas y normas inválidas, ya que el desarrollo de la validez normativa será más ampliamente estudiado en el ítem siguiente.

Respecto a ello, GUASTINO, Ricardo (2004), en el trabajo ante citado, sostiene que *“se llama válida toda norma que sea formalmente conforme y materialmente no incompatible con las normas y metanormas que son, respecto de ella, formal y materialmente superiores. Pero la validez no es condición necesaria de “existencia jurídica” (esto es, de pertenencia al ordenamiento) de una norma. De hecho, en todo ordenamiento existen fatalmente también normas inválidas: leyes inconstitucionales, reglamentos contra legem, etc. Normas que pueden también ser durante un largo tiempo observadas y aplicadas antes de que su invalidez sea (constitutivamente) reconocida por el órgano*

competente para ello". Por tanto, para este autor, en todo ordenamiento jurídico, existen normas válidas e inválidas, y nos sugiere que no confundamos validez con pertenencia al ordenamiento, por cuanto todas, hasta las normas inválidas, pese a sus vicios de formación, pertenecen al sistema.

D. VALIDEZ, VIGENCIA Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

• VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

En la doctrina nacional, el profesor RUBIO, Marcial (2008), en su obra "El Título Preliminar del Código Civil", reconoce que *"en principio, la norma válida es solo aquella que sigue determinados cánones de forma y fondo. Los formales son los que prescribe la configuración de las fuentes del Derecho dentro de cada sistema jurídico particular. Desde el punto de vista de fondo, la norma es válida cuando no resulta incompatible con otras de rango superior"*.

El comentario de este autor tiene correlato con el mandato establecido en los Artículos 51° y 138° de la Constitución Política del Perú, que a la letra establecen:

Artículo 51° "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

Artículo 138° "(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente,

prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

De donde se puede advertir que existe una diferencia objetiva entre norma vigente y norma válida, la primera será aquella que haya sido producida cumpliendo todos los requisitos de trámite necesarios, y que por ese solo hecho, en principio, debe regir y ser obedecida. Mientras que la norma válida, sería aquella que, en adición a estar vigente, cumple con los requisitos de no incompatibilidad con otras de rango superior. Por lo que, toda norma válida es por definición vigente; pero no necesariamente toda norma vigente es válida y, por tanto, puede ocurrir que no deba ser aplicada en obediencia al mandato de los artículos 51 y 138 de la Constitución.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional Peruano en la Sentencia de fecha 10 de diciembre del 2003, recaída en el Expediente N° 0014-2003-AI/TC (FJ 15), ha expuesto que, *“para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica”*. Esto es, el concepto de validez alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al íter procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores

expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

Asimismo, como sostiene HAKANSSON, Carlos (2009), en su obra “Curso de Derecho Constitucional”, *“el criterio de validez por excelencia para determinar la constitucionalidad de una norma se sustenta en el principio de supremacía. De esta manera, el respeto a las disposiciones constitucionales y su bloque de constitucionalidad se convierte en el parámetro que determinará la validez del ejercicio del control a la producción de normas”*.

A su vez, este doctrinario ilustra cuáles serían a su criterio los supuestos por los cuales una ley, o norma con rango de ley, incurrirían en vicios de inconstitucionalidad formal (defectos en la producción de las normas) o en vicios de inconstitucionalidad por infracciones de fondo (por infringir o colisionar con los preceptos constitucionales):

- **VIGENCIA**

Respecto a la vigencia de las leyes, el jurista nacional, GUTIERREZ-TICSE, Gustavo (2013), en su obra “La Constitución Política del Perú”, cita la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, en la que el Colegiado sostiene que *“la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial El Peruano, está directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de estos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas”*.

Respecto a esto último, el profesor peruano CHANAMÉ, Raúl (2015), en su obra *“La Constitución Comentada”*, expone que *“la publicación es la última e imprescindible fase para la formación de una ley. Es el mecanismo por el cual una ley entra en vigor, con toda su fuerza obligatoria, para todos los habitantes del Estado (...). la iniciación de la vigencia de una ley está regida, según nuestro ordenamiento constitucional, por la aplicación inmediata de ésta a los hechos, a las relaciones y a las situaciones jurídicas. Asimismo, la ley tiene un momento en que inicia su vigencia y otro en que ésta termina. Para acabar con la vigencia de una ley, esta podrá ser derogada (de manera total o parcial), así como, ser abrogada (es decir, dejarla sin efecto de manera total)”*.

Por su parte, GARCÍA TOMA, Víctor (2010), en su clásico trabajo *“Teoría del Estado y Derecho Constitucional”*, hace la importante aclaración que la doctrina distingue entre derecho vigente y derecho válido, sosteniendo que *“con la expresión derecho vigente se designa al conjunto de normas imperativo-atributivas que, en cierta época y país, el Estado prescribe, declara y reconoce como obligatorias. Dichos preceptos además de comprender las facultades, atribuciones, deberes, responsabilidad, etc., existentes en el seno de una colectividad política, rige y regula las relaciones jurídicas que se producen a partir de la fecha en que es exigible su cumplimiento. En cambio, el derecho válido alude al conjunto de normas que han sido declaradas vigentes por el Estado, respetando los principios de constitucionalidad, legalidad o subordinación subsidiaria, así como elaboradas siguiendo el iter procedimental previamente establecido por el ordenamiento jurídico del cual forma parte”*.

En este contexto, una norma declarada vigente por el Estado, alcanzará el estatus de norma válida, cuando logre acreditar lo siguiente:

- a. Haber sido dictada por la autoridad estatal con competencia para dicha actividad.
- b. Haber sido dictada observándose las disposiciones procedimentales relativas a su formulación, aprobación y promulgación.
- c. Haber sido dictada observándose respeto y coherencia material con las normas de mayor jerarquía existentes en el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, en nuestro país, para que una norma jurídica esté vigente, debe haber sido producida siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. Lo que se condice con la posición de RUBIO, Marcial (2013), en su obra *“La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, donde concluye que *“la vigencia es, prácticamente, una circunstancia de hecho en relación con el nacimiento de la norma: si la dictó el órgano competente siguiendo el procedimiento establecido y la promulgó el órgano a su vez competente para ello, entonces la norma está vigente”*.

- **EFICACIA**

Finalmente, como vimos, la vigencia de una norma jurídica depende, prima facie, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51° de la Constitución Política, por lo que, cumplido este procedimiento, podríamos considerar

que la norma se ha tornado en eficaz, y por tanto en exigible. De este modo, el efecto práctico de la *vigencia* de una norma es su *eficacia*.

En ese sentido, es relevante citar lo que el Tribunal Constitucional Peruano expuso en la Sentencia emitida en el Expediente N° 0014-2002-AI/TC, en la que sostiene que *“aun cuando la publicación forma parte de la eficacia integradora del procedimiento legislativo, la ley tiene la condición de tal (es decir, queda constituida) una vez que ha sido aprobada y sancionada por el Congreso de la República. En efecto, tal y como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 51°, in fine, y del artículo 109° de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no su constitución, pues esta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas”*, de lo que se concluye que una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, por no haber cobrado vigencia.

E. FUENTES DE DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

GARCÍA TOMA, Víctor (2001), en su obra antes citada, sostiene que *“las fuentes del derecho son todas las instancias posibles de relación intersubjetiva. Expresan aquellos elementos que permiten obtener el asentimiento comunitario que requiere la norma para ser vigente, válida y eficaz”*.

Al respecto, GUASTINI, Riccardo (2016), en su obra *“Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos”*, sostiene que es muy importante diferenciar entre fuente formal y fuente material, *“la primera le atribuye calidad de fuente del derecho a todo acto autorizado por una norma de producción jurídica que regule el*

nomen iuris del acto (en el Perú: ley, decreto legislativo, reglamento, resolución suprema, etc.), el órgano, el procedimiento, sin interesar el contenido del acto; de allí que los criterios de identificación de la fuente del derecho sean formales; la segunda le atribuye la calidad de fuente del derecho a todo acto genuinamente normativo; esto es, que genere cambios en el ordenamiento jurídico por contener comandos generales y abstractos sin que interesen criterios formales; de ahí que los criterios sean, más bien, materiales, o que apunten al contenido del acto normativo”.

Sin embargo, finalmente este jurista alega que *“las fuentes del derecho son las que el propio ordenamiento dice que son, para lo cual debe respetarse las normas de producción jurídica que indican cómo esos actos normativos (fuentes) deben producirse”.*

Según la doctrina comúnmente aceptada, son fuentes del derecho interno:

- La Constitución
- La Ley en sentido amplio, que abarca todas las normas de rango legal emanadas tanto del poder legislativo, como el poder ejecutivo.
- La costumbre.
- Los principios generales del derecho y la jurisprudencia.
- Los reglamentos emanados del poder ejecutivo.
- La doctrina, en tanto que puede influir en la adopción de normas o criterios de interpretación.

La prelación de fuentes la establece cada ordenamiento jurídico de forma diferente. Para el caso peruano, la norma que establece la relación de fuentes del derecho, es nuestra actual Constitución Política de 1993, la misma que las reconoce en los siguientes preceptos normativos:

Artículo 45°. - *“El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.*

Artículo 146°, inciso 1.- *“El Estado reconoce a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Solo están sujetos a la Constitución y la ley”*

Artículo 139°, inciso 8.- *“Son principios y garantías de la función jurisdiccional: 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”*

Artículo 200°.- *“Son garantías constitucionales: 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.*

De donde podemos identificar que la Constitución ha reconocido como fuentes del derecho peruano a fuentes normativas: Constitución, Ley, Normas con rango de ley, y otras normas; así como a fuentes no normativas: principios generales del derecho y derecho consuetudinario

Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano, haciendo referencia a la jerarquía normativa, desarrolla en su sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, la estructura piramidal con que cuenta el ordenamiento jurídico peruano, que incluye las siguientes cinco categorías normativas en orden decreciente:

- i. *“La primera integrada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional,*
- ii. *La segunda por la ley y normas con rango de ley, donde se incluye a las leyes orgánicas, las leyes ordinarias en sus distintas denominaciones [leyes generales, de bases, de desarrollo constitucional, etc.], los tratados (aprobados por el Congreso), los decretos legislativos, las resoluciones legislativas, el Reglamento del Congreso, las ordenanzas municipales, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas regionales, el decreto de urgencia y los decretos leyes;*
- iii. *La tercera por los decretos y normas de naturaleza ejecutiva;*
- iv. *La cuarta por las resoluciones -asumimos que se refiere a las resoluciones judiciales, sin distinción-; y,*
- v. *La quinta por las normas con interés de parte”*

Siendo ésta la estructura normativa que expone el Tribunal Constitucional, podemos advertir que de la comparación de la Constitución con la sentencia (antes vista), ésta considera tres normas más que aquélla (las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales y los decretos-ley) como normas con rango de ley y, por tanto, susceptibles de ser controladas mediante la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, pese a esta problemática surgida por la Sentencia del Tribunal respecto a las normas que integran el grupo de normas con rango de ley, en la presente investigación no ahondaremos en dicho análisis, y nos centraremos en el estudio de la ley en sí misma, como principal fuente normativa que rige en nuestro país.

F. LA LEY

- **DEFINICIÓN**

La ley en términos generalmente aceptados, es la norma jurídica por excelencia, otorgada por el Poder Legislativo, por encargo de la voluntad popular, que regula determinados aspectos de la vida y de las actividades que desarrollan los ciudadanos dentro del territorio nacional, su cumplimiento es obligatorio e ineludible, y se considera conocida por todos, desde su publicación en los medios oficiales. El apartamiento o incumplimiento de las leyes, genera consecuencias jurídicas contra el infractor.

Para el jurista CHANAMÉ, Raúl (2015), en su obra “La Constitución Comentada”, la ley *“es un precepto limitativo, prohibitorio, declarativo o resolutivo que obliga a realizar un hecho, o lo prohíbe o limita o restringe alguna acción, aunque la ley también puede ser permisiva o facultativa, autorizando a hacer o no un acto, a voluntad del interesado. En otras palabras, podemos decir que la ley es una declaración de la voluntad soberana y la nación, formula por el Parlamento en la forma señalada por la Constitución, por la que se manda, permite, prohíbe o realiza alguna cosa”*.

Por su parte, TORRES, Aníbal (2015), en su trabajo “Introducción al Derecho”, respecto a la definición de ley, reconoce que *“hay un concepto formal y otro material o sustancial de ley. Conforme al esquema de separación de poderes, corresponde al poder legislativo la facultad de dictar las leyes por las cuales ha de regirse la comunidad. (...) En sentido formal se entiende por ley a todo precepto jurídico dado por el Congreso (poder legislativo), aprobado mediante el procedimiento prescrito en la Constitución,*

promulgada por el presidente de la república y publicada en el Diario Oficial; (...); En sentido material es toda regla de Derecho, todo precepto normativo escrito y creado por los órganos estatales dentro del límite de sus respectivas competencias. En sentido material, amplio, ley es la Constitución (Creada por el poder constituyente), la ley (dada por el Congreso), los reglamentos (producidos por el poder ejecutivo), las resoluciones, las ordenanzas municipales, los edictos municipales, etc. La ley material proviene de los diversos órganos del Estado (del poder legislativo, del poder ejecutivo y de los demás órganos autónomos del Estado), a diferencia de la costumbre, que procede de la comunidad”.

Sobre esto último, respecto a la ley en sentido material, el Tribunal Constitucional Peruano en su sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, sostiene que deben tenerse presentes dos puntos: *“En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102° de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45° de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Y en segundo lugar, que para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan”.*

Por lo que, considerando estas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales autorizadas, entendemos la ley como la norma otorgada por el Poder Legislativo, como representante de la voluntad popular, y que se emite para regular la vida social con fuerza obligatoria.

- **PRODUCCIÓN DE LA LEY**

Respecto al nacimiento de la ley, podemos identificar el siguiente procedimiento: formulación, aprobación, promulgación y, publicación.

Nuestra Constitución Política ha tenido la providencia de establecer en los siguientes preceptos, los pasos de cumplimiento ineludible para el nacimiento de una ley válida, así:

Iniciativa Legislativa

Artículo 107°: El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo, lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.

Proyectos de Ley

Artículo 105°: Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso. Tienen preferencia del

Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia.

Promulgación de las Leyes

Artículo 108° de la Constitución Política, establece que, “La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

Vigencia y obligatoriedad de la Ley

Artículo 109°: La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Respecto a la iniciativa legislativa, CHANAMÉ, Raúl (2015), en la obra antes citada, reconoce a aquella como “*la primera etapa de la creación normativa, es la facultad constitucional que permite proponer un proyecto de ley para que sea debatido y posteriormente aprobado, de ser el caso, por el Congreso de la República. Dicho proyecto de ley, debe contener los siguientes requisitos: la exposición de motivos, los supuestos efectos de la norma que se propone, el análisis costo-beneficio de la disposición, y la fórmula legal respectiva (dividida de ser necesario, en títulos, capítulos,*

secciones y artículos). Estos motivos podrán ser exceptuados debido a motivos extraordinarios”.

Asimismo, respecto a la promulgación de las leyes, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0019-2006-PI/TC, estableció que, *“aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad de las leyes, existe, sin embargo, de conformidad con el Artículo 108° de la Constitución, la obligación del Congreso de la Republica y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes del Tribunal Constitucional.(...)”*. Lo que CHANAMÉ, Raúl (2015), resume de la siguiente manera, *“el trámite normal de la ley es el siguiente: aprobada la ley en el Congreso, se envía al Presidente para su promulgación en el plazo de 15 días. Una vez que el Presidente promulga la ley aprobada por el Congreso, queda sancionada y se convierte en regla obligatoria según el Artículo 109°”*.

TÍTULO II

EL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES

I. EL MEDIO AMBIENTE

1.1. DEFINICIÓN DE MEDIO AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

A. EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

En el Perú, a lo largo de su vida constitucional, las únicas constituciones que mencionan genéricamente sobre el medio ambiente y su protección, son las Constituciones de 1979 y 1993. La Constitución Política de 1979, incluyó dentro del CAPITULO II DE LOS RECURSOS NATURALES, del TITULO III sobre EL RÉGIMEN ECONÓMICO, el Artículo 123°, sobre el derecho de todos a *“habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”*.

Lo mismo pasa en nuestra actual Constitución de 1993, que incorpora dentro del CAPITULO I sobre DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA, del TITULO I, DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD, el Artículo 2.22, *sobre el derecho de toda persona a “la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”*. Al respecto, YACOLCA, Daniel (2009), en la obra antes citada, sostiene que *“la Constitución incorpora restringidamente al derecho de habitar en ambiente saludable, desde una perspectiva limitada a los derechos de la persona y del tenor del mismo, es reconocible que se limita a los recursos naturales (teoría muy estricta)”*.

Para este autor, *“De ambas normas constitucionales fluye con claridad que solo se menciona el derecho y deber ambiental de todo ciudadano con relación a habitar en un medio ambiente adecuado; sin embargo, no se define en qué consiste el medio ambiente o qué elementos integran su contenido. Del mismo modo, se puede mencionar que en ambos casos se puede vincular a la teoría muy estricta”*, lo cual comparto.

Finalmente, para YACOLCA, Daniel (2009), *“la noción de ambiente desde nuestra posición coincide con la posición tripartita de Giannini, que sería el ambiente en cuanto a conservación del paisaje, incluyendo tanto las bellezas naturales como monumentos y centros históricos; el ambiente en cuanto protección del suelo, aire y agua; y, el ambiente en cuanto objeto de la disciplina urbanística. Es decir, elementos ambientales-culturales, elementos ambientales-naturales, y urbanismo. Adicionándose los elementos sociales que son de vital importancia para la existencia humana, puesto que el problema de la degradación ambiental se produjo por el consumismo desordenado originado por elementos sociales realizados por el hombre. Así, la solución también debe ser contemplada desde la misma perspectiva, como una especie de antídoto. El consumo debe ser limitado a bienes y servicios que no degraden el medio ambiente. El futuro depende de cómo cambiemos nuestros hábitos, caso contrario, solo nos espera la extinción”*.

B. EN EL ÁMBITO LEGAL

En sentido amplio, la legislación ambiental peruana comprende todas las normas legales vigentes, promulgadas por los diversos organismos públicos de los niveles de gobierno nacional, regional y local (a saber, Tratados Internacionales, Constitución, Leyes,

Decretos, Resoluciones, etc.) que directa o indirectamente inciden sobre el ambiente y sobre el desarrollo adecuado de la vida.

Así, el Compendio de la Legislación Ambiental Peruana comprende las normas que regulan los elementos asociados al ambiente natural o biósfera (aire, suelos, aguas, recursos naturales no renovables, diversidad biológica, etc.) al ambiente humano o tecnosfera (las ciudades y los aspectos asociados a su administración como la salud ambiental, la generación de residuos sólidos, emisiones gaseosas, vertimientos residuales, radiaciones no ionizantes, patrimonio cultural, etc.) y al ambiente en su conjunto. Éstas últimas son las normas ambientales propiamente dichas.

De manera especial, en nuestro país, en el mes de octubre del año 2005, el Congreso de la República aprobó en mayoría parlamentaria, la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, publicada para su entrada en vigor, el 15 de octubre de 2005, que derogó al antiguo Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990.

Esta norma inició definiendo al entorno o ambiente como el *“conjunto de elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico, que en forma individual o asociada conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas, así como la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”*, y contempla los siguientes preceptos relevantes:

Artículo 1. Del derecho y deber fundamental: Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la Vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de

proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.

Artículo 2° Del ámbito

[...l 2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al 'ambiente' o a "sus componentes" comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la Vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

Artículo 19° De la planificación y del ordenamiento territorial ambiental

19.2 El ordenamiento territorial ambiental es un instrumento que forma parte de la política de ordenamiento territorial. Es un proceso técnico-político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio.

Artículo 69° De la relación entre cultura y ambiente

La relación entre los seres humanos y el ambiente en el cual viven constituye parte de la cultura de los pueblos. Las autoridades alientan aquellas expresiones culturales que contribuyan a la conservación y protección del ambiente y desincentivan aquellas contrarias a tales Enes.

Artículo 81° Del turismo sostenible

Las entidades públicas, en coordinación con el sector privado, adoptan medidas efectivas para prevenir, controlar y mitigar el deterioro del ambiente y de sus componentes, en particular, los recursos naturales y los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación asociado a ellos, como consecuencia del desarrollo de infraestructuras y de las actividades turísticas y recreativas, susceptibles de generar impactos negativos sobre ellos.

Artículo 84° Del concepto

Se consideran recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la ley”.

Lo más importante de esta ley, es que logra conceptuar por primera vez a nivel de ley al ambiente.

II. LOS RECURSOS NATURALES

2.1. DEFINICIÓN DE RECURSOS NATURALES EN LA DOCTRINA

SEINFELD, Janice (1998), en su obra “Introducción a la Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente”, sostiene que “*los recursos naturales son elementos o bienes de la naturaleza que el hombre puede aprovechar para satisfacer sus necesidades y a los cuales podemos clasificar en dos grandes grupos: recursos renovables y recursos no renovables*”.

Por su parte, ANDALUZ, Carlos (2016), en su obra “Manual de Derecho Ambiental”, ilustra que, “*los recursos naturales son aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre, es decir, son los elementos naturales que el ser humano*

aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales”, y aclarar por tanto que, “(los recursos) se diferencian de los elementos naturales en que estos conforman todas aquellas cosas que la naturaleza brinda, independientemente de su utilidad. Una erupción volcánica constituye un elemento natural, pero si usamos la energía geotérmica del volcán para satisfacer alguna necesidad material, la erupción se torna en un recurso natural. Una formación geológica a la que no se le da uso material alguno -el de cantera, por ejemplo- también es un elemento natural; pero si esa formación geológica brinda placer estético o recogimiento espiritual, entonces constituye un recurso natural (belleza panorámica o escénica)”.

De ahí que, estamos frente a recursos naturales, cuando estos le generan algún provecho al ser humano, pues no todo lo que existe en la naturaleza per se, es aprovechable o beneficioso, y por tanto, no todo elemento natural es susceptible de ser recurso, ya que terremotos, maremotos, fenómenos climáticos, no solo carecen de aptitud para usarse en provecho humano, sino que son indeseados.

SEINFELD, Janice (1998) en la obra citada, agrega que, *“actualmente, los recursos naturales y el medio ambiente son considerados por la economía, tomando en cuenta su relación con la actividad humana, como un conjunto de activos que proveen diversos servicios. Son activos muy especiales, puesto que brindan los sistemas de soporte de la vida que permiten nuestra existencia, pero al fin y al cabo son activos”.*

Los recursos naturales, son elementos aprovechables porque nos proporcionan en sí mismos, o a través las materias primas que se transforman, en fuente de productos para los consumidores y en energía que permite el proceso de transformación.

2.2. DEFINICIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Tal cual lo indicamos en el apartado anterior sobre definición jurídica del medio ambiente, respecto a los recursos naturales, en nuestro país también contamos con dos normas principales a nivel legislativo, que hacen referencia a esta noción, veamos:

A. LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES, LEY N° 26821

En nuestro país, en el año 1997, se expidió una ley especial que normó el régimen de aprovechamiento sostenible de todos los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares en cumplimiento del mandato contenido en los Artículos 66 y 67 del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente (hoy derogado por la Ley General del Ambiente) y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú.

El objetivo de esta ley contemplado en su Artículo 2° fue el de *“promover y regular el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, renovables y no renovables, estableciendo un marco adecuado para el fomento a la inversión, procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y del ambiente y el desarrollo integral de la persona humana”*.

Y nos ofrece una definición de recursos naturales, en los siguientes términos *“Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por*

el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

- a. las aguas: superficiales y subterráneas;*
- b. el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;*
- c. la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;*
- d. los recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;*
- e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico;*
- f. los minerales;*
- g. los demás considerados como tales.*

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley.

Lo cual concuerda con la definición que nos proporciona la Ley General del Ambiente.

B. LEY GENERAL DEL AMBIENTE, LEY N° 28611

Esta norma vigente desde el 16 de octubre de 2005, contempla en su Artículo 84° que *“se consideran recursos naturales a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la ley”*.

Estas definiciones por un lado, coinciden con la posición de la aprovechabilidad de los recursos para ser considerados recursos naturales; sin embargo, por otro lado, abre un debate intenso sobre el valor económico de los mismos, al atribuir que estos deben ser ponderados por las reglas del mercado.

Respecto a ello, tal cual advierte ANDALUZ, Carlos (2016), en la obra antes citada, *“no es correcto que se vincule a los recursos naturales solo con el valor en el mercado (precio), puesto que el mercado no es lo único que rige cuando hablamos de satisfacción de necesidades; hay muchas cosas que están en la naturaleza y resultan de gran utilidad sin que tengan valor en el mercado, por ejemplo: el bosque nos brinda muchas plantas con propiedades curativas que no tienen valor (precio) en el mercado porque ni siquiera son conocidas por el común de las personas y por lo tanto no están en el mercado, pero no por ello debemos concluir que no son recursos. Existen también otros recursos que son útiles para las prácticas religiosas o simplemente para gozar de su contemplación, tales recursos los obtenemos directamente de la Naturaleza, es decir, no hemos pasado por el mercado para adquirirlos porque no hemos pagado precio alguno, lo que no debiera significar que carecen de aptitud para ser considerados recurso natural y, por lo tanto, merecedores de regulación para su aprovechamiento sostenible”*. La posición de este doctrinario, abre un debate muy interesante, que puede ser materia de nuevas investigaciones.

2.3. RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y NO RENOVABLES

A. RECURSOS RENOVABLES

ANDALUZ, Carlos (2016), en el trabajo antes citado, sostiene que *“los recursos renovables, son aquellos que usados de modo sostenible son duraderos porque se auto renuevan, es decir, tienen la aptitud de auto regenerarse o de auto depurarse si no se excede su capacidad de carga. Incluso, en muchos casos, tienen la capacidad de recuperarse al estado original luego de sufrir eventos que suponen una severa alteración, tales como incendios*

forestales, cambio de uso del suelo, deslaves, derrames de contaminantes, etc.; a esa cualidad se denomina resiliencia”.

De esta manera, los recursos naturales renovables son aquellos que pueden estar sometidos a un uso permanente, sin sufrir su agotamiento por la capacidad de regeneración natural; sin embargo, aunque pueden regenerarse, el exceso de uso o la sobreexplotación pueden causar su extinción de manera irreversible.

Los recursos que tienen esta aptitud y por ello se consideran renovables son los siguientes: agua, atmósfera, aire, tierra, flora y fauna silvestres (que forman parte de la diversidad biológica), bellezas panorámicas y escénicas. También lo son ciertas formas de energía como la hidroeléctrica, solar, eólica (de los vientos), mareomotriz (movimiento vertical por las subidas y bajadas de las mareas) y de las olas del mar (movimiento lateral del mar)”.

B. RECURSOS NO RENOVABLES

ANDALUZ, Carlos (2016), en la obra ya citada, expone que “los recursos no renovables son todos aquellos cuyo aprovechamiento lleva indefectiblemente a la extinción de la fuente productora, ya que éstos no se auto renuevan. El uso sostenible de estos recursos está orientado a la modificación de patrones de producción y consumo, a efectos de no malgastarlos y de ser posible reaprovecharlos (reciclarlos o reutilizados); asimismo, a que durante el proceso de extracción, transformación, transporte y comercialización de estos recursos no se afecte significativamente el ambiente y sus componentes”.

De esta manera, los recursos no renovables son aquellos que una vez extraídos pueden ser aprovechados en una o determinadas veces, pero cuya extinción es inevitable, por ello su uso razonable

es una prioridad. Dentro de este grupo, se encuentran *principalmente los recursos mineros, recursos energéticos como el petróleo, el gas natural y el carbón.*

Considerando lo anterior, la Ley General del Ambiente en su Artículo 93° establece que *“La conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales deberá enfocarse de manera integral, evaluando científicamente el uso y protección de los recursos naturales e identificando cómo afectan la capacidad de los ecosistemas para mantenerse y sostenerse en el tiempo, tanto en lo que respecta a los seres humanos y organismos vivos, como a los sistemas naturales existentes”*. Esta constatación obliga a usar los recursos naturales no renovables teniendo en cuenta el impacto que tal uso puede tener en la naturaleza; porque estos no tienen la capacidad ilimitada de auto regenerarse.

2.4. PROPIEDAD SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

A. SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

En este extremo, expondremos lo que nuestra Constitución refiere respecto a la propiedad de los recursos naturales, para luego pasar a discutir sus alcances en los apartados siguientes:

Al respecto, la Constitución Política dispone por un lado en su Artículo 66° que, *“los recursos naturales renovables y no renovables; son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento de particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”*. Reconociendo que los recursos naturales son patrimonio de la Nación; y por otro lado, de la redacción de su Artículo 71°, sobre *“En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los*

peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley”, se infiere que los recursos naturales son propiedad del Estado. Aunque la redacción no sea buena, la inferencia no ofrece problemas, aunque siendo más clara la del Artículo 37° de la Constitución de 1933 derogada, según el cual “Las minas, tierras, bosques y aguas, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos”.

Asimismo, la Presidencia del Consejo Ministros (Poder Ejecutivo), en el año 2004, dio el Decreto Supremo N° 023-2004-PCM, sobre “Jerarquización de los Bienes del Estado por su Alcance Nacional, Regional y Local, en el Marco del Proceso de la Descentralización”, en cuya exposición de motivos expuso que “*el Estado Peruano es propietario de los bienes muebles e inmuebles ubicados en el territorio de la República y en el extranjero que le corresponden por ley y ejerce su dominio administrativamente, a través del Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales*”, sin embargo, de la lista de bienes prevista en los numerales siguientes, no se hace mención expresa a los recursos naturales propiamente dichos:

Artículo 2.- La jerarquización de los bienes del Estado Determinar la jerarquización de los bienes del Estado, según los siguientes lineamientos:

1. *De alcance local:*

- a. *Los bienes muebles e inmuebles de uso público destinados a servicios públicos municipales.*
- b. *Los edificios municipales y sus instalaciones y en general, todos los bienes adquiridos, construidos y sostenidos por la municipalidad;*
- c. *Los terrenos eriazos, abandonados y ribereños que le transfiera el Gobierno Nacional;*
- d. *Los bienes muebles e inmuebles que les transfieran los Sectores del Gobierno Nacional o los Gobiernos Regionales, para el cumplimiento de sus fines institucionales, conforme a los Planes Anuales de Transferencia de Competencias Sectoriales;*
- e. *Los legados o donaciones que se instituyan en su favor;*
- f. *Los bienes que adquiera, conforme a ley.*

2. *De alcance regional:*

- a. *Los bienes muebles e inmuebles que les fueron transferidos por los Consejos Transitorios de Administración Regional, en el marco del proceso de la descentralización;*
- b. *Los bienes muebles e inmuebles de que les fueron transferidos por los Consejos Transitorios de Administración Regional, en el marco del proceso de la descentralización, y que a la fecha son materia de ordenamiento y saneamiento, conforme a Ley;*
- c. *Los bienes muebles e inmuebles que les transfieran los Sectores del Gobierno Nacional, para el cumplimiento de sus fines institucionales, conforme a los Planes Anuales de Transferencia de Competencias Sectoriales;*
- d. *Los bienes que adquiera, conforme a ley.*

3. *De alcance nacional:*

- a. *Los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado inscritos en los Registros Públicos a favor del Estado o de una entidad pública conformante del Gobierno Nacional;*
- b. *Los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado no inscritos en los Registros Públicos como propiedad privada, ni en el Sistema de Información Nacional de Bienes de Propiedad Estatal;*
- c. *Los bienes muebles e inmuebles del Estado no registrados como activos de los Gobiernos Regionales, ni de los Gobiernos Locales, excepto los considerados en el punto 2.b del presente artículo;*
- d. *La infraestructura pública a cargo de la administración de Entidades públicas conformantes del Gobierno Nacional, excepto las Empresas Estatales que deberán ser jerarquizadas mediante norma específica;*
- e. *La infraestructura y equipos de la Defensa y Seguridad Nacional, Orden Interno, Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;*
- f. *Los bienes muebles e inmuebles reservados para la administración de una entidad pública, conforme a norma legal expresa;*
- g. *Los bienes muebles e inmuebles del Gobierno Nacional ubicados en el extranjero, en calidad de sedes diplomáticas, militares, policiales, incluyendo aquellos reconocidos como tales por las leyes y tratados internacionales;*
- h. *Los bienes que adquiera conforme a ley.*

Asimismo, en el año 2007, el Congreso de la República dio la Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Ley N° 29151, que tuvo por objeto “*establecer las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional*”

de Bienes Estatales, en el marco del proceso de modernización de la gestión del Estado y en apoyo y fortalecimiento al proceso de descentralización”, y en su Artículo 3° contempló como bienes estatales a “los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan”, sin hacer nuevamente referencia expresa a los recursos naturales dentro de esta categoría.

B. SEGÚN LA DOCTRINA

Partiendo de lo anterior, ANDALUZ, Carlos (2016), en la obra citada, comenta que “llama la atención este texto (haciendo referencia al Artículo 66° de la Constitución Política), pues a diferencia de las constituciones de 1920, 1933 y 1979, que declaran explícitamente que los recursos naturales pertenecen al Estado, la de 1993 no hace alusión expresa a la propiedad del Estado sobre los recursos naturales”

De la lectura de la Constitución, se advierte que ésta define que los recursos naturales son patrimonio de la nación, sin embargo, consideramos que este es un concepto más sociológico que jurídico; en otras palabras, significa que los recursos naturales son de todos los peruanos, pero ninguno de nosotros, ni siquiera el Estado -que es representante de la nación- puede disponer de ellos de forma exclusiva.

Respecto a ello, ANDALUZ, Carlos (2016), considera que “cuando se establece que un bien tenga la calidad de patrimonio de la Nación significa que es de interés nacional y, como tal, debe regularse la modalidad de los derechos otorgados sobre los mismos y, si es necesario, sobre la base del dominio eminente que sobre todas las cosas tiene el Estado, deben fijarse limitaciones

para el ejercicio de esos derechos, sea quien fuere el titular de los mismos”.

Es decir, cuando se dice que un bien es Patrimonio de la Nación, se está diciendo que es de interés público y que por ello el Estado debe fijar las condiciones en que los titulares pueden aprovecharlos. En suma, una lectura jurídica de Patrimonio de la Nación nos remitirá de inmediato a algún tipo de restricción o limitación en el ejercicio de derechos patrimoniales en aras del interés público.

C. EN LA JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 27 de agosto de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, expone que *“al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce. (...) En suma, de una interpretación sistemática del Artículo 2º inciso 22 , y de los Artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables-, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto”.*

Coincidimos con esta sentencia en que los beneficios derivados de la utilización de los recursos naturales deben alcanzar a la Nación en su conjunto, por lo tanto, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, sin embargo, discrepamos en que la Constitución, en relación con los recursos naturales, proscriba su exclusivo y particular goce; pues como sustenta Carlos ANDALUZ, tal prohibición no está en la Carta fundamental.

D. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y DOMINIO PRIVADO

Para DROMI, Roberto (2005), en su obra "Derecho Administrativo", sostiene que *"los bienes del Estado se dividen en públicos y privados. La determinación de la condición jurídica de estos bienes es una materia esencialmente civil, pero la forma de afectación de estos bienes, el uso directo o indirecto de la comunidad, es materia del derecho administrativo. Si se trata de bienes que constituyen el dominio público natural, la misma ley que determina su condición jurídica es suficiente para la afectación de dichos bienes. Si se trata de bienes de dominio público artificial, la ley nacional determina su condición jurídica, pero por ley provincial o por acto administrativo se establece su afectación"*.

El Código Civil Peruano de 1936 contenía una clasificación de los bienes de acuerdo con el sujeto-titular, por lo que había bienes del Estado y bienes de los particulares (Artículos 821 a 823). Los primeros son los bienes que pertenecen al Estado y son de uso público, es decir, los que están aptos a la utilización de toda la ciudadanía. Y, los bienes privados son los que pertenecen a personas de derecho privado y los que pertenecen al dominio privado del Estado, o sea los que no han sido afectados al uso público o declarados de necesidad y utilidad pública; así por ejemplo, las tierras del Estado que no son caminos, pueden ser vendidas a particulares. Esta distinción es muy importante por las

diferentes consecuencias jurídicas que genera, se tiene así que los bienes del dominio Público del Estado son inalienables, imprescriptibles, inembargables, calidad que no poseen los bienes de dominio privado del estado, y cuya justificación radica, precisamente en el destino que el Estado da a esos bienes.

Por el contrario, respecto al Código de 1984, AVENDAÑO, Jorge (1981), en su obra “Exposición de motivos del Anteproyecto del Libro de Derechos Reales. En comisión reformadora del código civil de 1936. Proyecto y anteproyectos de la reforma del CC”, expuso que *“el legislador de 1984 no reguló la materia diciendo que la distinción entre bienes del Estado y particulares, no está regida por el derecho civil, excepto en la hipótesis de que el Estado sea propietario a título particular, en cuyo caso le son aplicable a esos bienes las mismas reglas que las de la propiedad común”*; sin embargo, el código no ha podido escapar de regular tangencialmente algunos bienes declarados de dominio público o del patrimonio de la Nación, como es el caso de las aguas y las minas, respectivamente, que se catalogan de “bienes inmuebles” (Artículos 885° incisos 2-3 Código Civil).

De esta manera, GONZALES, Gunther (2017), en su obra “Estudios de Propiedad Rural, de Derecho Agrario y de Aguas”, sostiene que la disciplina jurídica de los bienes pertenecientes al Estado, los divide en dos clases:

1. *Bienes de dominio público (o demaniales), comprende a los que sirven y están destinados a la obtención de fines de interés público (necesidades generales. Ejemplo: sede institucional de los organismos públicos) o dan utilidad general (uso público. Ejemplo: playas, plazas, caminos), o se trata de recursos naturales (aguas, minas, bosques, tierras eriazas) que pertenecen a la Nación, según el Artículo 66 de la Constitución. Los bienes de dominio público se caracterizan por dos notas*

distintivas: i. titularidad pública, ya sea del Estado, Regiones, Municipios, organismos autónomos, etc.; ii) afectación pública, esto es, destino a una finalidad pública que consiste en el uso público, servicio público, fomento de la riqueza nacional o recursos que sirven para los bienes generales.

2. Bienes de dominio privado, que comprende aquellos en los que el Estado tiene una mayor disponibilidad por cuanto se trata de activos que no están afectos a fines públicos o generales. Si bien esta circunstancia la acerca a la propiedad privada, sin embargo, es claro que el dominio estatal siempre está interferido por normas de derecho público, por lo que no pueden regularse solo por el código civil.

De tal manera que, si desaparecen las necesidades de interés público o de utilidad general que justificaron en su momento la condición demanial de los bienes, esta puede ser revocada a través de la “desafectación”, que es un procedimiento administrativo que habilita al Estado, mediante acto unilateral basado en cuestiones jurídicas, sociales o económicas, para declarar la mutación en la condición de un bien estatal, que pasa de la calidad del dominio público al dominio privado. Esta situación se presenta, generalmente, cuando el Estado tiene la intención de transferir el bien a los particulares.

La Constitución Política en su Artículo 73°, estableció expresamente que “*los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico*”, haciendo una clasificación de los bienes públicos, de acuerdo con su aptitud.

Esto es, los bienes de dominio público, son aquellos que pertenecen al Estado, sobre los cuales ejerce el ius imperium, y se

encuentran afectos a un fin peculiar y régimen jurídico especial, de ahí que sean Inalienables (no pueden ser transferidos o gravados, salvo desafectación), e Imprescriptibles (No pueden perder su titularidad, ni por mandato judicial (prescripción adquisitiva). Asimismo, la Constitución no indica que sean inembargables, sin embargo, por doctrina y jurisprudencia, es la síntesis de las dos primeras nociones. Y por su parte, los bienes de uso público, son aquellos sujetos al dominio eminential, en los que el Estado puede ceder algunos de sus derechos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico, ello en concordancia con el Artículo 58° “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.”

Así, ANDALUZ, Carlos (2016), en la obra citada, expresa que *“en las leyes que regulan la modalidad de otorgamiento de cada recurso natural se establecerá la naturaleza de cada cual, y si se rige o no por el Artículo 73° de la Constitución, es decir, si son inalienables, e imprescriptibles, en cuyo caso no podrán ser otorgados en propiedad”*.

Los bienes estatales se encuentran regulados por la Ley 29151, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA; la Ley N° 27783, de Bases de la Descentralización, Ley N° 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades; Decreto Supremo N° 009-99-MTC, Reglamento de Formalización de la Propiedad aprobado por Decreto Supremo N° 013-99-MTC, Reglamento de Formalización de la Propiedad Informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2006-VIVIENDA; y el complejo normativo de regularización y saneamiento de bienes estatales por las propias entidades (Leyes N° 26512 y 27493, Decreto de

Urgencia N° 071-2001, Decretos Supremos N° 130 y 136-2001-EF), entre otras muchas normas.

2.5. APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

El Artículo 66° de la Constitución Política de 1993, respecto a los recursos naturales establece que *“por Ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”*; sin embargo, el tenor en que ha sido redactada esta norma, no debe llevarnos a considerar que la concesión es la única modalidad en que se pueden otorgar a favor de los particulares los recursos naturales, pues como bien advierte ANDALUZ, Carlos (2016), en su trabajo citado, *“en nuestro sistema jurídico los recursos naturales se otorgan también mediante otras modalidades; incluso sobre aquellos recursos como el agua, que por ley expresamente se han declarado bien de uso público y no susceptible de propiedad privada, así tenemos que el aprovechamiento de este recurso se otorga mediante licencia, permiso o autorización; cuando siguiendo esta línea interpretativa debería ser solo por concesión”*.

De esta manera, si se acepta que la Constitución ha restringido el otorgamiento de recursos naturales a la concesión, quedaría sin basamento el aprovechamiento otorgado sobre el agua mediante autorización, permiso o licencia; también la autorización para uso del espectro radioeléctrico en servicios de radiodifusión; así como otras modalidades de otorgamiento vigentes en las normas, como la cesión en uso de tierras clasificadas por su uso mayor como forestales, entre muchas otras.

Incluso, como recuerda ANDALUZ, Carlos (2016), *“hay actos de transferencia de dominio por el Estado peruano, tal es el caso del kilómetro cuadrado del área denominada Tiwinza a la República del Ecuador, que otorgo bajo las reglas del Código Civil una porción de*

terreno que incluye bosques primarios y otros recursos naturales en propiedad; transferencia de dominio que fue revisada por el Tribunal Constitucional (Exp. 1297-1999-AA/TC LIMA del 21. agosto.2002) sin encontrar problema constitucional alguno, por el contrario, la sentencia destaca explícitamente que, la transferencia se rige por las disposiciones del Código Civil”.

Como es principio de interpretación que la norma no contiene absurdos, sino que debemos encontrar el sentido lógico jurídico usando los métodos de integración jurídica acordes con nuestro sistema, no queda sino concluir que, a pese a la limitante redacción de este párrafo del Artículo 66, la Constitución no ha limitado el otorgamiento de derechos sobre recursos naturales solo a la concesión; interpretación que es avalada por la propia Ley de desarrollo constitucional de este Artículo, a decir, la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, en cuyo Artículo 19° dispone: *“Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural”.*

TÍTULO III RECURSOS HÍDRICOS

I. REALIDAD HÍDRICA DEL PERÚ

La Comisión Preparatoria para el VII Foro Mundial del Agua de la ANA, nos confirma que *“El Perú es el octavo país con mayor disponibilidad hídrica en el mundo; sin embargo, cuenta con una irregular distribución temporal y espacial del recurso agua. El 98% de la producción hídrica se presenta en la región amazónica, y apenas el 1,8% en la Región Hidrográfica del Pacífico. Esta situación constituye una de las grandes dificultades que debemos enfrentar para gestionar adecuadamente nuestros recursos hídricos, ya que es precisamente en la costa donde habita el 53% de la población y se desarrolla la mayor cantidad de actividades económicas, las cuales ejercen presión sobre este recurso”*.

Asimismo, la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales, (1972), en su obra *“Inventario, evaluación y uso racional de los recursos naturales de la costa”*, exponía que *“el agua es el factor limitante para el aprovechamiento agrícola de los suelos de la Costa (peruana), estimándose que solo el 10% de su superficie es económicamente explotable, lo que demuestra su carácter desértico y la insuficiencia de sus recursos hídrico. En la actualidad, sólo 720,000 Ha. se encuentran bajo cultivo. Sin embargo, su importancia económica es fundamental para el país, porque en ella están sus principales industrias extractivas, tales como el petróleo y la pesca, sus cultivos de mayor rendimiento económico, algodón y azúcar, y sus principales industrias manufactureras. Además, es la única región del Perú que tiene contacto marítimo directo con el resto del mundo, sirviendo de salida a los productos de exportación. Sus núcleos de población son los más densos del país, siendo la Gran Lima el mayor de todos. En el año 1967, la producción agrícola de la Costa fue de 8, 970'450 millones de soles oro, equivalente al 46.5% del valor de la producción agrícola total del país”*.

Por su parte, en el año 2016, la Comisión Técnica Del Agua Del Colegio De Ingenieros De La Libertad (2016), en la obra “Gestión y Tratamiento del Agua Potable, Industrial y Residual” expuso las siguientes cifras sobre la realidad hídrica del país:

- *En el Perú existen 1’768,172 hectómetros cúbicos de agua*
- *El Perú es un país privilegiado al contar con el 1,89% del agua dulce mundial.*
- *71 % de los glaciares tropicales del mundo se encuentran en el Perú, donde existen 1007 ríos.*
- *159 cuencas hidrográficas poseen el Perú:
84 Cuencas en la Vertiente del Atlántico
62 cuencas en la Vertiente del Pacífico y
13 cuencas en la Vertiente del Titicaca*
- *2,5% del agua es agua dulce y consumible por el ser humano. Uno de cada tres personas en el mundo no dispone de agua suficiente para satisfacer sus necesidades diarias.*
- *El Perú también posee 12,201 lagunas.*
- *Si bien existen 12,000 Lagos y Lagunas y 72,510 m³/habitante/año; sin embargo, el recurso hídrico se distribuye de forma muy heterogénea en el territorio nacional.*
- *200 Km² de glaciares en la cordillera Blanca se han derretido desde 1970 por el cambio climático.*
- *El 23,8 % de los hogares peruanos consumen agua proveniente de camión cisterna, pozo o agua de río.*
- *Siendo un país privilegiado por su oferta hídrica, dispone de un volumen anual promedio de 2 046 287 MMC de agua, ubicándose entre los 20 países más ricos del mundo con sus 72 510 MC/habitante/año; no obstante, su orografía define tres vertientes hidrográficas que desequilibran su distribución espacial, concentrando el 97.7 % del volumen en la vertiente del Atlántico, en donde se asienta el 30% de la población, que produce el 17,6 % del PBI; el 0,5 % se encuentra en la vertiente del Titicaca, en donde se asienta el 5 % de la población y produce el 2% del PBI y; el 1,8 % restante se encuentra en la vertiente*

del Pacífico, en donde paradójicamente se concentra el 65% de la población que produce el 80,4% del PBI.

- A la situación de distribución asimétrica del agua, se suman otros problemas como el escaso tratamiento de los efluentes y aguas servidas, el incremento del estrés hídrico en la zona costera y la escasa eficiencia del riego; a lo que se añade la limitada gestión de los recursos hídricos en forma integral y transectorial con enfoque de cuenca y aplicación de políticas y estrategias multisectoriales de recuperación de cuencas muy deterioradas para su rehabilitación gradual.
- En el país existen 66 millones de hectáreas de bosques, es el 9° país en bosques, el 4° en bosques tropicales y posee el 13% de los bosques amazónicos. Tiene 7,6 millones de hectáreas de tierras con aptitud para la agricultura, 17 millones para pastos, 55,2 millones de hectáreas de tierras de protección y más de 18 millones de hectáreas en áreas naturales protegidas.
- Los usos consuntivos totales de los recursos hídricos entre los años 2000-2001 ascendían a 20 072 hm³ anuales, de los cuales cerca del 80% se destinaba a la agricultura, mientras que más del 12 % era consumido directamente por la población.

MAPA 01: MAPA HIDROGRÁFICO DEL PERÚ



Fuente: Autoridad Nacional del Agua

II. REGULACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

3.1. A NIVEL NACIONAL

A continuación, reproducimos el esquema de normas sobre regulación de recursos hídricos en el país, elaborado por el Dr. Guido Marcelo Bocchio Carbajal, en su ponencia sobre “Marco normativo sobre el agua en el Perú”, en el Foro Legislación del Agua en el Perú, llevado a cabo los días 17 y 18 de 2015:

GRÁFICO A: MARCO LEGAL DEL AGUA



Fuente: Guido Bocchio C. (2015)

Como vemos, en el ordenamiento jurídico peruano, si bien se cuenta con una ley especial, la Ley de Recursos Hídricos, que recoge la principal regulación sobre la materia, también contamos con otras normas vinculadas de igual y menor jerarquía que actualmente conforman en su integridad el marco regulatorio vigente.

A continuación, ofrecemos un breve detalle de las principales normas:

A. LEY DE RECURSOS HÍDRICOS Y SU REGLAMENTO

La Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338 (vigente a partir del 30 de marzo de 2009), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG (vigente a partir del 24 de marzo de 2010), modificado por Decreto Supremo 005-2013-AG y Decreto Supremo 023-2014-MINAGRI, constituyen a la fecha el principal marco normativo que regula el uso y gestión integrada de los recursos hídricos en nuestro país, que comprende tanto el agua superficial, subterránea, continental y los bienes asociados a esta, y se extiende al agua marítima y atmosférica en lo que resulte aplicable.

Esta nueva Ley, acaba con el régimen establecido en la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752 (24 de Julio de 1969), que se promulgó durante el régimen de facto de Velasco Alvarado (que abarcó desde el 03 de octubre de 1968, hasta el 29 de agosto de 1975), quien conjuntamente con la instauración de la Reforma Agraria, reformó por completo el tratamiento de las aguas en el Perú.

Sin embargo, para llegar a esta producción normativa, tuvieron que pasar muchos años. Así, a finales de la década pasada, el Perú inició un trabajo liderado por la entonces Intendencia de Recursos Hídricos del ex Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) para implementar un nuevo marco legal e institucional

que permitiera mejorar la gestión del agua bajo el enfoque de Gestión Integrada de Recursos Hídricos. Fue así que, mediante el Decreto Legislativo N° 997, publicado el 13 de marzo del 2008, se creó la Autoridad Nacional del Agua (ANA) como organismo público responsable de dictar las normas y establecer los procedimientos para la gestión integrada y sostenible de los recursos hídricos.

Posteriormente, el 30 de marzo del 2009 se promulgó la Ley de Recursos Hídricos, mediante la cual se creó el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos con el objeto de articular el accionar del Estado, conducir los procesos de gestión integrada y de conservación de recursos hídricos en los ámbitos de cuencas, así como de coordinar y asegurar la gestión integrada y multisectorial de los recursos hídricos, con estándares de calidad en función del uso respectivo.

La citada Ley establece que el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos desarrolla sus políticas en coordinación con el Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Producción y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, así como con los Gobiernos Regionales.

B. LA POLÍTICA 33

Aunque el Dr. Bocchio no haya considerado este instrumento dentro de su compendio normativo, consideramos importante comentarlo, ya que fue producto de los esfuerzos por lograr consensos sobre las actividades que cómo debemos desarrollarnos como país con el fin de atender la demanda del agua. A la Política 33, se le denominó “Política de Estado sobre Recursos Hídricos”, la cual constituye un antecedente importante, puesto que con ella el Acuerdo Nacional ratificó al agua como

patrimonio de la nación y derecho fundamental de la persona, y fortaleció la inclusión social y la democracia.

La Política 33 contiene los principales enunciados que orientan el accionar del Estado, de las entidades públicas y privadas para lograr la gestión integrada de los recursos hídricos, la seguridad hídrica y, por ende, el desarrollo sostenible del país.

En este proceso, para implementar la Política 33 se ha elaborado la Política y Estrategia de Recursos Hídricos, documento que contiene los grandes objetivos nacionales y estrategias con miras a atender las demandas de agua de las actuales y futuras generaciones en cantidad, calidad y oportunidad apropiadas.

Además, se ha elaborado el Plan Nacional de Recursos Hídricos, que contiene las acciones estructurales y no estructurales, sus fuentes de financiamiento y responsables, que como Estado debemos ejecutar para alcanzar los objetivos de la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos.

En un contexto global, este documento registra y sistematiza los principales avances en la gestión de recursos hídricos en el Perú a partir del VI Foro Mundial del Agua (Marsella 2012).

C. LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES EN PERÚ

Esta Ley N° 26821 , vigente desde el 26 de junio de 1997, es el instrumento por el cual el Estado busca asegurar que la utilización de los recursos naturales renovables y no renovables, se realice en una forma y ritmo que permita mantener su capacidad de regeneración y potencial para satisfacer las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades; en ese sentido se

señala que las diversas modalidades de otorgamiento de derechos a los particulares sobre los recursos naturales, son establecidas por leyes especiales para cada recurso natural, debiendo los particulares aportar una retribución económica por aprovechamiento de recursos naturales.

Esta norma, hace referencia expresa que tanto el agua superficial, como subterránea son recursos naturales, ya que surgen de la naturaleza de manera directa, y resulta de vital importancia para el desarrollo del ser humano, para la satisfacción de sus necesidades, agregando que tienen un valor actual o potencial en el mercado.

En esta ley se subraya que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales y su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos; además, es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a través de las leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del conocimiento científico tecnológico, entre otros.

También se indica que, todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales.

D. LEY GENERAL DEL AMBIENTE

La Ley General del Medio Ambiente, Ley N° 28611, que entró en vigencia el 15 de octubre del 2005 (modificada por el Decreto Legislativo N° 1055, Ley N° 29263, y Ley N° 29895), reglamenta aspectos relacionados a la materia ambiental en el Perú: Por un lado plantea a los ciudadanos una serie de **derechos** con relación al tema ambiental, en tanto que se debe garantizar un ambiente saludable, equilibrado y apropiado para el desarrollo de la vida; y por otro lado, **deberes**, en la medida en que todos estamos obligados a contribuir a una efectiva gestión ambiental y a proteger el ambiente.

Esta norma establece que dentro de los objetivos de la gestión ambiental en materia de calidad ambiental se encuentran el de preservar, conservar, optimizar y restituir, la calidad del aire, el agua y los suelos y demás componentes del ambiente identificando y controlando los factores de riesgo que la afecten. Asimismo indica que el Estado, a través de las entidades competentes (Ministerios y sus respectivos organismos públicos descentralizados, autoridades sectoriales con competencia ambiental, organismos regulatorios o de fiscalización, gobiernos regionales y locales) está a cargo de la protección de la calidad del recurso hídrico del país.

La Ley General del Ambiente establece que el Estado fomenta el tratamiento de las aguas residuales con fines de su reutilización, considerando como premisa la obtención de la calidad necesaria para su reuso, sin perjudicar la salud humana, el ambiente o las actividades en las que se reutilizarán.

Establece también que, las personas jurídicas o naturales podrán obtener del Estado, una autorización previa para el vertimiento de aguas residuales domésticas, industriales o de cualquier otra

actividad que desarrollen, siempre que dicho vertimiento no menoscabe la calidad de las aguas como cuerpo receptor, ni se afecte su reutilización para otros fines, entre otros aspectos relevantes.

III. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HIDRICOS

ZEGARRA, Eduardo (2004), en su obra “Mercado y reforma de la gestión del agua en Perú”, sostiene que el agua, por sus características especiales, *“necesita ineludiblemente un sistema de gestión que permita su uso ordenado y pacífico frente a múltiples demandas. En todo sistema de control y distribución de agua es preciso adoptar decisiones técnicas a ciertos niveles del Sistema, relativas a cantidad y calidad del recurso; operación y mantenimiento; distribución del agua en función de criterios establecidos; resolución de conflictos; penalización de acciones de usuarios que afecten el normal proceso de asignación y otros asuntos”*, así pues, este conjunto de funciones no puede ser cubiertas espontáneamente por los usuarios individuales de un sistema, se requiere de una u otra forma una autoridad que ejerza estas funciones y tome decisiones. Este conjunto de decisiones de corto y largo plazo constituye la gestión del agua, para la cual se requiere contar con recursos específicos y capacidades técnicas, de organización y de coordinación

3.1. MODELOS DE GESTIÓN

JIMENEZ, Luis (2008), en su obra “Costo de oportunidad y externalidades en el valor económico del agua superficial para uso agrícola en el valle de Mala”, expone que la literatura bibliográfica ofrece diferentes modelos para la gestión de los recursos hídricos, las cuales tienen como eje principal los derechos sobre el recurso. Así, tenemos:

- *“El modelo de administración del Estado, el cual se basa en el dominio sobre el agua y confiere a los privados derechos de*

tipo administrativo. El rol del Estado es asignador de cuotas de agua.

- *El modelo privado, a través del mercado, se basa en la asignación de derechos reales plenos para actores privados. El Estado asigna el recurso y es además garante del sistema.*
- *El modelo privado con regulación del Estado se basa en el dominio del agua por el Estado, pero entregando a actores privados derechos condicionados. El Estado, asume un rol plenamente regulador de la actuación de los actores privados”.*

De lo que concluimos que la posibilidad de generar un mercado de aguas desaparece con el primer modelo, mientras el tercero plantea límites y el segundo contribuye a generarlo plenamente.

3.2. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS EN EL PERÚ

En nuestro país, la nueva Ley de Recursos Hídricos, estableció como principio rector de los recursos hídricos, el *Principio 10. Principio de Gestión Integrada Participativa por Cuenca Hidrográfica*, por el cual “*el uso del agua debe ser óptimo y equitativo, basado en su valor social, económico y ambiental, y su gestión debe ser integrada por cuenca hidrográfica y con participación de la población organizada. El agua constituye parte de los ecosistemas y es renovable a través de los procesos del ciclo hidrológico*”, asimismo estableció en su Artículo 3°, que se declare de “*interés nacional y necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones*”.

Respecto a la gestión por cuencas hidrográficas, ANDALUZ, Carlos (2016), en su obra “Manual de Derecho Ambiental”, sostiene que

“hablar de manejo de cuencas es hablar de gestión ambiental en el espacio territorial definido, desde el punto de vista hidrológico, como aquel territorio que dispone de una red natural de drenaje, cuyas aguas son recogidas por un colector común (rio, lago, etc.) y que está delimitada por las respectivas divisorias de las aguas de sus respectivos ríos. Este espacio territorial se articula, en cuanto a los recursos y elementos naturales, a través del agua, recurso vertebrador por excelencia por ser el fundamento de toda forma de Vida y además por condicionar las características de los componentes bióticos y abióticos que conforman los ecosistemas de dicha unidad espacial”.

La Ley crea consigo los denominados Consejos de Cuenca, concebidos como espacios multisectoriales públicos y privados, creados mediante decreto supremo a iniciativa de los gobiernos regionales sobre un ambiente físico correspondiente a una o más cuencas hidrográficas, con el objeto de participar en la planificación, coordinación y concertación del aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos en sus respectivos ámbitos. Todos los sectores, públicos y privados, deben estar representados en el Consejo de Cuenca. Son de dos clases: Consejo de Cuenca Regional, cuando el ámbito de la cuenca se localiza íntegramente dentro de un gobierno regional; y Consejo de Cuenca Interregional, cuando dentro del ámbito de la cuenca existen dos o más gobiernos regionales.

Asimismo, para la gestión de cuencas hay que tener en cuenta sus diferentes partes, dadas las especiales características de cada cual: la cuenca alta que está formada por los relieves más empinados y donde se capta y almacena el agua de lluvia y la nieve (cabecera de cuenca), normalmente en esta zona no hay cultivos sino humedales, pastos, bosques y nevados; la cuenca media por la cual escurre el agua captada en las partes altas; y la cuenca baja que es donde se depositan las aguas y luego se dispersan (cono de deyección o lecho de escurrimiento).

A. DEFINICIÓN DE CUENCA HIDROGRÁFICA

JIMENEZ, Luis (2008), en la obra citada, define a la cuenca hidrográfica como *“un sistema interdependiente, constituido por una fuente (como los glaciares o masa de agua almacenadas naturalmente), el lecho de los ríos, las aguas que discurren a través del lecho, las riberas y el ámbito geográfico en el cual ejerce su influencia. Su comportamiento está en función de la escala de varios fenómenos hidrológicos, como el volumen de agua que ingresa por precipitación, la magnitud de los caudales, el tipo de suelo y el espesor de la capa permeable. Estos dos últimos ejercen un gran efecto sobre el régimen de flujo. El territorio de las cuencas facilita la relación entre sus habitantes debido a su dependencia común al sistema hídrico compartido y por la necesidad de enfrentar peligros comunes”*.

De ahí que la cuenca sea entendida como la unidad de análisis del recurso hídrico. El uso de los recursos naturales se regula administrativamente separando el territorio por cuencas hidrográficas, y con miras al futuro las cuencas hidrográficas se perfilan como una de las unidades de división funcionales con mucha más coherencia, permitiendo una verdadera integración social y territorial por medio del agua, como profundizaremos más adelante.

B. TIPOS DE CUENCA

ANDALUZ, Carlos (2016), en la obra citada, expone que *“según el destino de las aguas que discurren por las cuencas, estas se conocen como cuenca exorreica, cuando las aguas desembocan en el mar por vía superficial o subterránea, tal es el caso de los ríos Rímac, Santa o Cañete; cuenca endorreica, cuando las aguas desembocan en un lago, como la del Titicaca, cuenca arreica, cuando las aguas se pierden mientras discurren por evaporación*

o por infiltración, sin llegar a formar corriente subterránea; como las de los ríos Piura o Ica; cuenca criptorreica, cuando las aguas discurren por debajo del suelo, lo cual se conoce como drenaje subterráneo continental; a este tipo corresponden muchas “quebradas secas” de la sierra y de la costa norte, que se “activan” ante eventos climáticos inusuales o específicos como El Niño”.

C. CUENCAS HIDROGRÁFICAS EN EL PERÚ

Nuestro país cuenta con 106 cuencas hidrográficas: 53 están ubicadas en la Cuenca del Pacífico, 44 en la del Atlántico y 9 en la del Titicaca.

JIMENEZ, Luis (2008), en la obra citada, enfatiza que “en el Perú, la distribución del recurso hídrico presenta marcadas diferencias. Actualmente, la disponibilidad de agua de fuentes superficiales en el nivel nacional se estima en 2 043 546 Hm³; de éstos, la vertiente del Pacífico representa aproximadamente 1.7 %, la vertiente del Atlántico 97.8 % y la Vertiente del Titicaca solamente el 0.50 %. Sin embargo, el aprovechamiento del agua de riego se concentra en la vertiente del Pacífico. Este uso intensivo en la Costa coincide con la ejecución de grandes proyectos de irrigación y la Vida orgánica de los gremios de los usuarios del agua con fines agrarios. Como consecuencia de estas grandes obras de irrigación, se ha logrado incrementar la oferta de agua en la Costa, beneficiándose la actividad agropecuaria con el 80% del agua; no obstante, esta se utiliza con una eficiencia promedio muy baja”.

Asimismo, como vimos, la gestión del agua en el Perú está a cargo del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos bajo la rectoría de la Autoridad Nacional del Agua, en la cual se organizan 69 Administraciones Locales de Agua (que en su mayoría de casos abarca la misma jurisdicción territorial de las Administraciones Técnicas de Distrito de Riego que operaron

durante la legislación anterior): 32 en la Vertiente del Pacífico, 33 en la del Atlántico, y 4 en la del Títicaca. Los usuarios de agua que comparten una fuente superficial o subterránea y un sistema hidráulico se agrupan en Comités, Comisiones de Regantes (1,282) y Juntas de Usuarios (104).

D. DIVISIÓN POLÍTICA Y DIVISIÓN POR CUENCAS

ANDALUZ, Carlos (2016), en el trabajo comentado, expone que *“lamentablemente ingresados ya al siglo XXI la demarcación territorial del Perú sigue divorciada de la división de unidades geoeconómicas. Las unidades geopolíticas no son las unidades geoeconómicas. En una República siempre centralista, la autonomía administrativa ha sido siempre muy limitada, una limitación que resulta mayor cuando las demarcaciones son irreales”*.

Como establece el Artículo 189° de la actual Constitución Política, el país se organiza políticamente en regiones (departamentos), provincias y distritos, en cuyas circunscripciones, en teoría, se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.

Sin embargo, como advierte ANDALUZ, Carlos (2016), *“si se revisa la demarcación territorial de las unidades políticas de gestión, llámense regiones (departamentos), provincias y distritos; se verá que generalmente ha sido realizada mediante criterios ajenos a los aspectos técnicos que inspiran a las cuencas como unidades de gestión. Para hacernos una idea de ello, recordemos que los cuatro departamentos que creó San Martín en el Decreto de Huaura, no fueron más que el cambio al nombre de las Intendencias por Departamentos y de las Partidas por Provincias; es decir que subsistió la división política Virreinal, que lejos de buscar descentralizar estructuras administrativas, persiguió regir*

desde la Capital el destino político y económico de los departamentos del interior. Así; con criterios más o menos similares, hemos llegado a la actual demarcación que comprende 24 departamentos y la Provincia Constitucional del Callao. Insistimos, una revisión geográfica del ámbito de cada departamento nos revelará que el criterio de división por cuencas al establecer las circunscripciones provinciales y distritales esta, generalmente, ausente”.

Por ello, concluimos que a la fecha mantenemos un sistema administrativo aún centralizado de composición sectorial, con demarcaciones políticas realizadas a espaldas de los criterios de cuenca, que hace muy difícil pensar en una adecuada gestión ambiental de cuencas hidrográficas.

En su oportunidad, se llevaron algunos ensayos de estructura administrativa diseñada para gestionar algunas cuencas, como el informe Preliminar de la Consultoría elaborada para el Banco Mundial sobre el Marco Jurídico y Técnico Ambiental del Sector Agrario y sus Relaciones con los otros Sectores de la Economía, que postularon por las denominadas Autoridades Autónomas de Cuencas, que nunca operaron conforme a los ambiciosos supuestos de su norma de creación, ya sea por falta de recursos económicos o por lo sobredimensionado de sus responsabilidades y objetivos.

Es por ello que, ANDALUZ, Carlos (2016), en el trabajo citado, *“sostiene su posición de replantear la estructura administrativa sobre la base de una revisión total de las demarcaciones territoriales que componen la división política del territorio peruano, teniendo muy en cuenta al hacerlo que las distintas jurisdicciones se integren en función de los territorios definidos por las cuencas hidrográficas. Solo así podrá aspirarse a lograr un esquema de gestión ambiental idóneo”.*

E. SISTEMA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RECURSOS HÍDRICOS

Según el Artículo 43° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, *“los sistemas son los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno.*

Son de dos tipos:

- 1. Sistemas Funcionales.*
- 2. Sistemas Administrativos.*

Solo por ley se crea un Sistema. Para su creación se debe contar con la opinión favorable de la PCM”.

Asimismo, en virtud del Artículo 44° de dicha norma, *“Los Sistemas están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias”.*

Y, de conformidad con el Artículo 45°, *“los Sistemas Funcionales tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado”.*

En nuestro país, la Ley de Recursos Hídricos, en su Artículo 9° creó el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos con el objeto de articular el accionar del Estado, para conducir los procesos de gestión integrada y de conservación de los recursos hídricos en los ámbitos de cuencas, de los ecosistemas que lo conforman y de los bienes asociados; así como para establecer

espacios de coordinación y concertación entre las entidades de la administración pública y los actores involucrados en dicha gestión con arreglo a la presente Ley. Precepto que fue complementado por el Artículo 7º del Reglamento, aprobado por DS N° 001-2010-AG, que precisa que *“(este) Sistema es parte del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, conformado por el conjunto de instituciones, principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales el Estado se organiza para desarrollar y asegurar la gestión integrada, participativa y multisectorial, el aprovechamiento sostenible, la conservación, la protección de la calidad y el incremento de la disponibilidad de los recursos hídricos”*.

Asimismo, esta última norma en su Artículo 6º, define a nivel reglamentario que *“La gestión integrada de los recursos hídricos es un proceso que promueve, en el ámbito de la cuenca hidrográfica, el manejo y desarrollo coordinado del uso y aprovechamiento multisectorial del agua con los recursos naturales vinculados a esta, orientado a lograr el desarrollo sostenible del país sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas”*.

Por la trascendencia de este sistema, la Ley elevó a nivel de norma rectora el *Principio 7. Principio de descentralización de la gestión pública del agua y de autoridad única, en virtud del cual, “para una efectiva gestión pública del agua, la conducción del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es de responsabilidad de una autoridad única y desconcentrada. La gestión pública del agua comprende también la de sus bienes asociados, naturales o artificiales*. Según este marco normativo, el Sistema tiene por finalidad lo siguiente:

- Asegurar la gestión integrada, participativa y multisectorial del agua y de sus bienes asociados, articulando el accionar de las entidades del sector público que ejercen

competencias, atribuciones y funciones vinculadas a dicha gestión, así como el accionar de todas las personas naturales y/o jurídicas.

- Promover el aprovechamiento sostenible, conservación, protección de la calidad e incremento de la disponibilidad del agua y la protección de sus bienes asociados, así como el uso eficiente del agua.
- Implementar, supervisar y evaluar, a través de la Autoridad Nacional del Agua, el cumplimiento de la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos y del Plan Nacional de Recursos Hídricos, en los distintos niveles de gobierno, con la participación de los usuarios del agua organizados, comunidades campesinas, comunidades nativas y entidades operadoras de infraestructura hidráulica sectorial y multisectorial, tomando como unidades de gestión las cuencas hidrográficas del país.
- Articular las acciones de los integrantes del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos para la gestión integrada de recursos hídricos conforme a la Ley y al Reglamento.

Y, se encuentra integrado por las siguientes instituciones públicas y privadas:

- La Autoridad Nacional;
- Los Ministerios del Ambiente; de Agricultura; de Vivienda, Construcción y Saneamiento; de Salud; de la Producción; y de Energía y Minas;
- Los gobiernos regionales y gobiernos locales a través de sus órganos competentes;
- Las organizaciones de usuarios agrarios y no agrarios;
- Las entidades operadoras de los sectores hidráulicos, de carácter sectorial y multisectorial;
- Las comunidades campesinas y comunidades nativas; y

- Las entidades públicas vinculadas con la gestión de los recursos hídricos.
- Los proyectos especiales; proyectos especiales hidráulicos e hidroenergéticos regionales, nacionales y binacionales; las autoridades ambientales competentes; las entidades prestadoras de servicios de saneamiento; el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología y la Autoridad Marítima del Perú. Asimismo, todas aquellas entidades del sector público cuyas actividades o acciones estén vinculadas a la gestión de los recursos hídricos
- Las entidades del sector público y privado que realizan actividades vinculadas con la gestión integrada de los recursos hídricos prestarán el apoyo que sea requeridos por la Autoridad Nacional del Agua para conseguir los fines del Sistema.

Respecto a la Autoridad Nacional del Agua, esta fue creada por la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 997, como organismo público adscrito al MINAGRI, responsable de dictar las normas y establecer los procedimientos para la gestión integrada y sostenible de los recursos hídricos, y actualmente la Ley de Recursos Hídricos dispone que esta entidad es el ente rector y la máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos. Es responsable del funcionamiento de dicho sistema en el marco de lo establecido en la Ley y su Reglamento. Tiene personería jurídica de derecho público interno y constituye un pliego presupuestal. La Autoridad es la encargada de elaborar la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos y el Plan Nacional de Recursos Hídricos.

IV. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

4.1 EL AGUA ES UN BIEN ECONÓMICO

Como ilustra ANDALUZ, Carlos (2016), en su obra citada, *“el agua definitivamente es un bien económico ya que el suministro de agua, como recurso finito y escaso que es demandado en creciente competencia para sus distintos usos, implica costos de infraestructura, operación, tratamiento y mantenimiento que los usuarios deben asumir para garantizar su calidad y no estimular su desperdicio. Evidentemente no es un bien económico cualquiera, sino uno esencial para la vida digna y la salud del ser humano, del que dependen también los ecosistemas, producción de alimentos, desarrollo económico, estabilidad social y política; aspectos que tienen que ser tenidos en cuenta en la regulación de la asignación de derechos sobre este vital recurso”*.

PETRELLA, Ricardo, en la entrevista sobre *“El acceso al agua es un derecho humano inalienable”*, advierte que *“si concebimos el agua como un bien económico y damos vía libre al mercado, pasará como con el arroz, el trigo, el cacao o el café que tienen un precio mundial. Las grandes empresas del sector del agua como Vivendi, Suez, Tamez Water, United Utilities, Nestlé, Nippon Witter, cotizarán en bolsa por sus actividades en el campo del agua y el precio ya no tendrá nada que ver con la realidad. El valor de las compañías privadas del agua estará determinado por la lógica financiera. Por el contrario, si se cree que el agua es una fuente de vida; el acceso básico a este bien vital es un derecho humano inalienable”*.

Considerando estas opiniones, tenemos que en términos económicos, la mayor preocupación de las instituciones administradoras del agua, es distribuir óptimamente (eficientemente) el recurso entre las diversas alternativas de uso. Sin embargo, además de lo anterior, consideramos que las instituciones a cargo de la administración del

agua, también deberían preocuparse por mejorar su oferta, de donde parte la política de gestión que se requiere.

A. RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA LEGISLACIÓN ANTERIOR

A inicios de la década de 1910 – 1920, se empezó a hablar en el mundo sobre derechos sociales, y sobre todo, de limitaciones al derecho de propiedad, en especial de limitaciones al derecho sobre la propiedad de la tierra, por ello, se hizo necesaria una reforma integral de la normatividad de aguas, que en nuestro país, tuvo lugar en el año 1969 con la vigencia del régimen de facto de Velasco Alvarado (desde el 03 de octubre de 1968, hasta el 29 de agosto de 1975), quien conjuntamente con la instauración de la Reforma Agraria, reformó por completo el tratamiento de las aguas en el país, expidiendo el Decreto Ley N° 17752 o Ley General de Aguas (24 de Julio de 1969), que empieza declarando de manera rotunda que “*todas las aguas, sin excepción, son patrimonio del Estado*”, y que no existen derechos adquiridos sobre ella. Paralelamente a dicha ley, se promulgó la Constitución Política de 1979, que consagró el tratamiento dado por esta norma, estableciendo en su Artículo 118°, que “*Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado*”.

Esta Ley General de Aguas, no sólo destacó por otorgar la titularidad del recurso hídrico al Estado, sino que incorporó otros elementos, tales como el reconocer la existencia de una escala de prioridades en el uso de las aguas, la atención a la calidad de las mismas, el manejo equilibrado del recurso, entre otros aspectos. Así, estableció expresamente en su Artículo 4°, que su ámbito de aplicación comprendía las aguas marítimas, terrestres y atmosféricas del territorio y espacio nacionales, en todos sus

estados físicos, las que con carácter enunciativo pero no limitativo son: a) *Las del mar que se extiende hasta las 200 millas;* b) *Las de los golfos, bahías, ensenadas y esteros;* c) *Las atmosféricas;* d) *Las provenientes de las lluvias de formación natural o artificial;* e) *Los nevados y glaciares;* f) *Las de los ríos y sus afluentes; las de los arroyos, torrentes y manantiales, y las que discurren por cauces artificiales;* g) *Las de los lagos, lagunas y embalses de formación natural o artificial;* h) *Las subterráneas;* i) *Las minero medicinales;* j) *Las servidas;* k) *Las producidas;* y l) *Las de desagües agrícolas, de filtraciones y drenaje.* Apreciando la inclusión expresa de las aguas subterráneas a la legislación positiva nacional.

Asimismo, en su Artículo 27º, dispuso el orden de preferencia en el uso de las aguas, estableciendo el siguiente: a) *Para las necesidades primarias y abastecimientos de poblaciones;* b. *Para cría y explotación de animales;* c. *Para agricultura;* d) *Para uso energéticos, industriales y mineros;* y e) *Para otros usos;* los cuales se podían otorgar a los usuarios a través de Permisos, Autorizaciones o Licencias, según sea el caso, quedando éstos obligados a ABONAR en contraprestación, las tarifas correspondientes por casa uso, las mismas que según lo previsto en el Artículo 12º, servirían de base para cubrir los costos de explotación y distribución del recurso, incluyendo las aguas del subsuelo, así como la financiación de estudios y obras hidráulicas necesarios para el desarrollo de la zona; esta carga económica era de obligatorio cumplimiento por parte de los usuarios a favor de la Autoridad de Aguas, a tal punto, que en virtud de lo establecido en el Artículo 116º de esta misma ley, “*Los usos de las aguas caducan: b. Por no pagar durante dos años consecutivos la tarifa a que se refiere esta Ley, salvo los casos de suspensión, prórroga o exoneración que decrete el Poder Ejecutivo por razón de calamidad pública. (...)*”, otorgando con

ello, un valor económico al agua, y una obligación de pago a quienes se beneficiaban de ella.

Como vimos, la Ley de Agua estableció en su Artículo 12° lo relativo al régimen económico por el uso del agua, estableciendo de manera genérica lo siguiente, *“Los usuarios de cada Distrito de Riego abonarán tarifas que serán fijadas por unidad de volumen para cada uso. Dichas tarifas servirán de base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluyendo las del subsuelo, así como para la financiación de estudios y obras hidráulicas necesarios para el desarrollo de la zona”*. Sin embargo, fue recién con el Decreto Supremo 003-90-AG promulgado en 1990, con se estableció con mayor claridad los tres elementos que componían la tarifa de agua que serían pagados por los usuarios:

1. Componente Ingresos Junta de Usuarios

Esta parte de la tarifa de agua es para la operación, la conservación, el mantenimiento y el mejoramiento de la infraestructura de riego en los niveles principal y secundario. Asimismo, se debía pagar el 5% a la ATDR. El monto recaudado depende del presupuesto anual establecido por la junta y las comisiones. Sin embargo, el decreto establece un costo mínimo por metro cúbico de US\$ 0.0085 (El precio mínimo del agua se calcula como un porcentaje de la UIT- Unidad impositiva Tributaria). Las asambleas generales de las comisiones de regantes deciden sobre los presupuestos anuales y así fijan la tarifa de agua por metro cúbico. La ATDR aprueba la tarifa de agua.

2. Componente Canon de Agua

Es un concepto que se debe pagar a la Oficina de Proyectos Especiales y es el 10% del Componente Ingresos Junta de Usuarios. El Decreto Supremo 0048-91-AG establece que el

canon de agua también se usa para financiar la Autoridad Autónoma (AACH).

3. Componente Amortización (para obras de infraestructura)

Es el 10% del Componente Ingresos Junta de Usuarios o un monto establecido por la Oficina de Proyectos Especiales (INADE).

Además de la tarifa de agua, los usuarios podían acordar en la asamblea general de la comisión de regantes pagar una cuota para obras o actividades especiales. Los usuarios no pagan el canon ni la amortización sobre la cuota como se hace con la tarifa de agua. La Ley General de Aguas establece que la cuota debe pagarse en función al área regada.

B. RÉGIMEN ECONÓMICO VIGENTE

Como vimos, el cobro por el uso del agua, refleja el reconocimiento de que es un bien escaso y dotado de un valor económico.

En nuestro país, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821, vigente a partir del 27 de junio de 1997, establecía en su Artículo 19° que, *“Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares”*; y luego, en su Artículo 20°, contempló que, *“Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución*

económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales”.

Para el caso de los recursos hídricos, la ley especial a la que hace referencia esta norma, era la antigua Ley General de Aguas (vista en el ítem precedente), y actualmente es la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, vigente desde el 01 de abril del año 2009, que estableció expresamente en su Artículo 90º, que *“los titulares de los derechos de uso de agua están obligados a contribuir al uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de lo siguiente: 1. Retribución económica por el uso del agua; 2. retribución económica por el vertimiento de uso de agua residual; 3. tarifa por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales; 4. tarifa por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor; y 5. tarifa por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas. El Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos establece la oportunidad y periodicidad de las retribuciones económicas, las cuales constituyen recursos económicos de la Autoridad Nacional. Los ingresos por los diferentes usos del agua se administran por la Autoridad Nacional de Aguas (ANA) y se distribuyen de acuerdo con el Reglamento, respetando los porcentajes y derechos señalados en esta Ley”.*

Esto es, según de la legislación actual, Los titulares de derechos de uso están obligados a contribuir con el uso sostenible y eficiente del recurso mediante el pago de:

TABLA A: RETRIBUCIONES Y TARIFAS

RETRIBUCIONES ECONOMICAS	TARIFAS
1. Por el uso del agua	1. Por utilización de la infraestructura hidráulica
2. Por el vertimiento de agua residual	2. Por servicio de distribución del agua en los usos sectoriales
	3. Por monitoreo y gestión de aguas subterráneas

Fuente: Elaboración propia

- **Retribución económica por el uso del agua**

De conformidad con el Artículo 91° de la Ley de Recursos Hídricos, *“La retribución económica por el uso del agua es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen. Se fija por metro cúbico de agua utilizada cualquiera sea la forma del derecho de uso otorgado y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos”*, lo que es complementado por el Reglamento, al establecer en su Artículo 176°.1 que *“la retribución económica por el uso del agua, es la contraprestación económica, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación. No constituye tributo”*. Asimismo, se destina para la formulación de los planes de gestión de recursos hídricos en la cuenca, desarrollar la gestión y administración de los recursos hídricos en las fuentes naturales del agua, así como para financiar las medidas de control y vigilancia destinadas a lograr: La protección de la calidad, el incremento de la disponibilidad de los recursos hídricos y la conservación de las fuentes productoras de agua; así como para la gestión integrada del agua en las cuencas menos favorecidas y la preservación del recurso hídrico en las cabeceras de cuencas”.

Respecto al valor de este concepto, el Reglamento de la Ley prescribe que este es determinado anualmente por la ANA de manera diferenciada según el tipo de uso de agua, tomando en cuenta criterios sociales, económicos y ambientales. Esto es, como establece la Ley, el valor de las retribuciones económicas se fija bajo criterios que permitan lo siguiente:

- a. Cubrir los costos de la gestión integrada del agua a cargo de la Autoridad Nacional, el Consejo de Cuenca, incluyendo los vinculados con el manejo del correspondiente sistema de información; y
- b. Cubrir los costos de recuperación o remediación del recurso y los daños ambientales que cause el vertimiento.

Asimismo, respecto a las formas de pago, el Reglamento contempla que las retribuciones económicas se pagarán de acuerdo al volumen de agua utilizado durante un periodo anual calendario, en virtud a cualquiera de los derechos de uso de agua, contemplados en el Artículo 45º de la Ley, y se pagará de acuerdo a una de las siguientes formas:

- c. Una vez al año. Cuando el período de uso sea inferior a un año, la Autoridad cobrará la retribución económica proporcional.
- d. En forma mensual y según la cantidad de metros cúbicos de agua consumidos en el mes.
- e. La forma y plazos en que los usuarios deberán abonar las retribuciones económicas, serán regulados por la Autoridad Nacional del Agua mediante Resolución Jefatural.

- **Retribución económica por el vertimiento de uso de agua residual**

El Artículo 72º del Ley, establece que esta retribución “es el pago que el titular del derecho efectúa por verter agua residual en un cuerpo de agua receptor. Este pago debe realizarse en función de la calidad y volumen del vertimiento y no sustituye el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y en otras normas referidas a la protección y conservación del agua”, es decir, es el pago por efectuar un vertimiento

autorizado en un cuerpo de agua receptor, el mismo que no constituye tributo, según refiere el reglamento de la Ley. Es establecido anualmente por la ANA en función de la calidad y volumen del vertimiento y costos de recuperación de la fuente de agua afectada. El pago que se efectúe por este concepto, se destinará al monitoreo, prevención, control y remediación de los daños ambientales que afecten la calidad del agua y sus bienes asociados en la respectiva cuenca.

Asimismo, respecto a las formas de pago, el Reglamento contempla que las retribuciones se liquidarán anualmente y de forma adelantada, en función a la calidad y volumen del vertimiento y costos de recuperación de la fuente de agua afectada, y además que la forma y los plazos en que los usuarios deberán abonar las retribuciones económicas serán regulados por la Autoridad Nacional del Agua mediante Resolución Jefatural.

- **Tarifa por el servicio de distribución del agua en los usos sectoriales**

Esta tarifa se contempla en el Artículo 188° del Reglamento, como “el pago que efectúan los beneficiarios de los servicios de distribución de agua a los titulares de derechos de uso de agua sectoriales (...)”.

- **Tarifa por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor**

El Artículo 93° de la Ley, establece que *“la tarifa por la utilización de infraestructura hidráulica mayor y menor es el pago que el titular del derecho efectúa a la entidad pública a cargo de la infraestructura o la entidad que lo realice por delegación expresa de la primera, por concepto de*

operación, mantenimiento, reposición, administración y la recuperación de la inversión pública empleada, conforme a ley”.

Así, el Reglamento en su Artículo 187° disgrega que:

- a. La Tarifa por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor es el pago que efectúan los usuarios del agua u operadores de infraestructura hidráulica menor para cubrir los costos de los servicios de operación y mantenimiento así como el desarrollo de infraestructura hidráulica mayor que efectúan los operadores de dicha infraestructura.
- b. La Tarifa por la utilización de la infraestructura hidráulica menor es el pago que efectúan los usuarios de agua para cubrir los costos de los servicios de operación y mantenimiento así como el desarrollo de dicha infraestructura.

La tarifa es aprobada por la Autoridad Administrativa del Agua competente en cada sector, previa propuesta de los operadores de infraestructura hidráulica, quienes la presentarán conforme con los lineamientos técnicos y económicos establecidos por la Autoridad, y en los plazos que esta indique. Así, la Autoridad, aprueba las tarifas por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor, la infraestructura hidráulica menor, el monitoreo y la gestión de las aguas subterráneas.

Asimismo, de conformidad con el Artículo 190° del Reglamento, *“190.1. Las Tarifas por la utilización de la infraestructura hidráulica se destinan a cubrir los costos de operación, mantenimiento, reposición, recuperación de inversiones y gestión de riesgos de la infraestructura*

hidráulica a cargo de los operadores de infraestructura hidráulica”.

Por otro lado, el Reglamento establece que la Autoridad Nacional del Agua aprueba el formato del recibo único por el uso del agua en el que se detallan los costos por el uso del agua a que está obligado el usuario, incluyendo los aportes voluntarios que pudieran aprobarse por otros servicios; y, el incumplimiento del pago de dicho recibo faculta al operador de infraestructura hidráulica a efectuar el corte del servicio del agua.

- **Tarifa por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas**

Finalmente, la Ley en su Artículo 94° contempla como tarifa por el servicio de monitoreo y gestión de las aguas subterráneas *“al pago que hacen los usuarios de aguas subterráneas con fines productivos y cuyos fondos se destinan a monitorear el uso de esta agua y el nivel freático, así como para gestionar el uso de esta agua para hacer sostenible su disponibilidad”.*

De igual manera, el Reglamento en su Artículo 189° precisa que este concepto económico es asumido por los usuarios *“que no cuenten con sistemas propios de monitoreo y gestión de dichas aguas, cuando reciban por parte de terceros los servicios de lecturas periódicas de niveles freáticos, operación y mantenimiento de los sistemas de medición, y otros relacionados con la gestión de las aguas subterráneas de un acuífero en particular”,* pero es la Autoridad Nacional del Agua la que establecerá las condiciones para la prestación de los servicios de monitoreo y gestión del uso de aguas subterráneas, y es esta la que

aprueba el valor de las tarifas por monitoreo y gestión de las aguas subterráneas. Los fondos se destinan a monitorear el uso de esta agua y el nivel freático, así como para gestionar el uso de esta agua para hacer sostenible su disponibilidad.

Finalmente, se advierte que el Reglamento de la Ley, ha contemplado las consecuencias que genera el incumplimiento de las obligaciones económicas por parte de los usuarios:

- El incumplimiento de pago de dos cuotas consecutivas de las retribuciones económicas o de las tarifas es causal de revocación de los derechos de uso de agua. (Reglamento - Artículo 102.4).
- El incumplimiento de pago de dos cuotas consecutivas de las retribuciones económicas es causal de revocación de la autorización de vertimiento de aguas residuales tratadas. (Reglamento - Artículo 144).
- El incumplimiento del pago de un recibo faculta al Operador de Infraestructura Hidráulica a efectuar el corte del servicio de agua (Reglamento - Artículo 190.4)

IV. EL AGUA

5.1. DEFINICIÓN

JIMENEZ, Luis (2008), en su obra citada, sostiene que *“el agua es un recurso natural escaso. Es, a la vez, un insumo y un bien de demanda final. Tiene, además, usos consuntivos y no consuntivos. En las actividades económicas, pueden ser un bien de consumo (caso la agricultura) o un bien de uso (caso domestico)”*. ANDALUZ, Carlos (2016), por su parte comenta que, *“el agua es un recurso abundante en la naturaleza que constituye algo más del 70% de la superficie del planeta”*.

Podemos concluir que agua es un recurso natural aprovechable en sí mismo y como insumo para actividades productivas, que se caracteriza por su movilidad y por su presencia en todos los elementos de la naturaleza. Por ello, el hombre siempre ha tenido conciencia de que el agua pertenece a todos, porque es un elemento que ordena la vida y tiene el carácter de un bien que se renueva sin cesar, por tanto, no puede ser de la propiedad de uno solo. La imposibilidad de la apropiación se debe a sus características físicas y su papel indispensable en la vida y desarrollo de la vida humana. El agua es una res communis, y no una res nullius. Al ser común, un recurso solo puede ser sometido a un derecho de uso que no lo agote y que deje intacto el derecho de uso a los demás usuarios, además de que tiene un valor económico y ambiental innegable.

En el caso particular, nos interesa el estudio del Agua Dulce o Continental, la que en palabras de ANDALUZ, Carlos (2016), en la obra citada, *“es la que nos sirve para beber, conducir los desechos domésticos (desagües), abreviar el ganado, regar las plantas, generar energía hidroeléctrica, aprovechar recursos hidrobiológicos continentales, realizar procesos industriales y mineros, desarrollar actividades de recreación y para el transporte fluvial y lacustre. Siendo el agua un recurso abundante, el agua fresca o dulce es escasa, ya que solo representa el 3% de toda el agua del mundo; además el 99% del agua dulce es inaccesible, así que únicamente nos queda el 1% para satisfacer nuestras múltiples necesidades. Es pues un recurso finito que está sujeto a una creciente competencia y, por lo mismo, es materia de conflictos en cuanto a su uso y asignación de derechos”*.

5.2. TIPOS DE AGUA

La Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento comprende la regulación de las siguientes aguas:

- La de los ríos y sus afluentes, desde su origen natural.
- La que discurre por cauces artificiales.

- La acumulada en forma natural o artificial.
- La que se encuentra en las ensenadas y esteros.
- La que se encuentra en los humedales y manglares.
- La que se encuentra en los manantiales.
- La de los nevados y glaciares.
- La residual.
- La subterránea.
- La de origen minero medicinal.
- La geotermal.
- La atmosférica.
- La proveniente de la desalación.

5.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL AGUA

ANDALUZ, Carlos (2016), en la obra consulta, sostiene que *“según el ordenamiento legal peruano, el agua es un recurso natural renovable que constituye patrimonio de la Nación, es un bien de uso público y su dominio es inalienable e imprescriptible. Su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. En consecuencia, no hay propiedad privada sobre el agua y corresponde al Estado su otorgamiento en uso a las personas naturales y jurídicas mediante licencias, permisos y autorizaciones; condicionado a su disponibilidad. El uso de las aguas está condicionado a las necesidades reales del objeto al cual se destinan y a las fluctuaciones de las disponibilidades de agua, originadas por causas naturales y por aplicación de la Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento (Artículos 2, 34 y 45 de la Ley de Recursos Hídricos y Artículos 2 y 54 del Reglamento)”*, asimismo, agrega que *“Se lo considera un recurso renovable porque participa del ciclo hídrico que, de no interrumpirse, permite gozar del recurso indefinidamente. El ciclo del agua es impulsado por la evaporación solar, mediante la cual la humedad sale de la superficie de la tierra*

hacia la atmosfera y vuelve en forma de lluvia, nieve, granizo, garua, etc.”.

Por su parte, GONZALES, Gunther (2017), comenta que *“un subgrupo importante de los bienes de dominio público son los de “uso público”, cuya particularidad es que permiten el aprovechamiento común, pues son necesarios para el disfrute colectivo, en consecuencia, sobre ellos no puede existir un uso excluyente ni apropiación por los particulares. Es la traducción moderna de la vieja categoría romana de las res ómnium comunes (cosas de todos), que en la actualidad incluye, sin dudas, al agua, pues todos tienen derecho a ella, por lo que se ha convertido en derecho humano, en cuanto nadie puede ostentar derechos privados de exclusividad”.*

Asimismo, el autor continúa exponiendo que *“el carácter demanial del agua cuenta con una forma especial de tutela, en tanto presenta la característica de permanencia absoluta, que excluye la propiedad privada, es decir, no puede ser objeto de desafectación para efecto de privatizarla, bajo ninguna circunstancia, salvo cambio constitucional. Por el contrario, el dominio público ordinario, en determinados casos, y luego del procedimiento legal, puede trasladarse al sector privado. Esta alternativa no existe en el caso del agua, como tampoco en las minas, por ejemplo”.*

En buena cuenta, los recursos naturales cuentan con un régimen jurídico similar al del dominio público, es decir, gozan de una tutela reforzada con el objetivo de potenciar su defensa frente a terceros; sin embargo, su carácter esencialmente económico, permite que los titulares de derechos legítimos (licencias, permisos, autorizaciones) puedan realizar actos de aprovechamiento sostenible, e, incluso, apropiarse de las partes, frutos o productos nacidos de la explotación legal. El Artículo 1° de la Ley de Recursos Hídricos establece que: *“El agua es recurso natural indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los*

sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación”; concordante con el Artículo 3° de Ley, que prescribe “Declárese de interés nacional y necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones”.

Asimismo, cabe recordar que el Decreto Ley 17752, Ley General de Aguas, del 24 de julio de 1969, declaró que todas las aguas, cualquiera sea su estado físico, incluyendo sus cauces y álveos, le pertenecen al Estado. Tuvo la particularidad de otorgarle el carácter de bienes inalienables, y canceló todos los derechos adquiridos con anterioridad. Esta norma fue finalmente derogada por la vigente Ley de Recursos Hídricos.

Por tanto, el carácter de función social, sin apropiación individual, que caracteriza a los bienes de dominio público, se relaja o mediatiza en el caso de los recursos naturales, pues su base ontológica de aprovechamiento, permite la apropiación de frutos y productos, pero no del recurso mismo.

5.4. EL AGUA COMO RECURSO RENOVABLE

ANDALUZ, Carlos (2016) en la obra estudiada, sostiene que *“al agua se le considera un recurso renovable porque participa del ciclo hídrico que, de no interrumpirse, permite gozar del recurso indefinidamente. El ciclo del agua es impulsado por la evaporación solar, mediante la cual la humedad sale de la superficie de la tierra hacia la atmósfera y vuelve en forma de lluvia, nieve, granizo, garúa, etc. Cuando el agua vuelve a la tierra una parte se evapora inmediatamente, otra se escurre hacia riachuelos, ríos, represas, lagos o los océanos; otra*

parte se deposita en los nevados; otra cantidad va al suelo manteniéndose allí (humedad del suelo) o se infiltra formando la napa freática (mantos acuíferos), una cantidad importante es absorbida por las plantas y es transpirada luego por las hojas volviendo nuevamente al aire”.

Sin embargo, este ciclo no es regular, sino errático, lo cual significa que no siempre podrá contarse con la misma cantidad de agua en un espacio determinado, ya que durante el transcurso del tiempo pueden producirse periodos de excedencia (inundaciones) o de deficiencia (sequias) por razones climáticas.

5.5. USO Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA

El agua, como recurso, es susceptible de ser usada y aprovechada, por lo cual es importante diferenciar estos términos para su gestión y aprovechamiento sostenible:

- El uso es lo que da acceso al agua para satisfacer necesidades humanas primarias y por lo general es de carácter gratuito.
- En cambio, el aprovechamiento se otorga, por lo general, mediante concesiones o autorizaciones sujetas al pago de retribuciones económicas. Esto obliga a contar con autorizaciones para el vertimiento de aguas residuales en las fuentes, y desarrolla derechos especiales de agua asociados a las tierras comunales de las comunidades campesinas y nativas.

A. CLASES DE USOS Y ORDEN DE PRIORIDAD

El agua es un recurso limitado y ofrece una multiplicidad de usos que no siempre son compatibles. Algunos usos extraen el agua de su ciclo natural por periodos largos de tiempo, otros por un tiempo corto y otros simplemente no extraen el agua, aun cuando la usan,

a este último grupo pertenecen los usos no consuntivos. Así, los usos del agua pueden clasificarse en dos grandes grupos, que explica en las siguientes palabras:

- Usos extractivos o consuntivos que son los que extraen o consumen el agua de su lugar de origen (ríos, lagos y aguas subterráneas). Los usos consuntivos más frecuentes, son los usos en la industria, en la agricultura, en la minería, para fines poblacionales. El Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, establece en su Artículo 73° que *“La licencia de uso de agua para uso consuntivo es aquella en la que el volumen de agua asignado se consume al desarrollar la actividad para la cual se otorgó”*.
- Usos no extractivos, o no-consuntivos corresponden a los usos que ocurren en el ambiente natural de la fuente de agua sin extracción o consumo del recurso. A diferencia de los usos extractivos, los usos no-consuntivos no pueden ser medidos cuantitativamente, porque el agua es usada, pero no es removida de su ambiente natural. Los distintos tipos de usos no-consuntivos se pueden clasificar en usos para la Generación de energía hidroeléctrica, Transporte, Pesca, Recreación, etc. El Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, establece en su Artículo 74° que *“74.1. La licencia de uso de agua para uso no consuntivo es aquella en la que el volumen de agua asignado no se consume al desarrollar la actividad para la cual se otorgó el uso del agua. El titular de esta licencia está obligado a captar y devolver las aguas en los puntos señalados en la resolución de otorgamiento, debiendo contar en ambos lugares con obras o instalaciones de medición; y, 74.2 Las aguas deberán ser devueltas, sin afectar la calidad en que fueron otorgadas, descontándose el volumen*

de las pérdidas que deberá ser precisado en la resolución de otorgamiento”.

En nuestra legislación nacional, las clases de uso de agua y el orden de prioridad para su otorgamiento, es el siguiente:

- **USO PRIMARIO**

Consiste en la utilización directa y efectiva mediante el aprovechamiento manual de aguas superficiales y subterráneas que afloran naturalmente, mientras se encuentren en sus fuentes naturales o artificiales, con el fin exclusivo de satisfacer las necesidades humanas primarias siguientes: preparación de alimentos, el consumo directo, aseo personal; así como usos en ceremonias culturales, religiosas y rituales.

El acceso de las personas, bajo su propia responsabilidad, es libre y gratuito, en consecuencia, no requiere licencia, permiso o autorización. Este derecho se ejerce por la sola disposición de la Ley y está condicionado a que no se alteren las fuentes de agua en su cantidad y calidad, resulte inocuo al ambiente y no se afecte la propiedad de terceros ni los bienes asociados al agua. Cuando exista dificultad para el acceso directo a las fuentes de agua, la Autoridad Nacional del Agua fijará zonas o lugares que permitan el uso primario.

- **USO POBLACIONAL**

Consiste en la extracción del agua de una fuente a través de un sistema de captación, tratamiento y distribución, con el fin de satisfacer las necesidades humanas básicas, es decir, preparación de alimentos y hábitos de aseo personal. Se ejerce

mediante licencia de uso de agua otorgada por la Autoridad Nacional del Agua a las entidades encargadas del suministro de agua poblacional, las que son responsables de implementar, operar y mantener los sistemas de abastecimiento de agua potable en condiciones que garanticen la calidad adecuada y la eficiente prestación del servicio. En estados de escasez hídrica, las autoridades locales, regionales y nacionales responsables de normar la prestación de servicios de saneamiento, dictaran medidas de racionamiento para restringir el uso del agua que no esté destinado para satisfacer las necesidades personales.

- **USO PRODUCTIVO**

Consiste en la utilización del agua con carácter exclusivo, en procesos de producción o previos a los mismos, es decir, como insumo para el desarrollo de una actividad económica. Se ejerce mediante licencia, permiso o autorización de uso de agua otorgado por la Autoridad Nacional del Agua.

Son tipos de uso productivo, con orden prioritario, los siguientes:

- Agrario (pecuario y agrícola), acuícola y pesquero..
- Energético, industrial, medicinal y minero.
- Recreativo, turístico y transporte.
- Otros usos no previstos, respetando las disposiciones de la Ley de Recursos Hídricos.

La Comisión Técnica del Agua del Colegio de Ingenieros de La Libertad (2016), en la obra “Gestión y Tratamiento del Agua Potable, Industrial y Residual”, sostiene cuáles son las actividades en los que se utiliza más el agua:

- Mineras2 %
- Industriales.....6%
- Poblacionales.....12%
- Agrícolas.80%

B. DERECHOS DE USO DE AGUA

Como vimos, en nuestra legislación, para usar el agua, salvo en el caso de uso primario, se requiere contar con un derecho de uso otorgado por la Autoridad Nacional del Agua, a través de sus órganos desconcentrados: Autoridades Administrativas del Agua con participación del Consejo de Cuenca Regional o Interregional, según corresponda. Los derechos de uso de agua se otorgan, suspenden, modifican o extinguen por resolución administrativa de dichas entidades.

Los derechos de uso de agua que contempla nuestra legislación para el aprovechamiento del recurso, son los siguientes:

- **LICENCIA**

Es el derecho por el cual la Autoridad Administrativa del Agua, con opinión del Consejo de Cuenca respectivo, otorga a su titular la facultad de usar una dotación anual de agua expresada en metros cúbicos, desagregado en periodos mensuales o mayores, determinado en función a la disponibilidad acreditada en el procedimiento de otorgamiento respectivo, por plazo indeterminado, con un fin y en un lugar determinado, en los términos y condiciones previstos en los dispositivos legales vigentes y en la correspondiente resolución administrativa que la otorga. La licencia de uso es intransferible y puede ser otorgada para uso consuntivo y no consuntivo.

Previo al otorgamiento de la licencia, la autoridad sectorial competente deberá haber autorizado la actividad a la cual se destinará el uso del agua; asimismo, el solicitante deberá contar con la aprobación del instrumento ambiental correspondiente.

Las licencias provisionales son otorgadas a plazo determinado por la Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca, sobre recursos excedentes y siempre que no se afecte derechos de uso de terceros, a favor de los titulares de concesiones otorgadas por las entidades públicas competentes que tengan por objeto la realización de estudios en cualquier actividad.

Las licencias estacionales se otorgan cuando los estudios hidrológicos demuestran la existencia de un volumen disponible de carácter persistente, en épocas de avenida, por un periodo igual o mayor a tres meses. El plazo de la licencia es igual a dicho periodo.

El Decreto Legislativo 1195 (publicada el 30 de agosto de 2015), Ley General de Acuicultura, regula el otorgamiento de licencia de uso de agua para acuicultura (Artículo 27°).

- **PERMISO**

Se otorga para uso en épocas de superávit hídrico y sobre aguas residuales. Es un derecho de duración indeterminada y de ejercicio eventual, mediante el cual la Autoridad Nacional del Agua, a través de sus órganos desconcentrados (Autoridad Administrativas del Agua con opinión del Consejo de Cuenca), otorga a su titular la facultad de usar transitoriamente una indeterminada cantidad de agua variable proveniente de una fuente natural. El estado de superávit hídrico es declarado por

la Autoridad Nacional cuando se han cubierto los requerimientos de los titulares de licencias de uso del sector o distrito hidráulico.

Respecto al Permiso sobre aguas residuales, es un derecho de uso de duración indeterminada otorgado por la Autoridad Nacional, mediante el cual se confiere a su titular la facultad de usar una determinada cantidad de aguas superficiales variables provenientes de retorno, drenaje, filtraciones resultantes del ejercicio del derecho de los titulares de licencias de uso. Los titulares de licencias que producen las filtraciones no son responsables de las consecuencias o de los perjuicios que puedan sobrevenir si variara la calidad, el caudal o volumen, u oportunidad o si dejara de haber sobrantes de agua en cualquier momento o por cualquier motivo.

- **AUTORIZACIÓN**

Es un derecho de plazo determinado, no mayor a dos años, mediante el cual la Autoridad Nacional del Agua otorga a su titular la facultad de usar una cantidad anual de agua para cubrir exclusivamente las necesidades derivadas o relacionadas directamente con ejecución de estudios; ejecución de Obras; y lavado de suelos. La autorización de uso puede ser prorrogada por una única vez, por un plazo similar, siempre que subsistan las condiciones que dieron origen a su otorgamiento.

C. CAUSALES DE EXTINCIÓN

Según la legislación vigente, “los derechos de uso se extinguen por lo siguiente:

- Renuncia del titular.
- Nulidad del acto administrativo que lo otorgó

- Caducidad

Son causales de caducidad:

- La muerte del titular del derecho.
- El vencimiento del plazo del derecho de uso de agua.
- Conclusión del objeto para el que se otorgó el derecho.
- Falta de ejercicio del derecho durante dos años consecutivos o acumulados en un periodo de cinco años sin justificación, siempre que esta causal sea imputable al titular.

- Revocación

Son causales de revocación:

- La falta de pago de dos cuotas consecutivas de la retribución económica del agua por use o del derecho de vertimiento, de las tarifas de agua o de cualquier otra obligación económica con la Autoridad Nacional.
 - Cuando se destine el agua, sin autorización previa de la Autoridad Nacional, a un fin distinto para el cual fue otorgado.
 - Cuando el titular del derecho de uso de agua haya sido sancionado dos veces por infracciones graves.
 - La escasez del recurso, declarada formalmente por la Autoridad Nacional, o problemas de calidad que impidan su uso.
- Resolución judicial consentida o ejecutoriada que disponga la extinción del derecho.

La declaratoria de extinción de los derechos de uso de agua determina la reversión al dominio del Estado de los volúmenes otorgados.

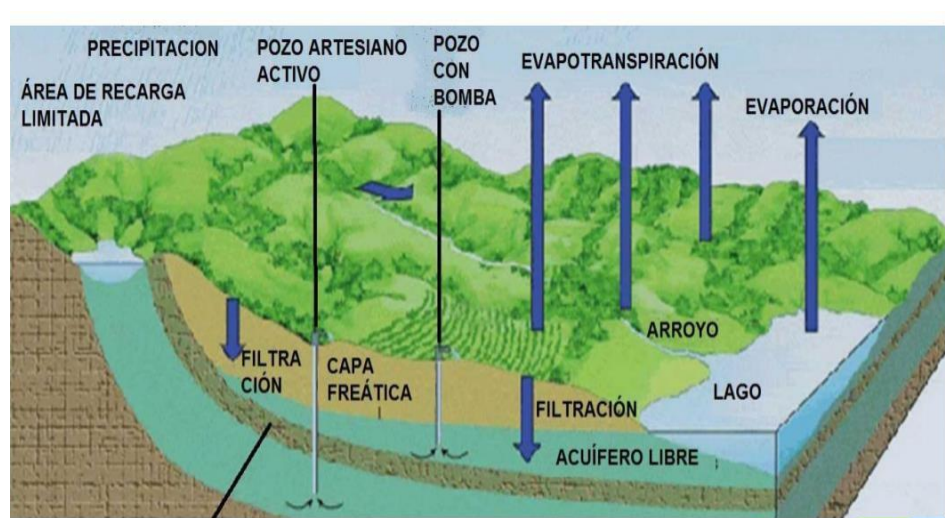
5.6. AGUAS SUBTERRÁNEAS

A. NOCIÓN

En el ordenamiento jurídico nacional, el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG, prescribió en su Artículo 225°-1 que: “se consideran aguas subterráneas las que dentro del ciclo hidrológico, se encuentran en la etapa de circulación o almacenadas debajo de la superficie del terreno y dentro del medio poroso, fracturas de las rocas u otras formaciones geológicas, que para su extracción y utilización se requiere la realización de obras específicas”.

En la doctrina, ORDOÑEZ, Juan (2011), en su obra “Aguas Subterráneas-Acuíferos”, sostiene que “se entiende por aguas subterráneas al recurso hídrico situado bajo la superficie terrestre, la cual puede ser aprovechada mediante obras tales como perforaciones o galerías de drenaje, o bien mediante manantiales o filtraciones”, y luego, agrega que “por su parte, el acuífero se refiere a un volumen subterráneo compuesto por diversos elementos, que podrían ser generalizados como roca y arena, en el cual se almacena agua”, como se verá a continuación.

GRÁFICO B: AGUAS SUBTERRÁNEAS



Fuente: http://aguaspatagonicas.com/m/styles/imagen_principal/public/art_gen/por_tadas/aguas-subterranas.jpg?itok=t4=hT3Wr

B. ACUÍFEROS

BROOKS, David (2004), en su obra "Agua, manejo a nivel local", sostiene que los acuíferos *"son estratos geológicos que contienen agua, sea en arenas, gravas o fluyendo a través de los poros y fracturas de las capas subterráneas. (Acuífero en latín significa "contenedor de agua".) En el lenguaje común, acuífero también se refiere a la valiosa agua en sí -cuerpos de agua subterráneos, aun no completamente comprendidos, que fluyen lentamente a través del substrato y de los estratos profundos del subsuelo. Extendiéndose en algunos casos a través de miles de kilómetros cuadrados, separados por cientos de kilómetros de distancia desde las zonas lluviosas hasta los manaderos y fuentes donde emergen a la superficie, los acuíferos son fuentes muy importantes de agua, y están amenazados casi en todas partes por la contaminación y el mal uso"*.

Ahora bien, los acuíferos en los cuales se almacena el agua subterránea presentan diversas características; no obstante, es posible distinguir aquellos que cuentan con aguas subterráneas renovables y aquellos que no. Ello se determina a partir de la presencia o no de recarga natural de agua.

Así, como informa MECHLEM, Kerstin (2002), en su obra "Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los Principios de Dublín", *"los acuíferos que cuentan con recarga natural mantienen un esquema de aguas subterráneas renovables. Por lo cual, es posible que a través de una adecuada gestión del referido recurso hídrico, se puedan preservar y aprovechar de manera indefinida. En el caso de los acuíferos que no presentan recarga natural, por definición presentan aguas subterráneas no renovables (siendo posible la recarga artificial, en caso se determine un escenario de eficiencia que lo justifique)"*. Respecto a ello, el Reglamento de la Ley en su Artículo 231^o, estableció que *"231.1 Se entiende por*

recarga artificial de acuíferos a la recuperación de su volumen natural e incluso su aumento, como resultado de la intervención humana por medio de perforaciones, de pozos excavados o de la infiltración de agua a través de la superficie del terreno por infraestructura hidráulica”, asimismo establece que “231.2 La Autoridad Administrativa del Agua podrá disponer cuando sea necesario y cuando los estudios demuestren que es técnicamente posible, la ejecución de obras de recarga artificial del acuífero con recursos superficiales excedentes. El ejecutante de las obras tiene derecho de prioridad a usar las aguas que recargan artificialmente al acuífero”.

Por tanto, la gestión de las aguas subterráneas no renovables debe tener como objetivo que el referido recurso sea aprovechado de la manera más eficiente para que, paralelamente, se desarrolle una tecnología que permita contar con una fuente distinta de recursos hídricos, como el proceso de desalinización.

C. REGULACIÓN JURÍDICA VIGENTE

Como quiera que su regulación estaba todavía dispersa, la nueva Ley de Recursos Hídricos apartó un título específico para regular la exploración, el otorgamiento de derechos y el régimen de vedas, entre otros asuntos relacionados con el recurso de aguas subterráneas.

El primer enunciado de la norma (Artículo 108°) es el que dispone que *“el uso del agua subterránea se efectúa respetando el principio de sostenibilidad del agua en la cuenca”*, es decir, previniendo la afectación de la calidad ambiental y las condiciones naturales de su entorno, como parte del ecosistema donde se encuentra el recurso hídrico. Asimismo, el uso debe considerar la integración equilibrada de aspectos socioculturales, ambientales y económicos.

Así, en lo que respecta al otorgamiento de derechos para el uso de aguas subterráneas, la Ley dispone que estos derechos estén supeditados a la posibilidad de obtener una licencia, un permiso o una autorización, de conformidad con el título IV de dicha norma. Dichos derechos deberán contar con el correspondiente instrumento de gestión ambiental, en caso corresponda.

Por otro lado, el Artículo 109° de la norma establece que la exploración de aguas subterráneas que impliquen perforaciones requiere de una autorización previa de la autoridad nacional y, de ser el caso, de los propietarios del área a explorar.

Asimismo, en caso de que al realizar estudios, exploraciones, explotaciones u otras obras alguna persona natural o jurídica descubriese agua, está obligada a informarlo a la autoridad nacional y a brindar la información técnica correspondiente al hallazgo. El derecho a utilizar dichos recursos deberá ser parte de un permiso específico otorgado por la autoridad correspondiente.

Finalmente, es importante destacar en este punto la competencia específica de la Autoridad Nacional del Agua en materia de aguas subterráneas, lo cual es desarrollado por el Reglamento de la Ley con las siguientes especificaciones (Artículo 227°):

- a. Dictar las directivas para los distintos niveles de estudios y obras de exploración y explotación para el aprovechamiento de aguas subterráneas y mantener el adecuado control de la explotación del agua subterránea.
- b. Promover, actualizar y formular estudios hidrogeológicos destinados a evaluar la capacidad del acuífero, su aprovechamiento en cantidad, calidad y oportunidad.
- c. Inventariar las fuentes de agua subterránea en el país.
- d. Establecer, instalar y operar redes de monitoreo del acuífero para evaluar y controlar periódicamente los niveles de la napa y calidad del agua, en coordinación con las organizaciones de

usuarios de agua u operadores de agua subterránea según corresponda.

- e. Aprobar los estudios y obras necesarios para el uso sostenible de las aguas subterráneas, su reposición e incremento en cuanto a cantidad y calidad.

Incluso la Ley contempla en su Artículo 113° que la Autoridad Nacional también es competente para establecer y declarar zonas de veda y zonas de restricción respecto de la exploración y uso de aguas subterráneas, en caso la situación de la cuenca así lo amerite.

Asimismo, en virtud del Artículo 233° del Reglamento, tratándose de un mismo acuífero y cuando las disponibilidades de aguas subterráneas disminuyan y no sean suficientes para cubrir íntegramente las demandas de los titulares de derechos de uso de agua otorgados, la Autoridad Administrativa del Agua establecerá el régimen de uso más adecuado, a fin de conservar y controlar la calidad del recurso, atendiendo las prioridades señaladas en la Ley.

D. TITULARIDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Como vimos en el capítulo anterior, constitucionalmente, los recursos naturales en su generalidad, pertenecen a la Nación, y se le encarga al Estado, como representante de ella, su administración y gestión, que incluye su otorgamiento a favor de los particulares.

Sin embargo, como reflexiona MECHLEM, Kerstin (2002), en su obra “Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los Principios de Dublín”, en el caso de las aguas subterráneas, por su misma naturaleza de encontrarse en el subsuelo, *“su aprovechamiento, frecuentemente, se ha presentado por parte de*

los dueños de las tierras en las cuales se encuentra el recurso hídrico. En este sentido, los propietarios de las tierras, muchas veces, han realizado el aprovechamiento de las aguas subterráneas de manera individual, no coordinada, ocasionando en algunos casos escenarios de sobre explotación”.

Sin embargo, con la nueva legislación sobre la materia, se ha centrado mucho la atención en este recurso, y considerando que el agua subterránea, es también un recurso natural, nada impide que se reconozca su carácter de bien demanial, por su pertenencia al patrimonio de la Nación, y por tanto, inalienable e imprescriptible, conforme a los Artículos 1 y 2 de la Ley de Recursos Hídricos.

Es por ello que, CAIRAMPOMA, Alberto (2015), en el libro, “El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa. Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo” concluye que *“en el Perú, en función al carácter determinante de los recursos hídricos en la calidad de vida de la población, se ha descartado el régimen de propiedad privada sobre el agua y se ha optado por su reconocimiento como bien de dominio público”.*

El carácter demanial de los recursos hídricos, y entre ellos, el de las aguas subterráneas, permite que el Estado establezca un marco normativo coherente para la gestión integrada de los recursos hídricos, reconociéndose así un régimen especial para su aprovechamiento. De ahí que, en este contexto, la consideración de las aguas subterráneas como bienes demaniales ha resultado como un instrumento apropiado para que la Administración Pública se encuentre habilitada para ejercitar diversas potestades en beneficio de una mejor gestión.

E. DERECHOS DE USO

De igual manera, como vimos en el capítulo anterior, la aplicación de títulos habilitantes o derechos de uso, conforme a la denominación recogida en la Ley de Recursos Hídricos, es una de las modalidades que ha adoptado la Administración Pública para garantizar que los recursos hídricos cuenten con una adecuada gestión, y los recursos hídricos subterráneos no son la excepción; su aprovechamiento se habilita únicamente cuando el particular obtiene el derecho de uso correspondiente, bien sea para exploración o explotación.

Como indica MECHLEM, Kerstin, (2002), en la obra citada, *“la aplicación de derechos de uso promueve el uso racional de los recursos hídricos, debido a las consideraciones técnicas, económicas y legales que suponen su otorgamiento”*. La realización de estudios previos, la construcción de la infraestructura regulada y la retribución económica abonada por el aprovechamiento, son parte de aquellas consideraciones que permiten una mejor gestión de las aguas subterráneas.

En el Perú, el otorgamiento de derechos de uso de agua subterránea se encuentra regulado en el Título IV de la Ley de Recursos Hídricos. Asimismo, el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos (Artículo 241°) precisa que las condiciones que deberán ser cumplidas para el otorgamiento de los derechos de uso, en el caso de recursos hídricos subterráneos, son las siguientes:

- a. Su ejercicio no interfiere o altera el ejercicio de otros derechos de uso de agua superficial o subterránea otorgados con anterioridad.
- b. La extracción de agua subterránea no causa fenómenos físicos, químicos o ambos, que alteren perjudicialmente las condiciones del reservorio acuífero, las aguas allí contenidas,

ni el área superficial comprendida en el radio de influencia del pozo cuando abarque terrenos de terceros.

- c. No produzcan interferencia con otros pozos u otras fuentes naturales de agua.
- d. Disponibilidad del agua subterránea solicitada y que la misma sea apropiada en calidad, cantidad y oportunidad para el uso al que se destine.
- e. Las obras hidráulicas de alumbramiento o recarga artificial del acuífero, conducción, utilización, medición y las demás que fuesen necesarias cuenten con la aprobación de la ANA.

Adicionalmente, la norma refiere que los derechos de uso conferidos para el aprovechamiento de aguas subterráneas se otorgan conforme a lo dispuesto en el Artículo 53° de la Ley de Recursos Hídricos, en el que se regulan los requerimientos base para el otorgamiento de cualquier tipo de derecho de uso, los cuales se mencionan a continuación:

- a. Disponibilidad del agua solicitada y que ésta sea apropiada en calidad, cantidad y oportunidad para el uso al que se destine.
- b. La fuente de agua a la que se contrae la solicitud tenga un volumen de agua disponible que asegure los caudales ecológicos, los niveles mínimos de reservas o seguridad de almacenamiento y las condiciones de navegabilidad, cuando corresponda y según el régimen hidrológico.
- c. No se ponga en riesgo la salud pública y el ambiente.
- d. No se afecte derechos de terceros.
- e. Guarde relación con el plan de gestión del agua de la cuenca.
- f. El interesado presenta el instrumento ambiental pertinente aprobado por la autoridad ambiental sectorial competente.
- g. Se hayan aprobado las servidumbres, así como las obras de captación, alumbramiento, producción o regeneración, conducción, utilización, avenamiento, medición y las demás que fuesen necesarias.

De la revisión de los requisitos solicitados, se observa que resulta indispensable para el otorgamiento de derechos de uso respecto de aguas subterráneas, la disponibilidad del recurso en cantidad y calidad, que su explotación no perjudique ni el acuífero ni a terceros y que las obras necesarias para el aprovechamiento sean conforme a la regulación aplicable.

De lo expuesto, como concluye MECHLEM, Kerstin (2002), en la obra citada, *“se puede advertir que el marco jurídico en Derecho de Aguas en el Perú, y de manera particular en el caso de las aguas subterráneas, ha adoptado un sistema de derechos de uso que limita el aprovechamiento de los recursos hídricos a través de los títulos habilitantes”*.

A manera de excepción, conforme se señala en el Artículo 243° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, en el supuesto que el aprovechamiento de los recursos hídricos subterráneos tenga como propósito la satisfacción de necesidades básicas familiares en el ámbito rural, se podrá dispensar de algunos de los requisitos exigidos para el otorgamiento de los derechos de uso.

Finalmente, respecto de los derechos de uso queda señalar dos aspectos presentes en la regulación; el primero, referente a la retribución económica por el aprovechamiento de recursos hídricos subterráneos; y, el segundo, a la entidad pública responsable de otorgar los referidos títulos habilitantes.

Respecto a la retribución económica, como veremos más adelante, se debe señalar que esta genera incentivos para un uso responsable de los recursos hídricos. Así, en tanto los derechos de uso recogen la cantidad que podrá ser aprovechada, la retribución a la que se hace referencia se fija en función a los metros cúbicos utilizados, conforme a los Artículos 90° y 91° de la

Ley de Recursos Hídricos. De esta manera, la retribución económica permite incentivar la sostenibilidad del acuífero, objetivo el cual no debe minar el aprovechamiento por parte de usuarios menores o en estado de pobreza. Por otro lado, los fondos recaudados permiten la ejecución de obras de mejoramiento en la infraestructura presente y el financiamiento de investigaciones para un mejor aprovechamiento de los recursos hídricos subterráneos.

Respecto a la autoridad competente para el otorgamiento de derechos de uso, la responsable es la ANA, quien brinda los referidos títulos habilitantes a través de las Autoridades Administrativas del Agua o las Administraciones Locales del Agua.

TÍTULO IV OTORGAMIENTO DE RESERVA DE AGUA

I. REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL DEROGADO

El Decreto Ley N° 17752 o Ley General de Aguas (24 de Julio de 1969), que acabó con el régimen privatista del Código de Aguas de 1902, empezó declarando de manera rotunda que todas las aguas “sin excepción son patrimonio del Estado”, y que no existen derechos adquiridos o exclusivos sobre ellas.

Paralelamente a ello, la Constitución de 1979, consagró el tratamiento dado por la Ley General de Aguas, estableciendo en su Artículo 118°, que “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado”.

Esta ley no sólo se destacó por otorgar la titularidad del recurso hídrico al Estado, sino que incorporó otros elementos, tales como el reconocer la existencia de una escala de prioridades en el uso de las aguas, la atención a la calidad de las mismas, el manejo equilibrado del recurso, entre otros aspectos.

Así, estableció expresamente en su Artículo 4°, que su ámbito de aplicación comprendía las aguas marítimas, terrestres y atmosféricas del territorio y espacio nacionales; en todos sus estados físicos, las que con carácter enunciativo pero no limitativo son: a) Las del mar que se extiende hasta las 200 millas; b) Las de los golfos, bahías, ensenadas y esteros; c) Las atmosféricas; d) Las provenientes de las lluvias de formación natural o artificial; e) Los nevados y glaciares; f) Las de los ríos y sus afluentes; las de los arroyos, torrentes y manantiales, y las que discurren por cauces artificiales; g) Las de los lagos, lagunas y embalses de formación natural o artificial; h) *Las subterráneas*; i) Las minero medicinales; j) Las servidas; k)

Las producidas; y l) Las de desagües agrícolas, de filtraciones y drenaje. Apreciando la inclusión expresa de las AGUAS SUBTERRÁNEAS.

Asimismo, en el TITULO III DE LOS USOS DE LAS AGUAS, la LGA contempló el Orden de prelación en el uso de aguas, de la siguiente manera:

Artículo 27°: Orden de prelación en el uso de aguas

El orden de preferencia en el uso de las aguas es el siguiente:

- a) Para las necesidades primarias y abastecimientos de poblaciones;
- b) Para cría y explotación de animales;
- c) Para agricultura;
- d) Para usos energéticos, industriales y mineros, y
- e) Para otros usos.

El Poder Ejecutivo podrá variar el orden preferencial de los incisos c), d) y e) en atención a los siguientes criterios básicos: características de las cuencas o sistemas, disponibilidad de aguas, política hidráulica, planes de Reforma Agraria, usos de mayor interés económico.

Y reguló expresamente en su Artículo 28° que, “Los usos de las aguas se otorgan mediante permiso, autorización o licencias”.

Por otro lado, esta Ley incorpora en su Artículo 7°, algunas facultades especiales y exclusivas del Poder Ejecutivo respecto a las aguas, al permitir que:

Artículo 7°: Facultades del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo podrá:

- a) *Reservar aguas para cualquier finalidad de interés público;*
- (...)

Respecto a dicha atribución especial, el Reglamento de los Títulos I, II y III del Decreto Ley N° 17752 "Ley General De Aguas", DS N° 261-69-AP (13 de diciembre de 1969), estableció en su Artículo 10°, que el entonces denominado Ministerio de Agricultura y Pesquería (perteneciente al Poder Ejecutivo) tenía la facultad de: **a) Reservar aguas para cualquier finalidad de**

interés público por un plazo de dos (2) años, renovable, cuando existan razones técnicas o planes específicos que así lo justifiquen, quedando la Administración Técnica respectiva encargada de su cumplimiento bajo responsabilidad. Estableciéndose en consecuencia, una facultad especial y exclusiva del Poder Ejecutivo en cuanto a RESERVA DE AGUAS (cualquier sea su naturaleza) para cualquier finalidad de interés público, cuando existan razones técnicas y planes específicos que lo justifiquen, y por un plazo de dos años que podría ser renovado si las razones para su otorgamiento se mantienen.

Asimismo, a fin de complementar el tratamiento específico sobre AGUAS SUBTERRÁNEAS, mediante Decreto Supremo N° 274-69-AP-DGA, REGLAMENTO DEL TÍTULO IV DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS DEL DECRETO LEY N° 17752, (30 de diciembre de 1969), se estableció en su Artículo 1° que *“el otorgamiento de usos de las aguas subterráneas, su conservación y preservación, su aprovechamiento y los estudios y obras destinadas a lograrlo, quedan sujetos a las disposiciones específicas del presente Reglamento, y a las de la Ley General de Aguas que le sean aplicables y sus respectivos reglamentos”*, prescribiendo además de manera expresa en su Artículo 5° que *“El Ministerio de Agricultura y Pesquería, por propia iniciativa o a solicitud de otras entidades públicas o municipales, podrá reservar aguas subterráneas por un plazo de dos años renovables, para cualquier finalidad de interés social o público cuando existan razones técnicas o planes específicos que lo justifiquen”*. Recogiendo con ello una vez más la facultad exclusiva del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Agricultura para reservar aguas a favor de otras entidades, y en especial aguas subterráneas, siempre y cuando exista el interés público, y existan razones técnicas o planes específicos que lo justifiquen.

Asimismo, ante la necesidad de poner en claro esta confusión, el Ministerio de Agricultura, durante el Gobierno Transitorio de Valentín Paniagua, expidió el DECRETO SUPREMO N° 044-2001-AG (publicado 18/07/2001), mediante el cual *“Establecen diversas disposiciones en materia de reservas de agua a favor de entidades del Estado”*, referenciando expresamente en su parte

expositiva que “las reservas de aguas y sus correspondientes prórrogas no facultan al uso, aprovechamiento o explotación del recurso agua por parte de las entidades beneficiadas con las mismas”, declarando lo siguiente:

*Artículo 1°: Precísese que **las reservas de agua a favor de las entidades del Estado no facultan al uso, aprovechamiento o explotación de las fuentes de aguas reservadas, no estando obligadas dichas entidades al pago de la tarifa por uso de agua.***

Con lo cual quedaría claro que, el otorgamiento de una reserva no significaba que automáticamente las beneficiarias gozaban del derecho de explotación o aprovechamiento del recurso, constituyendo en consecuencia un derecho expectatio, que en tanto no se haga efectivo, no generaba el derecho de cobro de una tarifa de uso por un servicio no prestado, y mucho menos la obligación del pago de esta.

II. REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE

La nueva Ley De Recursos Hídricos, Ley N° 29338, vigente desde el 01 de abril de 2009, mantuvo en su regulación la facultad de otorgar reservas de agua, asignada esta vez de manera expresa y exclusiva a favor del ente rector, la Autoridad Nacional del Agua, específicamente de su Jefatura.

Así, el Artículo 15° de la Ley, establece como una de las Funciones de la Autoridad Nacional la de: “5. *aprobar, previo estudio técnico, reservas de agua por un tiempo determinado cuando así lo requiera el interés de la Nación y, como último recurso, el trasvase de agua de cuenca*”, sujetándola a la determinación de un interés de la Nación, y previo estudio técnico que la sustente.

Asimismo, la Ley en su Artículo 103°, proporciona una definición de la reserva de recursos hídricos como “*un derecho especial intransferible que se otorga por resolución de la Autoridad Nacional para el desarrollo de proyectos, que reserva un volumen de agua para su uso consuntivo o no*

consuntivo, en el marco del plan de gestión de recursos hídricos de la cuenca”.

Por su parte el Artículo 206º del Reglamento de la Ley, enfatiza que *“se denomina reserva de recursos hídricos al derecho especial intransferible, otorgado por la Jefatura de la Autoridad Nacional del Agua, consistente en separar un determinado volumen de agua de libre disponibilidad de una fuente natural de agua superficial o subterránea, por un plazo determinado, con la finalidad de garantizar la atención de las demandas de un proyecto declarado de interés regional o nacional.*

206.2. Para el otorgamiento de la reserva de recursos hídricos se deberá contar con la declaración de interés nacional o regional del proyecto y la opinión favorable previa de los sectores públicos correspondientes a las actividades a las cuales se destinará el futuro uso del agua.

206.3. La reserva de recursos hídricos se otorga a solicitud de una entidad pública o un petitionario privado responsable de ejecutar el proyecto de aprovechamiento hídrico. No faculta a su titular el uso del agua”.

Asimismo, precisa que esta reserva *“se otorga por el período de elaboración de estudios y ejecución del proyecto separadamente”* e incluso, la norma contempla que este derecho puede ser revocado por el incumplimiento injustificado del cronograma de elaboración de estudios y ejecución del proyecto. Asimismo, tal cual ya lo recogía el DECRETO SUPREMO N° 044-2001-AG (publicad18/07/2001), la aprobación de esta reserva *“no faculta (a su beneficiario) al uso del agua”*, para ello, de igual manera deberá obtener un derecho de uso de agua respecto de ella.

Así pues, el Reglamento en su Artículo 209º, regula lo relativo a las *“Autorizaciones de uso de agua con cargo a las reservas de recursos hídricos:*

209.1 Se podrá otorgar autorizaciones de uso de agua para ejecutar las obras del proyecto que motiva la reserva de recursos hídricos.

209.2 Excepcionalmente, por razones debidamente justificadas, se podrá otorgar autorizaciones de uso de agua temporales para estudios u obras distintos a los señalados en el numeral precedente, siempre que no comprometan la finalidad de la reserva. Esta autorización de uso de agua no excederá el plazo de la reserva y estará sujeta a revocación automática al momento de otorgarse las correspondientes licencias de uso de agua”

Asimismo, el Reglamento contempla los requisitos que debe cumplir la entidad pública o el peticionario privado que solicite el otorgamiento de una reserva de recursos hídricos:

a. Estudio hidrológico o hidrogeológico, según corresponda, que demuestre la existencia de los recursos hídricos de libre disponibilidad materia de la reserva que se solicita.

b. Acreditación de la declaratoria de interés público del proyecto para el cual se solicita la reserva.

c. Demostración documentada de la capacidad técnica y financiera para la ejecución del proyecto.

d. Esquema hidráulico de las obras de aprovechamiento hídrico a ejecutarse.

e. Informe favorable de los sectores públicos correspondientes a las actividades a las cuales se destinará el futuro uso del agua.

Asimismo, el Reglamento dispone de manera expresa que “208.1 La reserva de recursos hídricos se otorga por un período máximo de dos (02) años prorrogable mientras subsistan las causas que la motivan. Esta reserva no faculta el uso del agua”, asimismo agrega que “208.2 En cada prórroga, se descontarán los volúmenes de agua de las licencias de uso de agua otorgadas con cargo a la reserva de recursos hídricos”.

III. OTORGAMIENTO DE RESERVAS DE AGUA A FAVOR DE EMPRESAS DE SANEAMIENTO DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY GENERAL DE AGUAS

3.1. SERVICIOS DE SANEAMIENTO

A. ENTIDADES VINCULADAS AL SANEAMIENTO

- **Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS)**

En el Perú, el sector Agua y Saneamiento cuenta con el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) como ente rector. Esta institución constituye la máxima instancia normativa y es la responsable de la política sectorial e instrumentos de política, planificar las inversiones y ejecutar los programas de inversión; los gobiernos regionales y los gobiernos locales tienen un rol preponderante en la planificación regional y ejecución de proyectos en sus ámbitos correspondientes.

- **Empresas prestadoras de servicios**

Las Empresas Prestadoras de Servicios (EPS) son entidades que operan en el ámbito urbano; constituidas con el exclusivo propósito de prestar servicios de saneamiento, de conformidad a lo dispuesto en Ley General de Servicios de Saneamiento. Se integran al sector hidráulico y a la cuenca hidráulica que corresponda según la fuente de abastecimiento de agua de la cual se sirve.

En el Perú existe 50 EPS, 48 son municipales, 1 EPS en concesión (ATUSA) y SEDAPAL administrada por el estado (FONAFE).

- **Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento
SUNASS**

Mediante Ley N° 25965, se creó la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), como organismo regulador de los servicios de saneamiento, asignándole la misión de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de saneamiento en el ámbito nacional.

B. SERVICIOS DE SANEAMIENTO

Según lo señalado por el Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo N° 1280, constituyen servicios de saneamiento los siguientes:

1. **Servicio de Agua Potable**, que incluye el:
 - a. Sistema de producción, que comprende los procesos de: captación, almacenamiento y conducción de agua cruda; tratamiento y conducción de agua tratada, mediante cualquier tecnología.
 - b. Sistema de distribución, que comprende los procesos de: almacenamiento, distribución, entrega y medición al usuario mediante cualquier tecnología.

Según el Reglamento de la Ley, aprobado por DS N° 019-2017-VIVIENDA, el Servicio de Agua Potable comprende Conjunto de instalaciones, infraestructura, equipos y actividades para el proceso de potabilización del agua, desde la captación hasta la entrega al usuario. Se consideran parte del sistema de distribución las conexiones domiciliarias y las piletas públicas, con sus respectivos medidores de consumo, y otros medios de abastecimiento y/o distribución que pudieran utilizarse en condiciones sanitarias.

2. **Servicio de Alcantarillado Sanitario**, que comprende los procesos de: recolección, impulsión y conducción de aguas residuales hasta el punto de entrega para su tratamiento.

Según el Reglamento de la Ley, aprobado por DS N° 019-2017-VIVIENDA, el Servicio de Alcantarillado Sanitario comprende el Conjunto de instalaciones, infraestructura y equipos utilizados para el transporte de las aguas residuales mediante la recolección, impulsión y conducción desde la conexión domiciliaria de alcantarillado hasta la planta de tratamiento de aguas residuales.

3. **Servicio de Tratamiento de Aguas Residuales para disposición final o reúso**, que comprende los procesos de mejora de la calidad del agua residual proveniente del servicio de alcantarillado mediante procesos físicos, químicos, biológicos u otros, y los componentes necesarios para la disposición final o reúso.

Según el Reglamento de la Ley, aprobado por DS N° 019-2017-VIVIENDA, el Servicio de Tratamiento de Aguas Residuales para disposición final o reúso, comprende el conjunto de instalaciones, infraestructura, equipos y actividades que requiere una planta de tratamiento de aguas residuales para el desarrollo de los procesos físicos, químicos, biológicos u otros similares, hasta su disposición final o reúso.

4. **Servicio de Disposición Sanitarias de Excretas**, que comprende los procesos para la disposición final del agua residual y la disposición sanitaria de excretas a nivel intradomiciliario, con o sin arrastre hidráulico.

Según el Reglamento de la Ley, aprobado por DS N° 019-2017-VIVIENDA, el Servicio de Disposición Sanitaria de Excretas

comprende el Conjunto de instalaciones, equipos y actividades a nivel intradomiciliario que permitan la confinación de excretas y orina, en base a criterios técnicos, económicos, sociales y ambientales acordes a la zona de aplicación.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 1280, ha contemplado cuáles son las entidades responsables de asegurar y prestar los servicios de saneamiento en el ámbito urbano y rural del país.

Así, respecto a los servicios de saneamiento en el ámbito urbano, el Artículo 11°, estableció expresamente que “Las municipalidades provinciales son responsables de la prestación eficiente y sostenible de los servicios de saneamiento a través de empresas prestadoras de los servicios de saneamiento. Excepcionalmente, en aquellas pequeñas ciudades que se encuentran fuera del ámbito de una empresa prestadora, dicha responsabilidad recae en la municipalidad distrital que corresponda, siempre y cuando ésta se encuentre en capacidad de asumirla, de conformidad con lo que establezca la presente Ley, su Reglamento y las normas sectoriales”

Respeto a ello, las municipalidades provinciales, como responsables de la prestación de los servicios de saneamiento, otorgan la explotación, en forma total o parcial de uno o más de los servicios de saneamiento en el ámbito urbano, a las empresas prestadoras de los servicios de saneamiento, en adelante empresas prestadoras, para lo cual se suscriben los contratos de explotación, conforme a lo establecido en la presente Ley, su Reglamento y normas sectoriales.

Por otro lado, respecto a los servicios de saneamiento en el ámbito rural, el Artículo 12°, estableció expresamente que “Las municipalidades distritales son responsables de la prestación eficiente y sostenible de los servicios de saneamiento en el ámbito

rural, siempre y cuando no se encuentre dentro del ámbito de una empresa prestadora. Cuando las municipalidades distritales no se encuentren en capacidad de asumir la responsabilidad, la misma recae en la municipalidad provincial, de conformidad con lo que establezca la presente Ley, su Reglamento y las normas sectoriales”.

C. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS

El Reglamento de la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobado por DS N° 019-2017-VIVIENDA, **establece la relación de entidades calificadas Prestadores de servicios de saneamiento:**

1. Empresas prestadoras de servicios de saneamiento públicas de accionariado estatal;

Es creada por ley como empresa pública de derecho privado bajo el ámbito de la actividad empresarial del Estado, de conformidad con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Las acciones representativas de su capital social se emiten a nombre de Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), en representación del Estado. Su ámbito de responsabilidad se establece en la ley de creación.

2. Empresas prestadoras de servicios de saneamiento públicas de accionariado municipal;

La empresa prestadora de servicios de saneamiento de accionariado municipal es creada por ley como empresa pública de derecho privado, de conformidad con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, bajo la forma societaria de sociedad anónima, cuyo accionariado está suscrito y pagado en su totalidad por la(s) municipalidad(es) provincial(es) que la integra(n) según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Marco.

Su ámbito de responsabilidad recae en la jurisdicción de la(s) municipalidad(es) que le otorga(n) la explotación, la cual es determinada en el contrato de explotación respectivo, sin perjuicio de las zonas que se integren posteriormente.

3. Empresas prestadoras de servicios de saneamiento privadas;

La empresa prestadora de servicios de saneamiento privada es creada y se regula por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades o norma que la sustituya, cuyo capital social está suscrito íntegramente por las personas naturales o jurídicas privadas que la integran. Su ámbito de responsabilidad recae en la jurisdicción de la(s) municipalidad(es) provincial(es) que le otorga(n) la explotación de los servicios, en virtud de alguna de las modalidades de participación privada establecidas en la Ley Marco.

4. Empresas prestadoras de servicios de saneamiento mixtas;

La empresa prestadora de servicios de saneamiento mixta es una empresa de derecho privado, la cual cuenta con accionariado público (estatal y/o municipal) y privado, en la cual la participación del Estado es mayoritaria. Su ámbito de responsabilidad recae en la jurisdicción de la(s) municipalidad(es) provincial(es) que le otorga(n) la explotación de los servicios.

5. Unidades de Gestión Municipal;

Las Unidades de Gestión Municipal son órganos de la municipalidad competente, constituidos con el único objeto de prestar los servicios de saneamiento en las pequeñas ciudades del ámbito urbano. Cuentan con contabilidad independiente respecto de la municipalidad competente.

6. Operadores Especializados;

Las Unidades de Gestión Municipal son órganos de la municipalidad competente, constituidos con el único objeto de prestar los servicios de saneamiento en las pequeñas ciudades del ámbito urbano. Cuentan con contabilidad independiente respecto de la municipalidad competente.

7. Organizaciones Comunales.

Las Organizaciones Comunales se constituyen con el propósito de administrar, operar y mantener los servicios de saneamiento en uno o más centros poblados del ámbito rural, y que pueden adoptar la forma asociativa de Junta Administradora de Servicios de Saneamiento, Asociación, Comité, Cooperativa, Junta de Vecinos u otra modalidad elegida voluntariamente por la comunidad. Son reconocidas por la municipalidad competente de la jurisdicción en la que realizan sus actividades.

D. REGULACIÓN ECONÓMICA

De conformidad a lo previsto en la Ley Marco, la regulación económica tiene como objetivo garantizar la disponibilidad y gestión eficiente y sostenible de los servicios de saneamiento, y es de competencia exclusiva y excluyente de la SUNASS a nivel nacional, y comprende, entre otros, la fijación, revisión, reajuste del nivel, determinación de la estructura tarifaria y de cargos de acceso, así como el proceso de desregulación. Se ejerce de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y la normativa que emita la SUNASS.

Asimismo, están sujetos a regulación económica los servicios de saneamiento antes vistos.

Respecto a la regulación tarifaria, el Reglamento especifica que ella se realiza de acuerdo con los criterios siguientes:

1. Las condiciones de conservación de los ecosistemas proveedores de agua para los prestadores de servicios y los riesgos de desastres.
2. Las características particulares de cada uno de los sistemas a través de los cuales se presta el servicio de saneamiento.
3. Las características propias de las localidades en las cuales se presta el servicio de saneamiento.
4. Las tarifas serán de fácil aplicación, comprensión y control.
5. Los compromisos y las obligaciones legales con entidades del sector público.
6. El tipo de uso al cual se destina el agua potable.
7. La disponibilidad de información.
8. Otros que establezca la SUNASS en la normativa de la materia.

Asimismo, el Reglamento establece que la SUNASS define y aprueba la fórmula tarifaria que corresponde a las empresas prestadoras, para cada quinquenio, en función al Plan Maestro Optimizado que presenten, de conformidad con la normativa que emita la SUNASS.

Al respecto la Ley Marco, ha sido enfática al establecer en su Artículo 74° que *“74.1 Las tarifas aprobadas por la SUNASS son de aplicación obligatoria para todos los usuarios, sin excepción alguna. Dichas tarifas tienen una vigencia de cinco (05) años. Son nulos de pleno derecho todo acuerdo, convenio, pacto o disposición que establezca tarifas distintas a las aprobadas por la SUNASS o que difieran su inmediata aplicación, salvo en el caso que las tarifas se encuentren establecidas en un contrato de Asociación Público-Privada celebrado como resultado de un proceso competitivo”,* y además que *“74.2. Vencido el periodo de vigencia de las tarifas, y sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, los servicios son facturados conforme a las tarifas del*

periodo anterior, mientras no entre en vigencia la resolución tarifaria del periodo vigente”; sin embargo, Excepcionalmente, de oficio o a pedido de parte, pueden modificarse las tarifas antes del término de su vigencia cuando existan razones fundadas sobre cambios sustanciales en los supuestos efectuados para su formulación. Corresponde establecer a la SUNASS los criterios y el procedimiento para la modificación excepcional de tarifas.

3.2. CASOS SEDAPAL Y SEDAPAT

Dentro de la vigencia de la antigua Ley de Aguas, que preveía la facultad del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Agricultura y Pesquería, de otorgar reservas de agua a favor de entidades públicas y/o privadas, en la década de 1980, durante los Gobiernos de Fernando Belaunde y Alan García, se otorgaron reservas de aguas subterráneas a favor de dos empresas de saneamiento en el país, una de ellas fue el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL en Lima, y la otra, la entonces Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo – SEDAPAT (ahora SEDALIB SA) en La Libertad. No hubo ningún otro caso de otorgamiento de este beneficio a favor de otras entidades prestadoras de servicio, por ello, la problemática se circunscribe a estas dos entidades:

A. CASO SEDAPAL

- Mediante Decreto Supremo N° 021-81-VC, aprobado el día 11 de junio de 1981, el Ministerio de Vivienda y Construcción, otorgó la reserva de las aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao a favor de la Empresa de Saneamiento de Lima (hoy SEDAPAL S.A.), con excepción de los usos ya otorgados y en vía de regularización. Asimismo, el Artículo 2º de dicha norma establecía que los nuevos otorgamientos que expida el Ministerio de Agricultura deberán contar con la opinión previa de la referida empresa.

- Asimismo, mediante el Decreto Legislativo N° 148, del 12 de junio de 1981, el Poder Ejecutivo otorgó la norma sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima. El Artículo 1º del referido decreto estableció que las tarifas de agua subterránea con fines poblacionales e industriales, comprendida dentro de las provincias de Lima y Callao, serán aprobadas por Decreto Supremo. El recurso tributario será administrado y laborado por la Empresa de Saneamiento de Lima (hoy Sedapal S.A.), constituyendo ingresos propios de ésta, Asimismo, se le encarga a esta empresa la distribución, manejo y control de las aguas subterráneas con fines poblacionales e industriales otorgadas y de imponer sanciones establecidas en la Legislación de Aguas por transgresiones a la misma.
- Finalmente, por disposición de dicha norma, mediante Decreto Supremo N° 008-82-VI, aprobado el día 16 de febrero de 1982, el Ministerio de Vivienda y Construcción, aprobó como tarifa inicial por uso de agua subterránea, el porcentaje propuesto por Sedapal S.A. El Artículo 1º de la referida norma establece que las personas naturales o jurídicas que con fines de consumo doméstico, comercial e industrial utilicen agua extraída mediante pozos tubulares, en la jurisdicción comprendida dentro de las provincias de Lima y Callao, abonarán por este concepto un monto equivalente al 20% de las tarifas de agua. El Artículo 4º de la referida norma establece que Sedapal S.A. emitirá los correspondientes recibos juntamente con la facturación ordinaria de tarifas de los servicios que presta, pero los contabilizará y registrará en forma diferenciada, en los cuales consignará el concepto de “Tarifa Agua Subterránea - Decreto Legislativo N° 148”.

B. CASO SEDAPAT

Situación similar ocurrió en la Región de La Libertad, respecto a la cual, el Congreso de la República, otorgó las siguientes Leyes de Reserva de Agua, creando a su vez la denominada “tarifa por uso de agua subterránea”, que serán estudiadas a profundidad en el capítulo siguiente:

- **LEY N° 23521, Ley de Reserva las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT (21/12/82)**, en cuya parte pertinente se estableció que: **Artículo 1°.** - *Resérvense las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche de la Provincia de Trujillo, en favor de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, la que las dedicará al abastecimiento de agua potable de su población y de la industria establecida en su circunscripción.*
- **LEY N° 24516, Ley de Reserva las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT (04/06/86)**, en cuya parte pertinente se estableció que: **Artículo 1°:** *Resérvense, con excepción de las dedicadas o por dedicarse a la producción agropecuaria, las **aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo**, a favor de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, cuya jurisdicción es el ámbito del Departamento de La Libertad y quien las controlará, manejará, y distribuirá, dedicándolas al abastecimiento de agua potable de la población y de la industria establecida en esas circunscripciones.*

TÍTULO V
LEYES DE RESERVA DE AGUAS SUBTERRÁNEAS DE CUENCAS
DE LA LIBERTAD A FAVOR DE SEDALIB S.A.

I. CUENCAS HIDROGRÁFICAS DE LA LIBERTAD

La región La Libertad, se encuentra localizada en la costa norte occidental del territorio nacional, abarca una superficie de 25.500,02 Km² (2,7% del territorio nacional), correspondiendo el 80% a superficie andina. Limita por el Norte con Lambayeque, por el Sur con Ancash, por el Este con Huánuco, San Martín, Amazonas y Cajamarca; y por el Oeste con el Océano Pacífico. Está constituida políticamente por 12 provincias y 83 distritos. Las provincias son: Ascope, Bolívar, Chepén, Gran Chimú, Julcán, Otuzco, Pacasmayo, Pataz, Sánchez Carrión, Santiago de Chuco y Virú.

La Comisión Técnica del Agua del Colegio de Ingenieros de La Libertad (2016), en la obra “Gestión y Tratamiento del Agua Potable, Industrial y Residual”, exponen que en La Libertad, *“se distinguen 3 Regiones naturales: Costa 38 %, Sierra con 57% y Ceja de Selva con 5 %. El clima en la costa es “semitropical”, su temperatura es superior a los 18°C en promedio, en esta zona se encuentran las mayores áreas cultivables”*.

Asimismo, en esta región existen dos grandes cuencas hidrográficas, correspondientes a las vertientes del Pacífico y del Atlántico. En la del Pacífico los ríos son de régimen irregular, presentando caudales importantes entre los meses de diciembre a abril, en el resto del año las descargas son mínimas, mientras que en la del Atlántico, los ríos nacen en el lado oriental de la cordillera occidental y son de régimen regular, en el espacio ocupado por la Región. Las cuencas del Pacífico son: Jequetepeque, Chicama, Moche, Virú, Santa y Chao. Las cuencas del Atlántico son: Crisnejas, donde tributan los ríos Sanagorán y Huamachuco; y, la del Marañón. Como se ilustra a continuación:

MAPA 02: MAPA HIDROGRÁFICO DE LA LIBERTAD



Fuente: Ministerio del Ambiente (2009)

Las cuencas de La Libertad que son materia de interés en la presente investigación son las señaladas en la Ley N° 23521, Ley de Reserva las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT (21/12/82), y en la Ley N° 24516, Ley de Reserva las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT (04/06/86). Según la Ley N° 29004 (2007), se excluyó las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo de la Región de La Libertad, de los alcances de la Ley N° 24516.

Esto es, de norte a sur, nos centraremos en el estudio de las cuencas de los ríos Jequetepeque (en la provincia de Chepén), del río Chicama (en la provincia de Ascope), y de los ríos Moche y Virú (en la provincia de Trujillo).

1.1. CUENCA DEL RÍO JEQUETEPEQUE

Según información publicada por el MINAGRI (2012):

La Cuenca del Río Jequetepeque comprende un área de 4,372.50 Km², se encuentran bajo la influencia del clima del Pacífico y del Atlántico, y se encuentra ubicada en el norte del Perú, abarcando los Departamentos de Cajamarca (Provincias de Cajamarca, Contumazá, San Pablo y San Miguel) y La Libertad (Provincias de Pacasmayo y Chepén).

El río Jequetepeque tiene una longitud de 161,50 km y la dirección de su recorrido es de este a oeste correspondiente a la vertiente occidental de la Cordillera de los Andes cuyas aguas desembocan en el Océano Pacífico.

Según el PEJEZA (2004) “el río Jequetepeque en su recorrido recibe el aporte de más de 30 ríos secundarios y de varias quebradas menores, generando caudales entre 230,23 m³/seg (época de lluvia) y 0,168 m³/seg (época de estío).

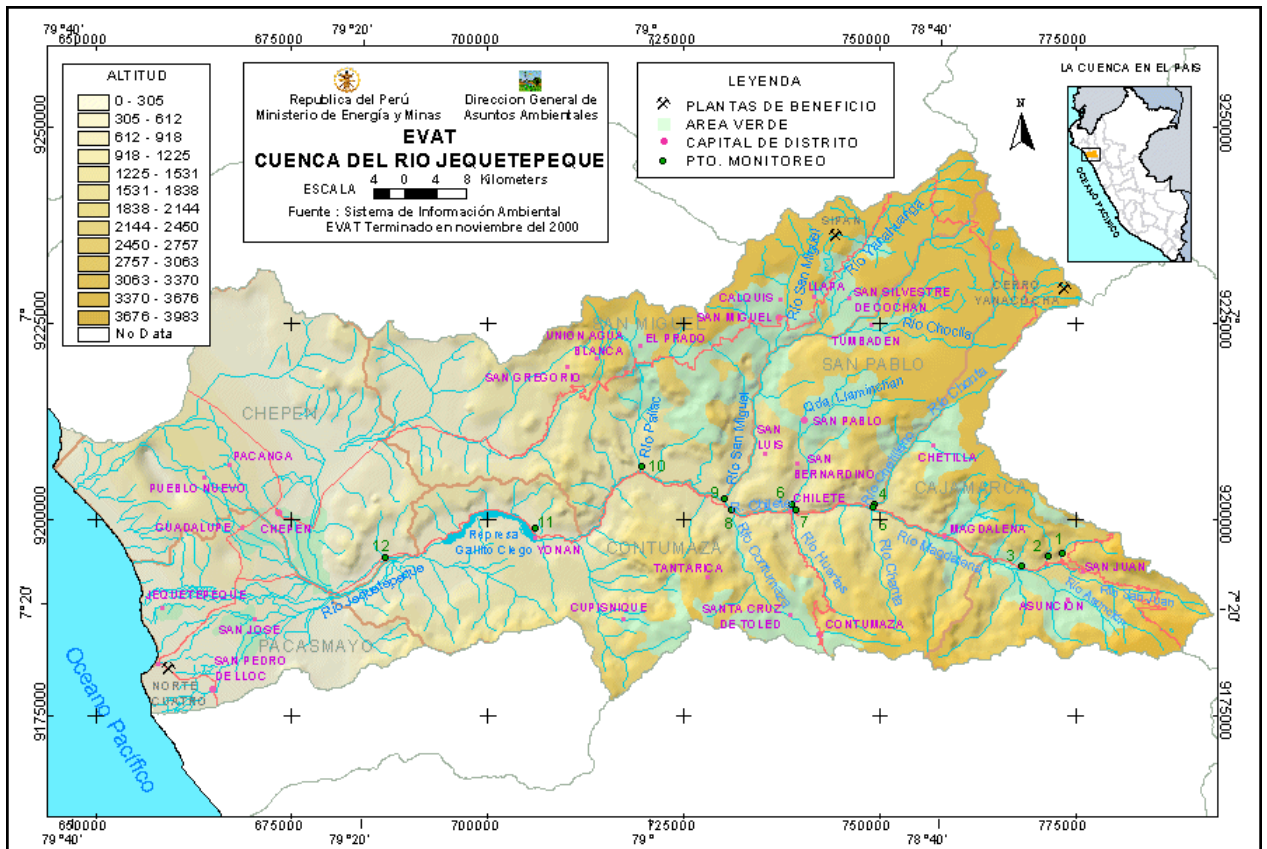
Según la FAO (2003), “para el aprovechamiento del recurso hídrico se construyó la represa de Gallito Ciego en la década de los 80, con capacidad para almacenar 573*106 m³ de agua”. La utilización de esta represa permite el desarrollo de una intensa actividad agrícola y ganadera en la parte baja del valle.

Continuando con el MINAGRI, de las aguas vertidas por la quebradas Calzada, Huascamonte y Clariyacu, se origina el río Huacraruco, que en su trayecto de Este a Oeste es alimentado por quebradas y principalmente, en su margen izquierda por el río Pacachal, prosiguiendo hasta muy cerca de la localidad de San Juan, donde con el aporte de las escasas aguas de la quebrada la Tranca, se denomina río San Juan, más adelante es alimentado por los ríos Chotén y Naranjo, para finalmente con el aporte del Río Asunción, en su margen izquierda, dar inicio al río Magdalena.

El río Magdalena tiene entre sus principales afluentes, el río Chetillano, el río Chanta, y a la altura de la localidad de Chilete confluyen los ríos San Pablo, por su margen derecha y el río Huertas por su margen izquierda. A partir de estas confluencias, aguas abajo se denomina río Chilete.

El río Chilete, de una longitud relativamente corta, por su margen izquierda recibe los aportes del río Contumazá, y por su margen derecha, a la altura de la localidad de Llallán, recibe los aportes del río Puclush (San Miguel), desde donde se denomina río Jequetepeque.

MAPA 03: CUENCA DEL RÍO JEQUETEPQUE



Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2000)

1.2. CUENCA DEL RÍO CHICAMA

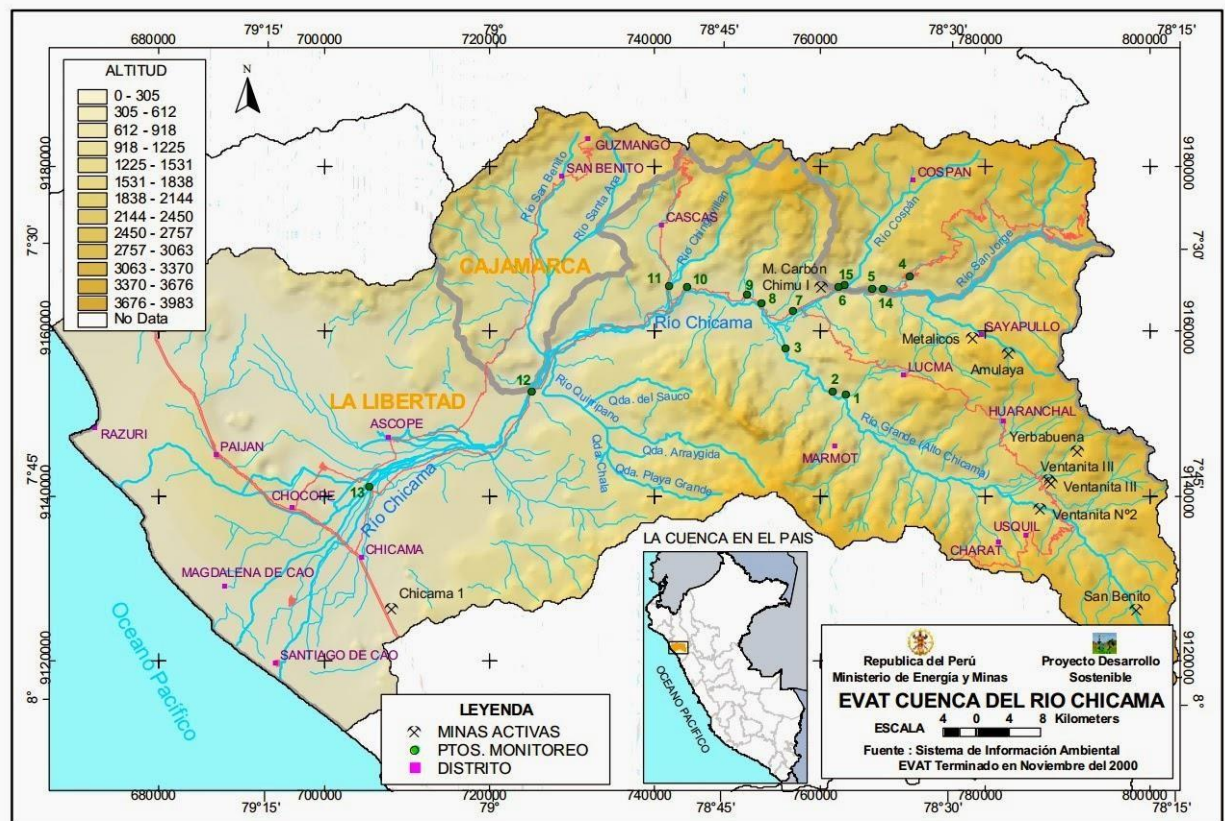
Según información del ESTUDIO EVALUACION DE LOS RECURSOS HIDRICOS DE LA CUENCA DEL RIO CHICAMA, de la ALA Chicama (2015):

Políticamente la cuenca del río Chicama, se encuentra ubicada en las regiones de la Libertad y Cajamarca. La unidad hidrográfica en la región Libertar se emplazada en cuatro (04) provincias (Ascope, Gran Chimú, Santiago de Chuco y Otuzco) y dieciocho (18) distritos; en la región Cajamarca se encuentra emplazada en dos (02) provincias (Contumazá y Cajamarca) y cuatro (04) distritos de la Región Cajamarca. En la Figura II-1, se presenta la ubicación política en el ámbito regional.

La cuenca del Río Chicama se ubica geográficamente entre los paralelos 7° 21' y 7° 59' de latitud sur y los meridianos 78° 14' y 79° 20' de longitud oeste. Siendo su extensión total de 4518.04 Km², a esta extensión se adicionan dos intercuenas al norte y sur de la cuenca Chicama con extensiones de 390.81 y 1133.02 km² respectivamente. Altitudinalmente se extiende desde el nivel del mar hasta la línea de las cumbres de la cuenca del Río Marañón llegando a una altura aproximada de 4,286 msnm. En la Figura II-2, se presenta la ubicación geográfica en el ámbito nacional.

Hidrográficamente la cuenca del río Chicama, tiene los siguientes límites: Norte: La cuenca del río Jequetepeque; Sur: La cuenca del río Moche e Intercuenca de Quebrada río Seco; Este: La cuenca del río Marañón; Oeste: El océano Pacífico; Sureste: La cuenca del río Santa; Noroeste: Intercuenca de las quebradas Culebra y Cupisnique

MAPA 04: CUENCA DEL RÍO CHICAMA



Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2000)

1.3. CUENCA DEL RÍO MOCHE

Según información publicada por el MINAGRI (2012):

Políticamente la cuenca de Río Moche, se localiza en el departamento La Libertad, comprendiendo total o parcialmente las provincias de Trujillo, Otuzco, Santiago de Chuco y Julcán.

Geográficamente sus puntos extremos se hallan comprendidos entre los 7°46' y 8°15' de Latitud Sur y los 78°16' y 79°08' de Longitud Oeste.

Altitudinalmente, se extiende desde el nivel del mar hasta la línea de cumbres de la Cordillera Occidental de los Andes, cuyos puntos más elevados están sobre los 4,000 m.s.n.m.

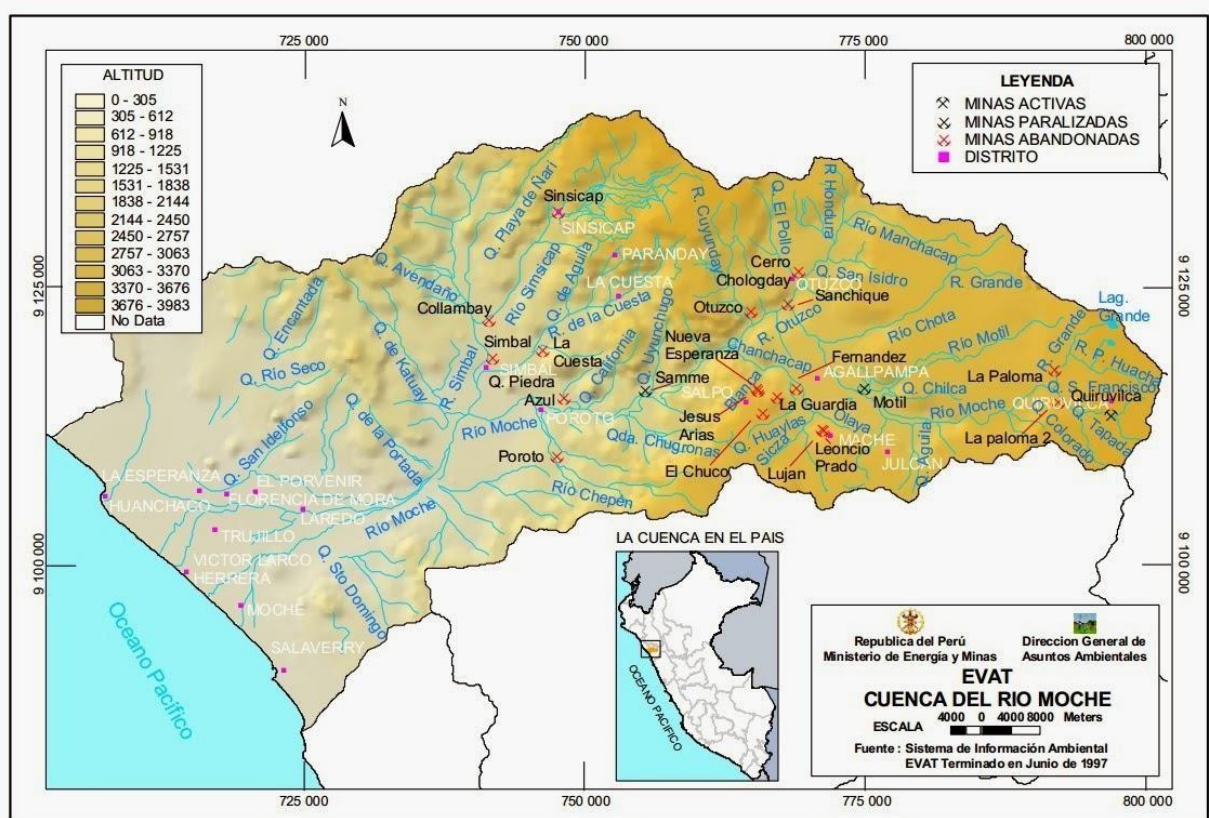
El río Moche nace en la Laguna Grande sobre los 3 988 msnm, en las cercanías del pueblo de Quiruvilca, con el nombre de río Grande, adoptando posteriormente los nombres de río San Lorenzo y río Constancia. A la altura de la localidad de San Juan, a unos 14 km de su origen, toma el nombre de río Moche, el mismo que conserva hasta su desembocadura en el mar.

Su cuenca tiene un área total de drenaje, hasta su desembocadura, en el Océano Pacífico de 2 708 km² y la longitud máxima de recorrido, desde sus nacientes hasta su desembocadura es de 102 km, y una pendiente promedio de cauce de 4%. La pendiente del cauce en sus afluentes es aún más pronunciada llegando a un valor de 16 %, en el caso de la quebrada La Cuesta.

Sus afluentes principales, por la margen derecha, son los ríos o quebradas Motil (85 km²), Chota (98 km²), Otuzco (184 km²) Cumbray (496 km²), y Catuay (106 km²). Por la margen izquierda, el río Chanchacap (122 km²).

El escurrimiento superficial del río Moche se debe principalmente a las precipitaciones estacionales que caen sobre las laderas occidentales de la Cordillera de los Andes. La cuenca alta no presenta nevados de importancia que contribuyan a mejorar el régimen de descargas, en época de estiaje.

MAPA 05: CUENCA DEL RÍO MOCHE



Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2000)

1.4. CUENCA DEL RÍO VIRÚ

Según información publicada por el MINAGRI (2012):

Políticamente forma parte de las provincias de Virú, Julcán y Trujillo pertenecientes al Departamento de La Libertad, abarcando un área de 2.805,66 Km².

Geográficamente, la cuenca limita por el Norte con la cuenca del río Moche; por el Sur, con la Cuenca del río Chao; Por el Este, con la cuenca del río Santa, y por el Oeste, con el Océano Pacífico. Sus puntos extremos se hallan entre los 8° y 8°30" de Latitud Sur y los 78°30" y 79° de Longitud Oeste.

Su sistema hidrográfico tiene su origen en un grupo de pequeñas lagunas denominadas Usgón, Brava y Negra, ubicadas en las faldas del Cerro Pelón Chico, las cuales dan nacimiento al río Huacapongo.

Por otro lado, las precipitaciones estacionales que caen principalmente en los Cerros Los Colorados y Guitarras, dan origen al río Las Salinas; este río, en su confluencia en las cercanías de la hacienda Tomabal, origina al río Virú.

La longitud de su cauce principal es de 89 km, presentando una pendiente promedio de 5%; sin embargo, presenta sectores en que se hace más fuerte, especialmente en el río Pirhuay, tributario por la margen izquierda.

Su curso, desde sus orígenes hasta su desembocadura en el mar es muy irregular y torrencioso, siguiendo una dirección predominante de Noreste a Suroeste.

Sus principales afluentes, son los ríos Palconque (91 km²) y Carabamba (675 km²) por la margen derecha; y, por la margen izquierda, los ríos Tantada (43 km²), Pirhuay (25 km²) y La Vega (242 km²); mientras que los principales afluentes del río de Las Salinas son las quebradas El Peñón, Apingullo, Zangal, Caña Brava y Seca.

II. SERVICIOS DE SANEAMIENTO Y AGUA POTABLE EN LA LIBERTAD

El marco institucional del sector de agua potable y saneamiento en el país, ha sufrido de muchos cambios sucesivos durante las últimas décadas, con ciclos de centralización y de descentralización, sin lograr una mejora calidad de servicios.

- 1.** Los años 60: Una estructura municipal. Al principio de los años 60 los municipios tenían la responsabilidad de brindar el servicio de agua y saneamiento en el Perú. Sin embargo, para la mayoría de las ciudades esta responsabilidad se transfirió al Ministerio de Vivienda en la década de 1960. En el ámbito rural, las inversiones se realizaban a través del Ministerio de Salud Pública y su Dirección de Saneamiento Básico Rural - DISABAR. Los servicios así construidos fueron entregados a Juntas Administradoras para su administración, operación y mantenimiento.
- 2.** Los años 70: Una estructura dual. En los años 70 las grandes ciudades (Lima, Arequipa, Trujillo) tenían sus propias Empresas de Saneamiento, responsables tanto para agua potable como para el saneamiento. En las áreas urbanas del resto del país los servicios fueron proporcionados por la Dirección General de Obras Sanitarias (DGOS) del Ministerio de Vivienda y Construcción (MVCC).
- 3.** Los años 80: La centralización y el SENAPA. En el año 1981 el gobierno de Fernando Belaunde fusionó las tres Empresas de Saneamiento de Lima, Arequipa y Trujillo y la DGOS en una sola empresa estatal matriz: el Servicio Nacional de Abastecimiento de Agua y Alcantarillado (SENAPA). El SENAPA estaba conformado por 15 empresas filiales y 10 unidades operativas distribuidas a lo largo del país. SEDAPAL en Lima era la más grande de estas empresas filiales estatales. Sin embargo, 200 ciudades (20%) quedaron afuera del SENAPA y administraron sus propios servicios. El Ministerio de Salud continuaba apoyando con el servicio en el ámbito rural.

4. Luego, durante el Gobierno de Alan García (1985-1990) se otorgó la "Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud" de 1990 (Decreto Legislativo N° 584) que eliminó la DISABAR, transfiriendo a los Gobiernos Regionales las funciones de equipamiento, rehabilitación y conservación de equipos, construcción de infraestructura física y saneamiento básico rural. Con el cambio del gobierno en 1990 estos cambios no se realizaron, como la regionalización del país no se hizo.

5. Los años 90: Descentralización y comercialización. En la década de 1990, el sector de agua y saneamiento en el Perú fue nuevamente descentralizado. En mayo de 1990 el gobierno saliente de Alan García dispone la transferencia de todas las empresas filiales y unidades operativas del SENAPA a las Municipalidades Provinciales y Distritales.

6. El gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000) inició un nuevo reordenamiento legal e institucional del Sector con el objetivo de la comercialización y privatización de los prestadores de servicios. En 1991 se promulgó la Ley de la Promoción de la Inversión Privada en el Campo de Saneamiento. En 1992 se encarga al Programa Nacional de Agua Potable y Alcantarillado (PRONAP) y se transfiere el SENAPA y SEDAPAL al Ministerio de la Presidencia. En 1994 se promulga la Ley General de Servicios de Saneamiento mediante la cual se designa al Ministerio de Presidencia como el Ente Rector del Sector Saneamiento. También se ratifica el papel de los municipios asignado por la Ley Orgánica de Municipalidades, y se crea la figura jurídica de Empresa Prestadora de Servicios (EPS) para designar a las empresas municipales encargadas de administrar los servicios de agua potable y alcantarillado en el área urbana. Asimismo en 1994 se promulga la Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). En paralelo se hizo un reordenamiento tarifario con el objetivo de lograr la viabilidad

financiera de las EPS. El reordenamiento tarifario consistió en una disminución de las categorías de consumo y del consumo mínimo.

7. Actualmente, los servicios de saneamiento en el país, se regulan por la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobado por Decreto Legislativo N° 1280, y su Reglamento, aprobado por **DS N° 019-2017-VIVIENDA, que ratifica la descentralización de los servicios de saneamiento a cargo de las municipalidades provinciales y distritales, quienes operan a través de los prestadores de servicio.**

III. EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS SEDALIB SA

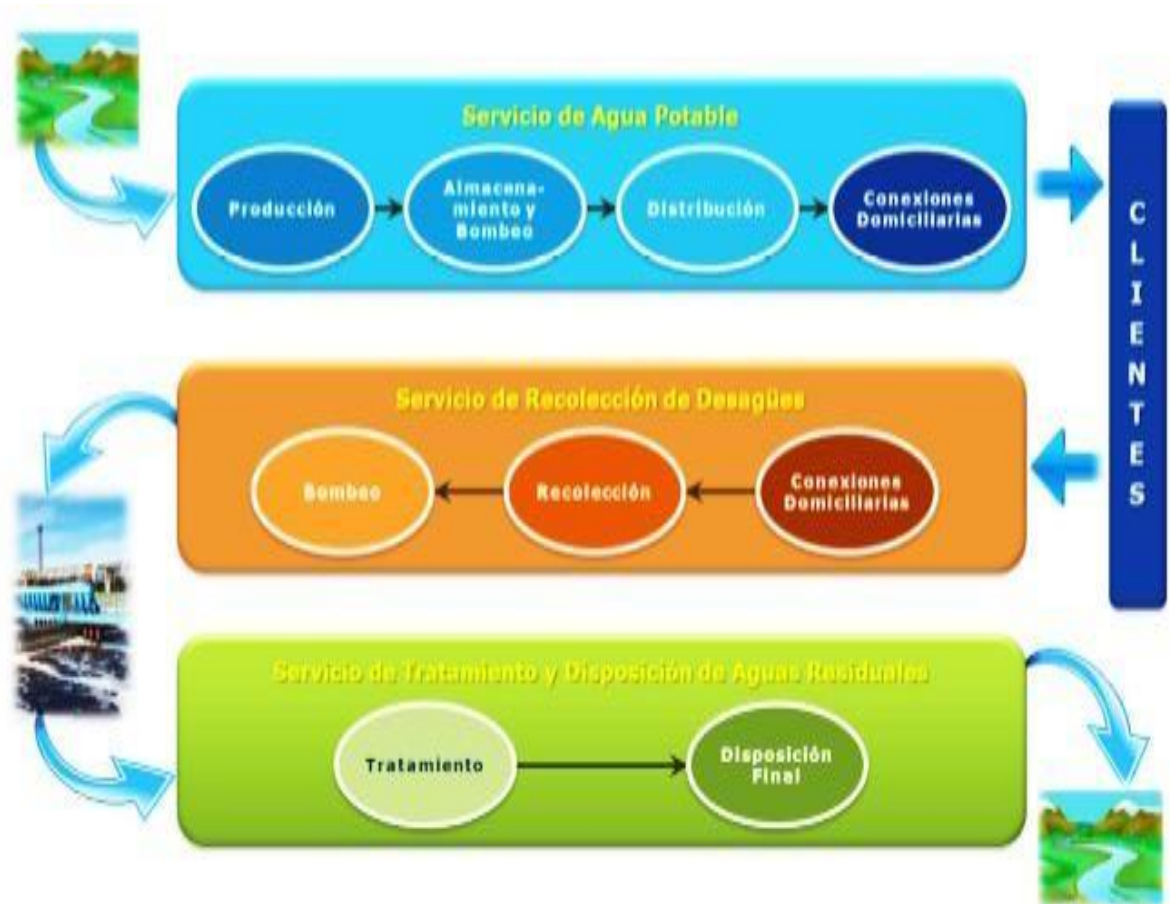
3.1 ¿QUÉ ES SEDALIB SA?

SEDALIB SA, es una empresa pública de derecho privado, constituida como Sociedad Anónima por imperio de la entonces Ley General Servicios de Saneamiento 26338 y su Reglamento. Su accionariado se encuentra conformado por la Municipalidad Provincial de Trujillo en un 85.28%, frente al 8.68% de la Municipalidad de Ascope y 6.04% de Chepén.

El Objeto social de SEDALIB SA, es brindar:

1. Servicio de Agua Potable;
2. Servicio de Alcantarillado Sanitario; y
3. Servicio de Disposición Sanitaria de Excretas, Sistema de Letrinas y Fosas Sépticas.

GRÁFICO C: SERVICIOS QUE PRESTA SEDALIB SA



Fuente: Memoria Institucional de SEDALIB SA 2014

3.2. DE SEDAPAT A SEDALIB SA

Como refiere SEDALIB SA (2016) en su portal web institucional, en la década de 1970 “la administración de los servicios de agua potable y alcantarillado estaba dispersa entre el Consejo Provincial responsable de la ciudad, y el Ministerio de Vivienda encargado de los pueblos jóvenes y EMADI PERÚ, para administrar los servicios en el parque industrial. La mejor alternativa era un manejo empresarial unificado. Así, el 16 de noviembre de 1976, se dio la Ley que creó la Empresa de Saneamiento de Trujillo, ESAT, con el reto de remontar el panorama difícil, caracterizado por la disminución progresiva de la producción de agua, baja cobertura especialmente en pueblos

jóvenes, un déficit del 43% en la curva de la oferta-demanda de agua, proliferación de aniegos de desagüe y ausencia de medición de consumo para los 34 mil usuarios de entonces. Al crearse SENAPA (Servicio de Agua Potable y Alcantarillado) en 1981, la empresa se convierte en su filial, adoptando la denominación de SEDAPAT, ampliando su ámbito en 1985 a las localidades de Chepén, Guadalupe, Pacasmayo, San Pedro de Lloc, Puerto Malabrigo, Chocope, Moche y Virú". Sin embargo, como vimos en el capítulo anterior, en la década de 1990, el sector agua y saneamiento fue nuevamente descentralizado

Es así que, durante el Gobierno de Alan García, se expidió el Decreto Legislativo N° 574 (11 de abril de 1990) que aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda y Construcción, en cuya SÉPTIMA Disposición Complementaria Final se estableció que “ *La empresa Servicio Nacional de Agua Potable y Alcantarillado -SENAPA, transfiere sus empresas filiales a las municipalidades provinciales y distritales que corresponda en el término de noventa (90) días contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, asimismo, transfiere progresivamente a las municipalidades, provinciales o distritales, según corresponda, las unidades operativas de servicios de agua potable y alcantarillado en el transcurso (1) año calendario contado a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo*”; y asimismo, en la DÉCIMA SEGUNDA Disposición, estableció que “*Las Transferencias entre Pliegos que se originen como consecuencia de la aplicación de las disposiciones del presente Decreto Legislativo se aprueban por Decreto Supremo*”.

Asimismo, durante este mismo Gobierno, se expide el Decreto Legislativo N° 601 (01 de mayo de 1990), que aprueba el Procedimiento para la transferencia a que se refiere la Sétima Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 574, estableciendo en su Artículo 1° que, las Transferencias a que se refiere la Sétima Disposición Complementaria y Transitoria del

Decreto Legislativo N° 574, se sujetarán al procedimiento contemplado en su Artículo 1°, que establecía que la empresa de Servicio Nacional de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado (SENAPA), transferirá a título gratuito la titularidad de las acciones que posee en sus empresas filiales, a las municipalidades provinciales en cuya jurisdicción estas empresas, se encuentran localizadas o presten servicio. En todo caso, se mantendrá la integridad e intangibilidad de los bienes y recursos de las empresas. El capital social de cada empresa filial transferida, será suscrito por las municipalidades provinciales que correspondan en partes proporcionales al número de conexiones en servicio que tengan a la fecha de la transferencia. Los estatutos correspondientes se adecuarán en un plazo máximo de 30 días, conservándose la actual sede de las empresas.

Posteriormente, durante el Gobierno de Alberto Fujimori, mediante Decreto Ley N° 25973 (21 de diciembre de 1992) el Poder Ejecutivo Declaró en disolución y liquidación a la Empresa Servicio Nacional de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado – SENAPA, estableciéndose que su proceso se efectuará con arreglo a la Ley General de Sociedades, en cuanto le fuere aplicable, en el plazo de ciento veinte (120) días naturales, que finalmente fue ampliado hasta el 30 de junio de 1999. Lo relevante de este Decreto, fue que mediante su Segunda Disposición Transitoria y Complementaria, dispuso de manera expresa que se transfiera la Empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo SEDAPAT -, a las Municipalidades Provinciales manteniéndose la integridad e intangibilidad de la Empresa en cuyas jurisdicciones opera, en el plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia del presente Decreto Ley.

En 1994 se promulga la Ley General de Servicios de Saneamiento mediante la cual se designa al Ministerio de Presidencia como el Ente Rector del Sector Saneamiento. También se ratifica el papel de los municipios asignado por la Ley Orgánica de Municipalidades, y se

crea la figura jurídica de Empresa Prestadora de Servicios (EPS) para designar a las empresas municipales encargadas de administrar los servicios de agua potable y alcantarillado en el área urbana. Asimismo en 1994 se promulga la Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). En paralelo se hizo un reordenamiento tarifario con el objetivo de lograr la viabilidad financiera de las EPS.

El reordenamiento tarifario consistió en una disminución de las categorías de consumo y del consumo mínimo. Es precisamente en este año en que se marca el inicio de una nueva modalidad de la empresa, pues desde que esta inicia su transferencia a los gobiernos municipales de las provincias en el año de 1993, pasaría tener un nuevo esquema de organización y una nueva base jurídica para regir su destino.

Así se crea la Empresa Prestadora de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de la Libertad Sociedad Anónima- EPS SEDALIB S.A., que obra inscrita en la Ficha N°4936 del Registro de Personas Jurídicas de Trujillo.

Finalmente, mediante Ley N° 29004, promulgada el 19 de abril de 2007, se aclara que “Toda referencia a la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo - SEDAPAT, se entiende que es a la Empresa de Saneamiento de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad – SEDALIB”.

3.3. ÁREA DE INFLUENCIA

El Sistema Actual de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de SEDALIB SA abarca el área de Trujillo Metropolitano comprende los distritos de Trujillo, Víctor Larco, El Porvenir, Florencia de Mora, La Esperanza, Huanchaco y Salaverry, así como las ciudades de Chepén, Chocope, Razuri y Paiján.

3.4. FUENTES DE AGUA

De conformidad con la SUNASS (2014), en su INFORME N° 018 - 2014-SUNASS-110, la EPS cuenta con dos fuentes de abastecimiento de agua que se detallan a continuación:

- **Agua Subterránea**

El agua subterránea obtiene de la explotación del acuífero subterráneo a través de 33 pozos profundos ubicados en diferentes puntos de la ciudad, de los cuales 28 pozos se encuentran operativos con una producción global promedio de 569,7 lps y un caudal máximo de 942 lps. Tres pozos requieren obras complementarias (líneas de impulsión para su adecuado pronunciamiento), uno está cerrado por mala calidad de agua y otro se encuentra con problemas de saneamiento físico legal. La antigüedad de los pozos es en promedio de 33 años. Adicionalmente, 9 pozos se encuentran en proceso de desarrollo. En conjunto, estos pozos tienen un caudal de diseño de 186,7 lps.

- **Agua Superficial**

Se obtiene de las aguas provenientes del río Santa conducidas a través del canal madre Chavimochic, que luego ingresan a la planta de tratamiento de agua potable administrada por el Proyecto Especial Chavimochic que se vende agua potable a SEDALIB S.A. La planta de tratamiento de agua inició sus operaciones en el año 1996; tiene una capacidad de diseño de 1 250 lps. Actualmente su producción promedio es de 888,3 lps, ubicándose en la zona denominada Alto Moche en la margen derecha de la carretera Panamericana Norte, distante aproximadamente a 11 km de la ciudad de Trujillo.

IV. LEYES DE RESERVA DE AGUA SUBTERRÁNEA

Como vimos en el capítulo anterior, la antigua Ley General de Aguas, aprobada por **Decreto Ley N° 17752** (24 de Julio de 1969), establecía como una facultad especial del Poder ejecutivo la de “*Reservar aguas para cualquier finalidad de interés público*” (*Artículo 7°: a*); tal cual, ocurrió a título de ejemplo con la expedición de los siguientes decretos supremos: **D.S. N° 088-82-AG** (Reservan a favor del “PRIDI” volumen de aguas sobrantes del río Mala), **D.S. N° 140-82-AG** (Reservan para el Proyecto “PRIDI” y por 2 años, los sobrantes de aguas del río “Huaura”), **D.S. N° 144-82-AG** (Reservan para proyecto de irrigación ubicado en Cajamarca volumen de agua por el lapso de dos años, **D.S. N° 145-82-AG** (Reservan para proyecto de irrigación ubicado en Junín volumen de agua por el lapso de dos años), **D.S. N° 146-82-AG** (Reservan para proyectos de irrigación ubicados en Cajamarca volúmenes de agua por el lapso de dos años), **D.S. N° 147-82-AG** (Reservan para el Proyecto “PRIDI” y por 2 años, los sobrantes de aguas del río “Chico”), entre muchos otros, todos ellos expedidos por el órgano facultad: Ministerio de Agricultura y Pesquería perteneciente al Poder Ejecutivo.

Sin embargo, pese a la reglamentación respecto al otorgamiento de reserva de aguas a favor del Poder Ejecutivo, otro órgano del Estado: el Congreso de la República, en la década de 1980, durante los Gobiernos de Fernando Belaunde Terry y Alan García, otorgó dos leyes denominadas LEYES DE RESERVA DE AGUAS SUBTERRÁNEA a favor de la entonces Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo - SEDAPAT, para el supuesto de asegurar el abastecimiento de AGUA POTABLE de la población y de la industria establecida en su circunscripción, creando en paralelo a las tarifas ya existentes, la denominada “tarifa de agua subterránea” que debían pagar los usuarios a favor de dicha entidad, y que ha generado la problemática materia de la presente investigación. Estas leyes fueron las siguientes:

- 4.1. **LEY N° 23521, Ley de Reserva las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT (21/12/82)**, en cuya parte pertinente se estableció que:

***Artículo 1°.** - Resérvense las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche de la Provincia de Trujillo, en favor de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, la que las dedicará al abastecimiento de agua potable de su población y de la industria establecida en su circunscripción.*

***Artículo 2°.** - Las tarifas de aguas subterráneas a que se refiere el artículo anterior, serán aprobadas por Decreto Supremo. Los recursos así constituidos, constituyen ingresos propios del SEDAPAT.*

(...)

- 4.2. **LEY N° 24516, Ley de Reserva las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT (04/06/86)**, en cuya parte pertinente se estableció que:

***Artículo 1°:** Resérvense, con excepción de las dedicadas o por dedicarse a la producción agropecuaria, las **aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo**, a favor de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, cuya jurisdicción es el ámbito del Departamento de La Libertad y quien las controlará, manejará, y distribuirá, dedicándolas al abastecimiento de agua potable de la población y de la industria establecida en esas circunscripciones.*

***Artículo 2°.** - La Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, es la única facultada para otorgar autorizaciones de uso de estas aguas subterráneas a terceros, así*

como de las renovaciones de uso del mismo recurso; aplicando por ello las tarifas correspondientes.

Artículo 3°. - *La Empresa queda facultada a cobrar el importe de las tarifas por uso de aguas subterráneas a terceros, de acuerdo a las facultades y competencia que se establecen en el artículo precedente. Estas tarifas serán aprobadas por Decreto Supremo. Los recursos así conformados constituyen ingresos propios de SEDAPAT.*

Nota: Por disposición del Artículo 1° de la Ley N° 29004, publicada el 20/04/2007, se excluyen las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo de la Región La Libertad, de los alcances de la presente ley.

Esta decisión se tomó previo Dictamen Aprobatorio de la Comisión Agraria del Congreso en el Periodo Anual de Sesiones 2006-2017, en el cual se discutió la propuesta de la Cédula Parlamentaria Aprista (Proyecto de Ley N° 650-2006-CR), de excluir a la cuenca del río Jequetepeque de la Provincia de Pacasmayo de la reserva prevista a favor de la empresa SEDALIB. Según esta propuesta la Entidad Prestadora de Saneamiento Local de Pacasmayo, se encuentra imposibilitada legalmente de cobrar el importe de las tarifas por servicio del uso de aguas subterráneas a terceros que presta a la industria en los distritos de la provincia de Pacasmayo, por encontrarse reservada dicha facultad a la empresa de saneamiento SEDALIB de Trujillo, a pesar de que actualmente esta empresa no administra el servicio de saneamiento en la provincia de Pacasmayo.

Asimismo, a fin de cumplir el requerimiento de esta última norma, el MINISTERIO DE VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN, expide el siguiente decreto supremo:

- 4.3. **DECRETO SUPREMO N° 033-86-VC, sobre Tarifa por el uso de agua extraída del subsuelo en la jurisdicción comprendida dentro de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo (21/11/86)**, en cuya parte pertinente se estableció que “*Que, en cumplimiento de la mencionada norma legal, es necesario aprobar como tarifa inicial el porcentaje mínimo propuesto por SEDAPAT, en tanto esta Empresa realice las evaluaciones que permitan adoptar una estructura tarifaria definitiva, con los mecanismos de reajuste que resulten necesarios; En armonía con lo dispuesto por el Artículo 3° de la Ley 24516*”;

Artículo 1°: *Las personas naturales o jurídicas, que con finés de consumo doméstico, comercial o industrial, utilicen agua extraída del subsuelo en la jurisdicción comprendida dentro de las Cuencas de los Ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, abonarán por este concepto, un monto equivalente al 20% de las tarifas de agua que, para estos fines, la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, tenga establecidas para los servicios de agua conectados al Sistema que administra.*

Artículo 2°: *El monto señalado en el Artículo 1°, se calculará por metro cúbico de agua consumida y medida cada mes, para lo cual SEDAPAT instalará medidores en los pozos tubulares que se exploten.*

Artículo 3°: *En tanto SEDAPAT no instale los medidores, los obligados al pago lo harán efectivo, de acuerdo con la evaluación de los consumos que le sean imputables, determinados por SEDAPAT, o de acuerdo con la Declaración Jurada que le presenten los usuarios sobre el promedio de consumo mensual.*

Artículo 4°: *SEDAPAT emitirá los correspondientes recibos conjuntamente con la facturación ordinaria por las tarifas de los*

*servicios que presta, pero los contabilizará y registrará en forma diferenciada, en los cuales consignará el concepto “**Tarifa Agua Subterránea**” Ley N° 24516. La presente tarifa tiene vigencia a partir del día siguiente de publicado el presente Decreto Supremo y será administrada por la Empresa SEDAPAT.*

Artículo 5°: *La explotación de agua subterránea para abastecimiento poblacional que comparte la distribución de agua a través de conexiones domiciliarias o de surtidores públicos, está exonerada del pago de la tarifa señalada en el Artículo 4°.*

En virtud de la cuales, la actual Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de La Libertad, SEDALIB SA, desde el mes de setiembre del año 2008 (después de casi treinta años de la dación de tales normas) ha iniciado la COBRANZA de este concepto denominado TARIFA DE USO DE AGUA SUBTERRÁNEA, a usuarios con fines productivos que captan el recurso a través de fuente propia.

4.4. SUPUESTOS NORMATIVOS DE LAS LEYES DE AGUAS SUBTERRÁNEA Y DEL DS N° 033-86-VC

A continuación, disgregaremos los supuestos normativos de las leyes de reserva de aguas subterráneas a favor de la entonces SEDAPAT, que comprende la cuenca del río JEQUETEPEQUE en Chepén, del río CHICAMA en Ascope, y de los ríos MOCHE y VIRÚ en Trujillo, otorgadas por el Congreso de la República, y del DS N° 033-86-VC, otorgado por el Ministerio de Vivienda y Construcción:

TABLA B: SUPUESTOS NORMATIVOS LEYES DE RESERVA

LEY N° 23521	LEY N° 24516	DECRETO SUPREMO N° 033-86-VC
<p>Resérvense las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche de la Provincia de Trujillo, en favor de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, la QUE LAS DEDICARÁ AL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE DE SU POBLACIÓN Y DE LA INDUSTRIA establecida en su circunscripción.</p>	<p>Resérvense, con excepción de las dedicadas o por dedicarse a la producción agropecuaria, las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, cuya jurisdicción es el ámbito del Departamento de La Libertad y quien las controlará, manejará, y distribuirá, DEDICÁNDOLAS AL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE DE LA POBLACIÓN Y DE LA INDUSTRIA establecida en esas circunscripciones.</p>	<p>Las personas naturales o jurídicas, que con FINES DE CONSUMO DOMÉSTICO, COMERCIAL O INDUSTRIAL, UTILICEN AGUA EXTRAÍDA DEL SUBSUELO en la jurisdicción comprendida dentro de las Cuencas de los Ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, abonarán por este concepto, un monto equivalente al 20% de las tarifas de agua que, para estos fines, la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, tenga establecidas para los servicios de agua conectados al Sistema que administra.</p>

Fuente: Elaboración propia

Como vemos, mientras las leyes otorgaban una RESERVA de aguas subterráneas a fin de que SEDAPAT LAS DEDIQUE AL ABASTECIMIENTO EXCUSIVO DE AGUA POTABLE PARA LA POBLACIÓN Y LA INDUSTRIA establecida en su circunscripción, el Decreto Supremo del Ministerio de Vivienda cambia el supuesto normativo, y estableció que LOS USUARIOS CON FINES DOMÉSTICOS (poblacionales), COMERCIALES O INDUSTRIALES, QUE EXTRAIGAN POR SÍ MISMOS A TRAVÉS DE SUS POZOS TUBULARES, lo que es totalmente distinto al espíritu que tuvieron las leyes de reserva, que sin perjuicio de su validez y aplicación, se pensaron para que la empresa de saneamiento pueda contar con un

recurso hídrico (subterráneo) que quedaría reservada a su favor, en caso lo necesite para satisfacer la demanda de AGUA POTABLE para los usuarios domésticos o industriales que se encuentren dentro de su circunscripción, siendo autorizada expresamente a “controlarlas, manejarlas, y distribuir las”, MAS NO SE ESTABA REGULANDO UNA RESERVA DE AGUA SUBTERRÁNEA A FAVOR DE SEDAPAT PARA COBRE LO QUE TERCEROS CONSUMAN DE FUENTE PROPIA, como lo estableció el Reglamento.

4.5. CREACIÓN DE LA TARIFA DE AGUA SUBTERRÁNEA

Como se evidencia del tenor de las leyes de reserva de aguas subterráneas, ellas crearon un concepto económico denominado “Tarifa de Uso de Agua Subterránea” que se cobraría por el uso del agua potable que provenga de fuente subterránea, la misma que fue prevista por el DS N° 033-86-VC, como el *monto equivalente al 20% de las tarifas de agua que, para estos fines, la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, tenga establecidas para los servicios de agua conectados al Sistema que administra*. Sin embargo, esta tarifa se creó de manera paralela a los conceptos económicos previstos en la Ley General de Aguas, y a la Ley de Saneamiento, y que se encuentra en acciones de cobranza judicial y extrajudicial por parte de SEDALIB a los usuarios de fuente propia, es decir, que captan el recurso directamente de sus pozos artesanales o tubulares.

Considerando que SEDALIB es una empresa prestadora de servicios, las tarifas por los servicios que cobra se encuentran actualmente sujetas a lo establecido en la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobada por el Decreto Legislativo N°1280, y su Reglamento, y por el Reglamento General de Tarifas, aprobado por la SUNASS, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2007-SUNASS-CD, que rige hasta la fecha.

La primera de las normas, estableció en su Artículo 74° que: *“74.1. Las tarifas aprobadas por la SUNASS son de aplicación obligatoria para todos los usuarios, sin excepción alguna. Dichas tarifas tienen una vigencia de cinco (05) años. Son nulos de pleno derecho todo acuerdo, convenio, pacto o disposición que establezca tarifas distintas a las aprobadas por la SUNASS o que difieran su inmediata aplicación, salvo en el caso que las tarifas se encuentren establecidas en un contrato de Asociación Público Privada celebrado como resultado de un proceso competitivo. 74.2. Vencido el periodo de vigencia de las tarifas, y sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, los servicios son facturados conforme a las tarifas del periodo anterior, mientras no entre en vigencia la resolución tarifaria del periodo vigente”*.

Y, en cuanto al Reglamento de Tarifas, este tuvo por finalidad unificar las normas sobre la materia que se encontraban dispersas en diversos instrumentos legales, de ahí que en su Artículo 1° se estableció que esta norma tiene por objetivos, entre otros, los de: *“1.1 Establecer los lineamientos generales aplicables a todas las EPS para continuar con el reordenamiento de estructuras tarifarias, que promuevan su eficiencia económica y viabilidad financiera y que al mismo tiempo logren el cumplimiento de los principios de equidad, transparencia, simplicidad y no discriminación; 1.3 Establecer el procedimiento para la aprobación de la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión en los servicios de saneamiento prestados por las EPS”*.

Asimismo, esta norma ratificó función reguladora de la SUNASS, al establecer en su Artículo 4° que *“La función de regulación tarifaria de la SUNASS es exclusiva y excluyente. Dicha función es ejercida por su Consejo Directivo, y comprende entre otros, los siguientes aspectos: a) Determinar las tarifas (fórmulas tarifarias)” (...)*

Asimismo, se establecieron principios rectores para el establecimiento de la regulación tarifaria:

- Principio de eficiencia económica: las tarifas que cobre la EPS por la prestación de los servicios de saneamiento deberán incentivar a una asignación óptima de recursos que posibilite la maximización de los beneficios de la sociedad.
- Principio de viabilidad financiera: las tarifas aplicadas por la EPS buscarán la recuperación de los costos requeridos para su funcionamiento eficiente, de acuerdo con los niveles de calidad y servicio que fije la Superintendencia. Asimismo, deberá permitir a las empresas ampliar la cobertura dentro del área de servicio.
- Principio de equidad social: la SUNASS implementará una política que permita el acceso a los servicios de saneamiento del mayor número de pobladores.
- Principio de simplicidad: las tarifas serán de fácil comprensión, aplicación y control.
- Principio de transparencia: el Sistema Tarifario será de conocimiento público.
- Principio de no discriminación: Las SUNASS actúa sin ninguna clase de discriminación, otorgando tratamiento igualitario frente al procedimiento del Sistema Tarifario, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

Para la aprobación de las tarifas, la EPS presenta una propuesta a la SUNASS de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento, y luego de su trámite, el Consejo Directivo de la SUNASS emite una Resolución aprobando la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión, la misma que se aprueba por periodos de cinco años.

Esta norma incluye en su ANEXO N° 1 los “LINEAMIENTOS PARA EL REORDENAMIENTO DE LAS ESTRUCTURAS TARIFARIAS”,

cuyo objetivo es “*alcanzar estructuras tarifarias que promuevan la eficiencia económica y suficiencia financiera de las EPS, y que al mismo tiempo, contribuyan al logro de los principios de equidad (respecto a ello, el Estado implementará una política que permita el acceso a los servicios de saneamiento del mayor número de pobladores), transparencia (que el Sistema Tarifario será de conocimiento público), y simplicidad (las tarifas serán de fácil comprensión, aplicación y control)*”.

Y por su parte el Reordenamiento Tarifario por sí, tuvo como objetivos principales, el de:

1. Diseñar una estructura tarifaria simple que permita una eficiente asignación de los recursos, la sostenibilidad de las empresas y que conduzca a la reducción en la diversidad de subcategorías y rangos.
2. Perfeccionar el sistema de subsidios cruzados en cumplimiento del principio de equidad.

En esta norma reglamentaria, se dispuso una CLASIFICACION DE LAS UNIDADES DE USO POR EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO (CUU), esta clasificación de las unidades de uso se realizará por Clases y categorías, de acuerdo a un código de unidad de uso del servicio y en función de la actividad que se realiza en ellas:

C.U.U	CLASE / Categoría
100	Clase Residencial
101	Categoría Social
102	Categoría Doméstica
200	Clase No Residencial
201	Categoría Comercial
202	Categoría Industrial
203	Categoría Estatal y Otros

De donde se advierte que, serán consideradas dentro de la **CLASE RESIDENCIAL** aquellas unidades de uso que son regularmente utilizadas como vivienda o casa-habitación. La Clase Residencial

comprende dos **categorías**: la Categoría Doméstica y la Categoría Social.

Y por otro lado, serán consideradas dentro de la **CLASE NO RESIDENCIAL** aquellas unidades de uso que, contando con un punto de agua y/o punto de desagüe, están dedicadas a una determinada actividad económica considerada en la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de todas las actividades económicas. La Clase No Residencial comprende las siguientes **categorías**: Comercial, Industrial, y Estatal y Otros.

Para el caso particular, lo que nos interesa es ver el tratamiento de los usuarios de agua potable comprendidos dentro de la CLASE RESIDENCIAL, Y CLASE NO RESIDENCIAL categoría industrial; que es distinto a ser un USUARIO INDUSTRIAL directamente, con derechos otorgados por la autoridad de aguas, captadas de fuente superficial o subterránea, que evidentemente es agua NO potable.

Así tenemos que, mediante **Resolución de Consejo Directivo N° 172014-SUNASS-CD, Oficio N° 314-17-SUNASS-030-GG, y Resolución N° 364- 2017-SEDALIB SA.-40000-GG**, SEDALIB SA, comunicó a la población en general las TARIFAS VIGENTES a partir de Octubre del año 2017 (A propósito de la entrada en vigencia de la Ley Marco) respecto de los servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario (que denominada desagüe), de acuerdo a los valores siguientes:

GRÁFICO D: ESTRUCTURA TARIFA DE SEDALIB SA

Localidades :Trujillo, La Esperanza, Florencia de Mora, El Porvenir, Victor Larco, Huanchaco y Salaverry

ESTRUCTURA TARIFARIA						
Categoría	Rangos m3/mes			Cargo Fijo (S./Mes)	Asignación de consumo (m3/mes)	Código Tarifario
		Agua	nuevo importe de desagüe S/.			
Social	0 a más	0.723	0.414	3.676	15	S01
Doméstico	0 a 8	1.885	1.077	3.676	(*)	D01
	8 a 20	2.059	1.176			
	20 a más	4.845	2.770			
Estatal	0 a 20	2.753	1.574	3.676	19	E01
	20 a más	4.845	2.770			
Comercial	0 a 20	4.252	2.429	3.676	28	C01
	20 a más	6.377	3.644			
Industrial	0 a 100	6.734	3.849	3.676	90	I01
	100 a más	7.758	4.434			

Localidades : Chepen, Puerto Malabrigo, Paján, Moche, Chocope y Pacangulla

ESTRUCTURA TARIFARIA						
Categoría	Rango			Cargo Fijo (S./Mes)	Asignación de consumo (m3/mes)	Código Tarifario
		nuevo importe de agua S/.	nuevo importe de desagüe S/.			
Social	0 a más	0.473	0.292	3.676	15	S01
Doméstico	0 a 8	1.356	0.838	3.676	(**)	D01
	8 a 20	1.560	0.964			
	20 a más	3.523	2.176			
Estatal	0 a 20	1.656	1.023	3.676	19	E01
	20 a más	3.523	2.176			
Comercial	0 a 20	2.486	1.535	3.676	24	C03
	20 a más	3.904	2.412			
Industrial	0 a 100	4.106	2.536	3.676	90	I01
	100 a más	4.751	2.935			

Fuente: Portal Institucional de SEDALIB SA

De donde se puede apreciar con meridiana claridad que, en dicho tarifario oficial de la entidad, NO SE HA INCLUIDO LA TARIFA DE USO DE AGUA SUBTERRÁNEA QUE VIENE COBRANDO A LOS USUARIOS DE FUENTE PROPIA.

Lo anterior adquiere mayor firmeza cuando, en virtud de la Delegación de Facultades aprobada mediante Ley N° 30335, del 01 de julio de 2015, el Poder Ejecutivo promulgó el **Decreto Legislativo N° 1185** (publicado el 16 de agosto de 2015), que ha establecido

expresamente en su Artículo 1º que **“El presente Decreto Legislativo tiene por objeto establecer y regular el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente norma”**, las cuales precisamente son las siguientes, Artículo 2º **“El presente Decreto Legislativo es de aplicación a: a) Las EPS que prestan el servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas a mérito de reservas de agua subterránea aprobadas con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, a través de las Leyes N° 23521, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de la Cuenca del Río Moche (Trujillo), a favor de la “SEDAPAT”, N° 24516, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT y N° 29004, Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516, y el Decreto Supremo N° 021-81-VC, por el que Reservan aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de “ESAL”.**

El importante aporte de esta norma fue que DEROGÓ EXPRESAMENTE los Artículos 2, 3 y 4 de la Ley N° 23521, y los Artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 24516, a favor de SEDAPAT (Única Disposición Derogatoria), y ACLARÓ por primera vez lo relativo al cobro de la **retribución económica por concepto de uso de agua subterránea**, y la entidad acreedora por dicho concepto. Estableciendo expresamente en su Artículo 5º lo siguiente:

“5.1 Las EPS, a través de un recibo único, recaudan la Retribución Económica por el Uso del Agua y la Tarifa de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas que

corresponde abonar a las personas naturales y jurídicas comprendidas en la presente norma.

5.2 La Retribución Económica por el Uso del Agua es transferida por la EPS a la ANA, empleando mecanismos de transferencia automatizados y de acuerdo al Convenio Interinstitucional que ambas instituciones suscriban en aplicación del presente Decreto Legislativo.

5.3 El recibo único impago genera intereses compensatorios y moratorios, y tiene mérito ejecutivo para su cobranza de acuerdo con el Código Procesal Civil”.

V. COBRANZA DE LA TARIFA POR USO DE AGUA SUBTERRÁNEA

5.1. ALCANCES DE LA COBRANZA

En virtud de las mencionadas Leyes N° 23521 y 24516, SEDALIB SA ha venido ejerciendo la cobranza judicial y extrajudicial de la tarifa de uso de agua subterránea creada por dichas normas, a los usuarios de agua, que captan el recurso a través de fuente propia para destinarlo a usos productivos. Entendamos por fuente propia, a los pozos tubulares y a tajo abierto de propiedad de los mismos usuarios; y entendamos por usos productivos, a aquellos distintos al uso poblacional, en los que el recurso hídrico es usado como insumo para el desarrollo de actividades productivas.

De la documentación revisada, hemos podido verificar que, el ejercicio de esta cobranza no es tan antiguo como la existencia de las leyes (década de 1980), es mas bien reciente, de aproximadamente fines del año 2008 en adelante, que coincide precisamente con la promulgación de la Ley de Recursos Hídricos, la misma que estableció en su Octava Disposición Complementaria Final que, “Las aguas subterráneas reservadas a favor de las entidades prestadoras

de saneamiento se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente”.

Esta norma complementaria final de la Ley de Recursos Hídricos pareciera que hizo revivir en el tiempo a estas leyes de reserva de agua subterránea de los años 80, que de acuerdo a lo investigado, nunca fueron usadas en los años cercanos a su promulgación, y es que precisamente a raíz de los trabajos normativos que se empezaban a dar desde el 2008, es que las normas empiezan a resonar entre las EPS beneficiadas con las reservas (SEDALIB en La Libertad, y SEDAPAL en Lima), e iniciaron las cuestionadas acciones de cobranza de la tarifa creada por ellas, dirigiéndola principalmente a empresas del sector agrario e industrial, cuyos recintos productivos se ubican en las provincias de Chepén, Ascope y Trujillo, generando en muchos casos que las empresas accedan al cobro y paguen los recibos de agua que se giran mensualmente por dicho consumo, y en otros casos, generando la interposición de acciones judiciales de las empresas contra SEDALIB SA cuestionando el cobro de la tarifa, y de SEDALIB SA contra ellas, requiriendo judicialmente el pago de la misma, derivando finalmente en el Poder Judicial, y en algunos casos en el Tribunal Constitucional, la misión de resolver la controversia sobre la exigibilidad del pago de dicho concepto económico, que no solo viene generando incertidumbre jurídica entre los usuarios y la entidad, sino hasta podría generar informalidad por parte de aquellos en el uso de este recurso valioso, con la finalidad de rehuir al cobro de la cuestionada tarifa.

La cobranza de esta tarifa, es ejercida por SEDALIB SA mediante la emisión de un Recibo de Cobranza, en el cual se especifica que es por concepto de uso de agua subterránea, indicando un supuesto volumen de consumo y el importe que se habría generado por dicho concepto, revistiendo la misma forma de un recibo por consumo de agua potable, con la diferencia que en este caso, los usuarios desconocen el procedimiento, fórmulas y factores aplicados para el

cálculo del importe puesto a cobro, pues como vimos, en el Plan Tarifario aprobado para SEDALIB SA, no se incluye esta tarifa dentro del esquema de cobranza, pero que sin embargo, como se apreciará en el Recibo, se consigna una Tarifa identificada como FI1, que no ha sido identificada en dicho Plan ni en otros instrumentos de la entidad, lo que evidentemente agrava la desconfianza en su cobro y su cálculo.

GRÁFICO E: RECIBO DE AGUA SUBTERRÁNEA

SEDALIB S.A.
 HUANCHACO - LOS PINOS # 144. 81200. TEL: 044-480555

Ruta: 1000 250344 RECIBO: [REDACTED]
 1-0020 SUMINISTRO: [REDACTED]

FACTURACION DE: FEBRERO
FECHA DE EMISION: 01/02/2018

Ciclo: 85
CONSUMOS MENSUALES (en m³)

C: [REDACTED]
 - SN
 U: [REDACTED]
 Ref.
 R.U.C.: [REDACTED]
 Horario: 05:00:00 Hrs - 17:00:00 Hrs

Frecuencia: Diario Horas: 12.00 Dias Semana: 7.00
 MEDIDOR: [REDACTED] TARIFA: FI1 T.S: 2 O.L: 4
 LECTURA ACTUAL: 594664 - 26/01/2018
 LECTURA ANTERIOR: 594664 - 27/12/2017
 CONSUMO M3: 0 M3 PROMEDIO: 10592

	1° RANGO	2° RANGO	3° RANGO	IMPORTE
1 USO AGUA SUBTERRANEA	14,265.31			14,265.31
2 CARGO FIJO				3.68
SUBTOTAL:				14,268.99
I.G.V.(18%):				0.66
Saldo Redondeo al Mes Anterior:				0.04
Redondeo Mes Actual:				0.01
Total Recibo Febrero 2018				S/ 14,269.70
Deuda anterior (Ignorar, si está al día)				S/ 166,647.70

Estimado Cliente:
 PAGUE SU RECIBO Y EVITE INTERESES MORATORIOS.

EMERGENCIAS
 044-480555

SON : CIENTO OCHENTA MIL NOVECIENTOS DIECISIETE Y 40/100 SOLES
TOTAL A PAGAR S/ 180,917.40
 (no incluye Intereses ni Gastos)

F.VENC.: 15/02/2018
 F.CORTE: 16/02/2018

Fuente: usuario que no será identificado

Asimismo, por disposición expresa de la actual Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo N° 1280, así como de la antigua Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N° 26338, los recibos o facturas que emitan las empresas prestadoras de servicios (y en general todos los prestadores de los servicios de saneamiento que hayan sido previamente autorizados para operar en el territorio nacional), por la prestación de los servicios de saneamiento, tiene mérito ejecutivo, y por tanto, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 688° del Código Procesal Civil, según el cual, *“sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: 11. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo”*, su cobranza judicial, se tramita bajo las reglas del Proceso Único de Ejecución, el cual por naturaleza, es un proceso expeditivo, en el cual, el derecho puesto a cobro goza de certeza casi absoluta, y las opciones de defensa de los ejecutados (demandados), se limita a las causales previstas en la propia norma procesal, referentes únicamente a:

- 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;*
- 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;*
- 3. La extinción de la obligación exigida;*

De ahí que, SEDALIB SA cuenta con instrumentos procesales favorables para exigir la cobranza judicial a aquellos usuarios que se niegan al pago voluntario de la mencionada tarifa, y que incluso por la naturaleza de casi certeza del derecho puesto a cobro, permite a la entidad afectar muchas veces por anticipado, el patrimonio de las empresas demandadas, en garantía de futuras sentencias estimatorias, que se puedan obtener si las supuestas deudoras no logran acreditar alguna causal de contradicción, a la que se encuentra limitada su defensa por la naturaleza del proceso, lo que genera un

escenario de conflicto, que se agrava por el hecho de la novedad de la problemática para los Jueces a cargo de la resolución de las causas, que como veremos en la muestra analizada, muchas veces incurren en pronunciamientos contradictorios y confusos.

5.2. DOCUMENTOS Y PROCESOS JUDICIALES QUE EVIDENCIAN LA COBRANZA DE LA TARIFA POR USO DE AGUA SUBTERRÁNEA

En la investigación desplegada, hemos tenido acceso a información relevante que da cuenta de la realidad y actualidad de la cobranza de la mencionada tarifa de uso de agua subterránea por parte de SEDALIB SA a usuarios, que ella misma denominada “de fuente propia”, que como vimos, son aquellos que captan el recurso a través de sus propias infraestructuras hidráulicas, sin recibir servicio efectivo de suministro y/o abastecimiento de agua por parte de dicha prestadora.

La información ha sido desglosada en dos ítems, uno que agrupa a los documentos institucionales elaborados por la propia SEDALIB SA, y otro sobre los procesos judiciales interpuestos por dicha entidad y por las empresas afectadas, respecto a la cobranza de la tarifa.

A. DOCUMENTOS INSTITUCIONALES DE SEDALIB SA

Se revisaron Memorias Institucionales y Planes Operativos de la entidad, desde el año 2013 hasta el año 2017, a los que hemos podido tener acceso, en los que se da cuenta que se incluye dentro de los rubros de cobranza y facturación y otros, al cobro de la tarifa por uso de agua subterránea a usuarios de fuente propia.

- **MEMORIA INSTITUCIONAL DEL AÑO 2013**

En el Rubro ATENCIÓN AL CLIENTE, se consigna:

*“Fortalecimiento de la Gestión Personalizada de Clientes de Alto Consumo, a través de la toma de lectura de **clientes industriales y de fuente propia por administración directa**, operativos inopinados orientados a detectar el uso no autorizado del agua no comercializada por los camiones cisterna”.*

En el Rubro FACTURACIÓN Y COBRANZA, se consigna:

*“La Facturación total ascendente a S/. 114'568,878.00 con IGV, por un volumen facturado de 29'499,057 m³; **también se ha facturado por explotación de agua subterránea por fuente propia por S/. 2'992,933.00, por volumen facturado de 4'001,793.00 m³**. Como producto del proceso de facturación, se han expedido 1'862,540 recibos en el año”.*

- **MEMORIA INSTITUCIONAL DEL AÑO 2014**

En el Rubro FACTURACIÓN Y COBRANZA, se consigna:

*“La Facturación total ascendente a S/. 126,155,202.82 con IGV, por un volumen facturado de 30,273,212 m³; **también se ha facturado por explotación de agua subterránea por Fuente Propia por S/. 2,992,933, por volumen facturado de 4,001,793 m³**”.*

En el Rubro ATENCIÓN AL CLIENTE, se consigna:

*“Fortalecimiento de la Gestión Personalizada de Clientes de Alto Consumo, a través de la **toma de lecturas a clientes industriales y de fuente propia por administración directa**, operativos inopinados orientados a detectar el uso no autorizado del agua”.*

- **MEMORIA INSTITUCIONAL DEL AÑO 2015**

En el Rubro INGRESOS OPERACIONALES, se consigna:

*“En el 2015, los ingresos operacionales ascendieron a S/.119.92 millones, de los cuales el 56.23% (S/.67.42 millones) corresponden a ingresos de agua potable y cargo fijo, el 31.61% (S/.37.90 millones) a ingresos por alcantarillado, el 5.41% (S/.6.49 millones) a subsidios gubernamentales y el **6.75% (S/. 8.10 millones) a ingresos diversos (fuente propia y otros conceptos)**”.*

- **PLAN OPERATIVO INSTITUCIONAL 2016**

En el Ítem sobre III. GESTIÓN DE FACTURACIÓN, se consigna:

*En el punto 3.5 detalla el concepto de “Total Facturación Neta e IGV”, **donde incluye el concepto de facturación por Usos de Agua Subterránea.***

- **PLAN OPERATIVO INSTITUCIONAL 2017**

En el Ítem sobre III. GESTIÓN DE FACTURACIÓN, se consigna:

*En el punto 3.5 detalla el concepto de “Total Facturación Neta e IGV”, **donde incluye el concepto de facturación por Usos de Agua Subterránea.***

B. PROCESOS JUDICIALES

En este extremo de la investigación, señalaremos la relación de los procesos judiciales vinculados al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea, que tenemos conocimiento por el patrocinio directo en algunos de ellos, así como por la información proporcionada por el Poder Judicial del Distrito Judicial de La

Libertad y de la propia entidad, en atención a solicitudes de acceso a la información pública en virtud de las normas de transparencia, y que acompañaremos como anexos del presente informe.

B.1. PROCESOS JUDICIALES DE OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO INTERPUESTOS POR SEDALIB SA

En este ítem, ubicamos a los procesos judiciales de obligación de dar suma de dinero, en trámite y concluidos, interpuestos por SEDALIB SA, contra diversas empresas agrarias e industriales de La Libertad, por concepto de cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea, que se tramitaron en la vía del proceso único de ejecución, en virtud de la existencia de Recibos de Cobranza, que como vimos, tienen la condición de títulos ejecutivos.

1. Expediente N° 2801-2014

Demandante: SEDALIB SA

Demandado: Casa Grande SAA

Dependencia: 3° Juzgado Civil

Inicio: 21/07/2014

Estado: **En trámite**

Pendiente resolver pedido de suspensión del proceso presentado por Casa Grande SAA, ante la emisión de la Sentencia de primera instancia, que declara fundada en parte la demanda de amparo interpuesta por dicha empresa contra la tarifa de agua subterránea, que se tramita en el Exp. N° 2140-2010.

2. Expediente N° 4907-2014

Demandante: SEDALIB SA
Demandado: El Rocío SA
Dependencia: 1° Juzgado Civil
Inicio: 09/01/2015
Estado: **Concluido**

Con Auto Final, mediante Resolución N° 09, de fecha 05 de octubre de 2016, que declara FUNDADA la Contradicción, por la causal de inexigibilidad de la obligación, por inconstitucionalidad de la tarifa. El auto quedó consentido mediante Resolución N° 11, de fecha 05 de abril de 2018, por apelación extemporánea de SEDALIB SA

3. Expediente N° 4780-2014

Demandante: SEDALIB SA
Demandado: Tal SA
Dependencia: 1° Juzgado Civil
Inicio: 09/03/2015
Estado: **En trámite. Pendiente nuevo auto final**

La 2° Sala Civil de La Libertad, confirmó la Resolución N° 05, del 01 de Setiembre de 2015, que declaró infundada la Excepción de Incompetencia por razón de la materia y de Falta de Legitimidad para Obrar del demandante deducidas por Tal SA; Y, declaró nula la Resolución N° 11, de fecha 11 de octubre del año 2016, que contenía el Auto Final, que declaraba FUNDADA la contradicción e INFUNDADA la demanda por la causal de inexigibilidad de la obligación, por inconstitucionalidad de la tarifa.

4. Expediente N° 3150-2015

Demandante: SEDALIB SA

Demandado: Trupal SA

Dependencia: 7° Juzgado Civil

Inicio: 07/08/2015

Estado: **Concluido**

Se expidió Auto Final, mediante Resolución N° 05, de fecha 05 de enero de 2017, que ORDENÓ llevar adelante la ejecución forzada hasta que SEDALIB SA se haga cobro de S/. 89,742.51 más intereses legales. TRUPAL SA no interpuso contradicción en su oportunidad.

5. Expediente N° 4845-2017

Demandante: SEDALIB SA

Demandado: Chimú Agropecuaria SA

Dependencia: 9° Juzgado Civil

Inicio: 20/12/2017

Estado: **En calificación de demanda**

Etapa postulatoria

B.2. ACCIONES DE AMPARO INTERPUESTAS POR LOS USUARIOS CONTRA SEDALIB SA

En este ítem, ubicamos a los procesos constitucionales de amparo, en trámite y concluidos, interpuestos por las empresas afectadas con la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea, contra SEDALIB SA., a fin de que se inapliquen respecto de ellas, las leyes de reserva de agua subterránea, y por tanto, la entidad se abstenga de continuar con la cobranza de dicha tarifa. Estas acciones se sustentan principalmente en el hecho que la tarifa tiene naturaleza tributaria, y por tanto, debió crearse con sujeción a los

principios constitucionales tributarias, entre los que se encuentran los de Legalidad, Reserva de Ley y No Confiscatoriedad, que se habrían violado al delegar en un Decreto Supremo, el establecimiento de los elementos constitutivos de la tarifa.

1. Expediente N° 1302-2010

Demandante: Cartavio SAA

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 1° Juzgado Civil

Inicio: 17/03/2010

Estado: **Elevado en Consulta la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema**

Se elevó en consulta la Sentencia de la Primera Sala Civil que CONFIRMÓ la Sentencia de primera instancia, contenida en la Resolución N° 03, de fecha 16 de julio de 2010, que declara FUNDADA en parte la demanda, en consecuencia, INAPLICABLE a la demandante las Leyes N° 23521 y 24516, por inconstitucionalidad de la tarifa.

2. Expediente N° 2140-2010

Demandante: Casa Grande SAA

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 4° Juzgado Civil

Inicio: 30/04/2010

Estado: **Pendiente Sentencia de Vista (Sala Mixta – Sede Covicorti)**

Revisión de la apelación interpuesta por SEDALIB SA, contra Sentencia de primera instancia, contenida en Resolución N° 13,

de fecha 30 de junio de 2016, que declara FUNDADA en parte la demanda, en consecuencia, inaplicable a la demandante las Leyes N° 23521 y 24516, por inconstitucionalidad de la tarifa, y dispone ABSTENCIÓN de cobranza.

3. Expediente N° 5179-2010

Demandante: Virú SA

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 4° Juzgado Civil

Inicio: 17/12/2010

Estado: **Pendiente elevar expediente en Consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema**

Se emitió Sentencia de Vista que confirma la Sentencia de primera instancia, mediante Resolución N° 03, de fecha 31 de enero de 2011, que declara FUNDADA en parte la demanda, en consecuencia, inaplicable a la demandante las Leyes N° 23521 y 24516, por inconstitucionalidad de la tarifa, y dispone ABSTENCIÓN de cobranza.

4. Expediente N° 1459-2014

Demandante: Tableros Peruanos SA

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 8° Juzgado Civil

Inicio: 19/05/2014

Estado: **Pendiente Sentencia de Vista por discordia de magistrado (3° Sala Civil de La Libertad)**

Revisión de la apelación interpuesta por SEDALIB SA, contra Sentencia de primera instancia, contenida en Resolución N° 13, de fecha 06 de octubre de 2016, que declara FUNDADA en parte la demanda, en consecuencia, inaplicable a la demandante las Leyes N° 23521 y 24516, por inconstitucionalidad de la tarifa, y dispone ABSTENCIÓN de cobranza.

5. Expediente N° 4348-2014

Demandante: El Rocío SA

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 2° Juzgado Civil

Inicio: 24/10/2014

Estado: **En agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional**

El expediente ha sido derivado al Tribunal por recurso de Agravio interpuesto por TAL SA., contra la Sentencia de Vista, contenida en la Resolución N° 10, de fecha 14 de enero de 2016, que revoca la Sentencia contenida en la Resolución N° 05, de fecha 30 de junio de 2015, que declaraba fundada la demanda, y reformándola la declaran infundada.

6. Expediente N° 364-2015

Demandante: Danper Trujillo SAC

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 7° Juzgado Civil

Inicio: 28/01/2015

Estado: **En agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional**

El expediente ha sido derivado al Tribunal Constitucional por recurso de Agravio interpuesto por Danper Trujillo S.A.C., contra la Sentencia de Vista de la 1° Sala Civil, contenida en la Resolución N° 10, que revoca la sentencia contenida en la Resolución N° 05, de fecha 07 de mayo de 2015, que declaraba fundada la demanda, y reformándola la declaran improcedente.

7. Expediente N° 561-2015

Demandante: Tal SA

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 3° Juzgado Civil

Inicio: 10/02/2015

Estado: **En agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional**

El expediente ha sido derivado al Tribunal Constitucional por recurso de Agravio interpuesto por TAL SA., contra la Sentencia de Vista de la Sala Mixta, contenida en la Resolución N° 09, de fecha 28 de octubre de 2016, que revoca la Sentencia contenida en la Resolución N° 05, de fecha 11 de Diciembre de 2015, que declaraba fundada la demanda, y reformándola la declaran infundada.

8. Expediente N° 1064-2017

Demandante: Chimú Agropecuaria SA

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 6° Juzgado Civil

Inicio: 02/03/2017

Estado: **Pendiente sentencia de primera instancia.**

B.3. PROCESO JUDICIAL DE DEVOLUCIÓN DE PAGO INDEBIDO INTERPUESTO CONTRA SEDALIB SA

En este ítem, ubicamos al proceso judicial de devolución de pago indebido interpuesto por una empresa contra SEDALIB SA, pretendiendo que se le restituya el pago efectuado por concepto de la tarifa de uso de agua subterránea por el periodo 2008 a 2016, tras desconocer la validez y exigibilidad de dicha tarifa.

1. Expediente N° 2423-2017

Demandante: Chimú Agropecuaria SA

Demandado: SEDALIB SA

Dependencia: 4° Juzgado Civil

Inicio: 23/06/2017

Estado: **Pendiente sentencia de primera instancia**

Como se aprecia de la relación de estos procesos judiciales, existe una real controversia entre los usuarios de agua y SEDALIB SA respecto a la aplicación de las leyes de reserva de agua subterránea a su favor, Leyes N° 23521 y 24516, y el cobro de la tarifa por este supuesto, que ha merecido el pronunciamiento de los Jueces Especializados y Superiores del Distrito Judicial de La Libertad, e incluso de los Jueces Supremos de la Corte Suprema de la República, que por la naturaleza de la controversia y el poco conocimiento de la problemática, ha generado decisiones distintas, y hasta contradictorias entre sí.

CAPÍTULO III
METODOLOGÍA

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN; 2. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es no experimental, por cuanto no existe manipulación activa de alguna variable, circunscribiéndonos a observar los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos.

1.1. POR SU FINALIDAD

Es una investigación aplicada, pues pretende profundizar en el estudio doctrinario y legislativo sobre los fundamentos jurídicos que cuestionan la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, que establecen la reserva de aguas subterráneas a favor de SEDALIB S.A. y la creación de la tarifa de uso de agua subterránea, a fin de generar nuevas bases académicas destinadas a procurar soluciones de problemas prácticos, relacionados con la validez y aplicación de dicha normativa.

1.2. POR SU CARÁCTER

Es descriptiva, ya que permite la identificación del fenómeno jurídico configurado por la problemática existente respecto a la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, que establecen la reserva de aguas subterráneas a favor de SEDALIB S.A., y la creación de la tarifa de uso de agua subterránea.

1.3. POR SU NATURALEZA

Es cualitativa, por cuanto su finalidad es encontrar una teoría con la que se pueda probar, con razones convincentes, la efectividad de los datos. El enfoque cualitativo utiliza la recolección de datos sin medición numérica, ya que las técnicas utilizadas en la investigación cualitativa es la observación no estructurada, así como la revisión de documentos.

2. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS

2.1. MATERIAL

2.1.1 TÉCNICAS

A. LA OBSERVACIÓN

Permitirá advertir los datos e incidencias de los asuntos propios de la investigación, permitiendo un acceso directo a los hechos que suceden en la realidad.

B. ACOPIO DOCUMENTAL

Permitirá obtener y seleccionar los documentos necesarios en la investigación, recurriendo a la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.

C. ENTREVISTA

Técnica que será utilizada para obtener la información proporcionada por personas involucradas en la problemática, como usuarios de fuente propia, magistrados, y abogados especialistas en el tema de estudio.

2.1.2 INSTRUMENTOS

A. EL FICHAJE

Permitirá que la información recolectada u obtenida de datos sean incluidas en fichas de registro y fichas bibliográficas.

B. EL DIÁLOGO

Que será empleado para desarrollar la técnica de la entrevista, con apoyo de un cuestionario.

2.2. PROCEDIMIENTOS

2.2.1 POBLACIÓN Y MUESTRA

A. POBLACIÓN

La población estuvo conformada por las Resoluciones Judiciales expedidas por Jueces Especializados, Superiores y Supremos del Poder Judicial del Perú, mediante las cuales se hayan resuelto asuntos relacionados a la aplicación y validez de las Leyes N° 23521 y 24516, así como al cobro de la Tarifa de Uso de Agua Subterránea.

Asimismo, estuvo conformada por los profesionales en derecho, que laboran actualmente como Asesores Legales internos y externos de empresas afectadas con la cobranza de la Tarifa de Uso, como Asesores de SEDALIB SA, y de la Autoridad Nacional del Agua - ANA, así como Magistrados Superiores que tienen conocimiento directo en la problemática.

B. MUESTRA

En la investigación cualitativa, la muestra puede hallarse compuesta por un grupo de personas, eventos, sucesos, comunidades, etc., sobre el cual se habrán de recolectar los datos, sin que necesariamente sea estadísticamente representativo del universo o población que se estudia.

En atención a ello, a juicio de la investigadora, la muestra para la presente investigación se encuentra conformado y distribuida de la siguiente manera por:

TABLA 03: DISTRIBUCIÓN DE LA MUESTRA

TÉCNICAS	UNIDAD DE ANÁLISIS	S.S.	POBLACIÓN	MUESTRA
ANÁLISIS DE CONTENIDO	Resoluciones Judiciales	13	13	09
ENTREVISTA	Funcionario de SEDALIB S.A.	01	08	08
	Funcionario de la Autoridad Nacional del Agua - ANA	01		
	Abogado Especialista en Derecho Administrativo	01		
	Abogado Especialista en Derecho de Recursos Hídricos	01		
	Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de La Libertad	02		
	Usuarios de fuente con fines productivos	02		
	TOTAL			

Fuente: Elaboración propia

2.2.2 MÉTODOS

Para el desarrollo de la presente investigación, hemos utilizado los siguientes métodos:

A. ANALÍTICO-SINTÉTICO

La investigadora empleó el método analítico cuando seleccionó a través del análisis las fuentes de investigación,

así como la información documental que servirá de sustento para el marco teórico, y el método sintético, cuando una vez tenida la información disgregada, aquella fue reunida o sintetizada para conformar el marco teórico del presente informe.

B. EXEGÉTICO

Este método fue empleado para un análisis profundo de la normatividad jurídica especial sobre la materia, así como para interpretar los dispositivos legales que reservan aguas subterráneas a favor de SEDALIB S.A. y crean la tarifa de uso de agua subterránea, en su estructura semántica, de conformidad a la antigua Ley General de Aguas, y actual Ley de Recursos Hídricos.

C. DOGMÁTICO

A través del cual se obtuvo un análisis doctrinario de los fundamentos que cuestionan la validez y aplicación de los dispositivos legales que reservan aguas subterráneas a favor de SEDALIB S.A. y crean la tarifa de uso de agua subterránea.

D. HERMENÉUTICO – JURÍDICO

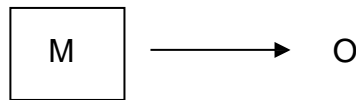
Empleado para analizar de modo crítico y fundamentado los temas que integran la investigación que se propone, conociendo el espíritu esencial de la normativa referente a las reservas de aguas subterráneas, en cuyo contexto se creó la tarifa de uso de agua subterránea, y los fundamentos que cuestionan su validez y aplicación.

E. HISTÓRICO

Que permitió conocer e identificar los antecedentes de la institución jurídica de reserva de aguas, y las obligaciones económicas a las que estaban sujetos los usuarios del recurso.

2.2.3 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación, se usó el diseño descriptivo simple, donde M representa la muestra sobre la que se va a realizar el estudio y O representa la información relevante o de interés que recogemos de la mencionada muestra, debido a que describe la variable, la detalla desarrollando aspectos conceptuales de la misma, a fin de describir los resultados de la presente investigación. Siendo su representación gráfica la que sigue:



Dónde:

M = Fundamentos jurídicos que cuestionan la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, sobre reserva de Aguas Subterráneas a favor de SEDALIB S.A

O = Leyes N° 23521, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.); y, N° 24516, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.)

2.2.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

A. TÉCNICAS:

- **Acopio documental:** Que nos permitió obtener y seleccionar los documentos necesarios en la investigación, recurriendo a la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.
- **Entrevista:** Esta técnica que será utilizada para obtener la información proporcionada por personas involucradas en la problemática, como usuarios de fuente propia, funcionarios de entidades públicas, magistrados, y abogados especialistas en el tema de estudio.

B. INSTRUMENTOS:

- **El fichaje:** Que nos permitió que la información recolectada u obtenida de datos sean incluidas en fichas de registro y fichas bibliográficas.
- **El diálogo:** Empleado para desarrollar la técnica de la entrevista, con apoyo de un cuestionario con preguntas cerradas.

2.2.5 PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para el desarrollo de la presente investigación, se siguieron los siguientes pasos:

- **Primer paso:** Consistió en la búsqueda de información relevante relacionada al tema materia de investigación, efectuando constantes visitas a las Bibliotecas

especializadas de la Autoridad Nacional del Agua y de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la ciudad de Lima, así como de la Universidad Privada Antenor Orrego, de la Universidad Nacional de Trujillo, y del Colegio de Abogados de La Libertad en la ciudad de Trujillo.

- **Segundo paso:** Se elaboraron los instrumentos para la aplicación de nuestras técnicas de investigación.
- **Tercer paso:** Aplicamos las técnicas e instrumentos que nos permitieron obtener los resultados de la investigación.
- **Cuarto paso:** Una vez obtenidos nuestros resultados, procedimos a contrastar la hipótesis planteada, y finalmente se elaboraron las conclusiones y recomendaciones.

2.2.6 DISEÑO DE ANÁLISIS DE DATOS

Una vez obtenida la información que sirvió de base para la investigación, a través de la aplicación de las técnicas e instrumentos, se procedió de la siguiente manera:

- **Depuración de la información:** Se procedió a la depuración de la información; seleccionando la información más relevante y de mayor trascendencia para la presente investigación. Cabe precisar que si bien se seleccionó información actualizada sobre el tema, también se tomaron algunos datos históricos, que permiten entender el contexto normativo en que se dieron las Leyes N° 23521 y 24516. Este procedimiento de depuración ha sido útil tanto para la elaboración del marco teórico. De igual manera, respecto a la información para la selección de nuestra muestra, se procedió a seleccionar la más relevante para los fines de la investigación.

- **Organización de la información:** Una vez seleccionada la información relevante, se procedió a clasificarla para ordenarla en grupos que se convirtieron en los títulos de nuestro marco teórico. De igual manera, respecto a la información seleccionada para nuestra muestra, una vez depurada, se procedió a ordenarla en ítems independientes para su debido estudio.

- **Tabulación de la Información:** Posteriormente, una vez obtenida y ordenada la información materia de interés, procedimos a su tabulación en cuadros y gráficos, para facilitar su proceso y posterior análisis y discusión.

- **Presentación de datos:** La presentación de la información obtenida, tanto para nuestro marco teórico, como la referente a los resultado, fue presentada en 06 Capítulos, denominados: Capítulo I: INTRODUCCIÓN, Capítulo II: MARCO TEÓRICO, Capítulo III: METODOLOGÍA, Capítulo IV: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS, Capítulo V: PROPUESTA JURÍDICA, y Capítulo VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y
ENTREVISTAS

1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Para efectos de la presente investigación, la investigadora ha seleccionó a su criterio, nueve resoluciones judiciales expedidas por Magistrados Especializados, Superiores y Supremos del Poder Judicial del Perú, en las que se han emitido pronunciamientos relacionados a la validez y/o aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516 a favor de SEDALIB SA, así como a la cobranza de la Tarifa de Uso de Agua Subterránea, en los que puede evidenciarse los distintos criterios asumidos por los Magistrados del Poder Judicial, así como distinta la defensa ejercida por las empresas que vienen soportando el cobro de esta tarifa.

A. PRIMERA RESOLUCIÓN: Auto de Saneamiento Procesal, contenido en la Resolución N° 10, de fecha 15 de julio de 2015, expedido en el Proceso de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa CASA GRANDE SAA, tramitado en el Exp. N° 2801-2014, ante el Tercer Juzgado Civil de Trujillo, que despacha el Dr. José V. Torres Marín.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa Casa Grande SAA, a fin de que ésta cumpla con el pago de la suma de S/. 2'1008,475.68 (Dos Millones Ciento Ocho Mil Cuatrocientos Setenta y Cinco con 68/100 Soles), por concepto de Tarifa de Uso de Agua Subterránea, en atención a la reserva de aguas que se otorgó a favor de dicha entidad mediante las Leyes N° 23521 y 24516, y a la aprobación de la tarifa mediante DS N° 033-86-VC. La causa se tramita en la vía del proceso único de ejecución, habilitado por la presentación de los Recibos de Cobranza, que legalmente detentan la calidad de títulos de ejecución.

Ante dicha acción, los representantes de Casa Grande SAA, además de contradecir el mandato de ejecución, presentaron la **Excepción de Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva de la Demandada**, alegando que no corresponde el cobro de la tarifa de uso de agua subterránea a la empresa, por cuanto las leyes en las que SEDALIB SA sustenta la cobranza, solo se aplican a las personas naturales o jurídicas que utilizan las aguas subterráneas con fines de consumo doméstico, comercial o industrial, y exponen que Casa Grande SAA sólo la usa para fines agrícolas, y por tanto, estaría fuera de los supuestos de la norma, agregando además que el agua que utiliza con fines industriales, no es el agua subterránea, sino el agua superficial, autorizada mediante Resolución Administrativa N° 032-2002-DRA-LL/ATDRCH (Licencia de uso de agua superficial con fines industriales), otorgada directamente por la Autoridad Nacional del Agua.

- **Sentido de la resolución**

Analizada la excepción deducida por Casa Grande SAA, el Juzgado emite Auto de Saneamiento Procesal, mediante Resolución N° 10, de fecha 15 de julio de 2015, Declarando **INFUNDADA** la Excepción de Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva de la Demandada, y en consecuencia, DECLARA la existencia de una relación jurídica procesal válida entre SEDALIB S.A y Casa Grande SAA, disponiendo la continuación del proceso.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la presente resolución:

“QUINTO: Que, por otro lado y si bien es cierto que la Empresa Casa Grande S.A.A, al formular la Excepción de Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva, se fundamenta básicamente en el hecho de que el cobro de la tarifa de agua subterránea, se realiza en virtud de la Ley No. 24516 y el Decreto Supremo No. 033-86-VC, según las cuales SEDALIB S.A es la única facultada para otorgar autorizaciones de uso de aguas subterráneas a terceros, sin embargo, dichas normas solamente se aplican a las personas naturales o jurídicas que utilicen aguas subterráneas con fines de consumo doméstico, comercial o industrial, conforme así se ha establecido en el Artículo 1º de la Ley No. 24516 y el citado Decreto Supremo que aprobó las tarifas de uso de aguas subterráneas establecidas en la ley antes mencionada, y que la demandada empresa Casa Grande S.A.A, no utiliza agua subterránea para consumo doméstico, comercial o industrial, sino que utiliza el agua subterránea solamente con fines agrícolas y en tal sentido la entidad demandante SEDALIB S.A no tiene la potestad de efectuar ni exigir el derecho del cobro del tributo denominado uso de agua subterránea a la demandada; **también es verdad, que la excepción propuesta (Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva) por su propia naturaleza, atañe a los aspectos adjetivos de los sujetos de la relación procesal y no a cuestiones sustantivas que tienen que ver con la prueba. Vale decir, que el derecho de postular ante los tribunales, no debe confundirse con el fundamento de la pretensión, el mismo que desde luego sólo puede establecerse en la sentencia, en base a la evaluación razonada de todos los medios probatorios, en su conjunto; y por lo que siendo ello así, la Excepción de Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva deducida por el referida empresa demandada, no resulta amparable por carecer de sustento y pruebas legales.**

SEXTO: *Que, resuelta la Excepción de Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva y por lo demás, en lo que atañe al Juzgador durante la tramitación del presente Proceso Judicial, no se han advertido defectos de forma y menos se han configurado elementos de otra naturaleza que invaliden los presupuestos y condiciones de la acción, así como que impidan emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del asunto, por lo que cabe declarar Saneado el mismo y debiéndose proseguir con su trámite conforme a su estado, esto es, señalándose día y hora para la continuación de la Audiencia Única”.*

- **Análisis y Discusión**

Mediante el Auto de Saneamiento Procesal, contenido en la Resolución N° 10, de fecha 15 de julio de 2015, el Juez Civil, Dr. José Torres Marín, rechaza la Excepción de Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva deducida por Casa Grande SAA en el Proceso de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA, por considerar que el análisis respecto a si corresponde la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea a dicha empresa, es una cuestión que debe dilucidarse en el fondo de la controversia con la valoración de todos los medios probatorios ofrecidos al proceso, donde se determinará si en efecto, Casa Grande SAA debe soportar el cobro de esta tarifa, pues la excepción que cuestiona la legitimidad de la demandada, solo atañe a los aspectos adjetivos de los sujetos de la relación procesal y no a cuestiones sustantivas que tienen que ver con la prueba.

B. SEGUNDA RESOLUCIÓN: Auto de Segunda Instancia, contenido en la Resolución N° 03, de fecha 19 de septiembre de 2016, expedido por la Primera Sala Civil de La Libertad en el Cuaderno de Apelación N° 2801-2014-59, perteneciente al Proceso de

Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra CASA GRANDE SAA, Exp. N° 2801-2014. La Sala se encontraba integrada por los Jueces Superiores Juan Chunga Bernal, Rolando Acosta Sánchez, y Jorge Colmenares Cavero.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa Casa Grande SAA, a fin de que ésta cumpla con el pago de la suma de S/. 2´1008,475.68 (Dos Millones Ciento Ocho Mil Cuatrocientos Setenta y Cinco con 68/100 Soles), por concepto de Tarifa de Uso de Agua Subterránea, en atención a la reserva de aguas que se otorgó a favor de dicha entidad mediante las Leyes N° 23521 y 24516, y a la aprobación de la tarifa mediante DS N° 033-86-VC. La causa se tramita en la vía del proceso único de ejecución, habilitado por la presentación de los Recibos de Cobranza, que legalmente detentan la calidad de títulos de ejecución.

En este proceso, Casa Grande, dedujo excepción de **Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva de la Demandada**, alegando principalmente que las leyes de reserva de agua, en que SEDALIB sustenta la cobranza de la tarifa, solo se aplican a las personas naturales o jurídicas que utilicen aguas subterráneas con fines de consumo doméstico, comercial o industrial, y que Casa Grande SAA, solo utiliza el agua subterránea con fines agrícolas, que se encuentra fuera de los alcances de la norma. Dicha excepción, fue declarada **INFUNDADA** por Juez del Tercer Juzgado Civil de Trujillo, mediante Auto de Saneamiento Procesal, contenido en la Resolución N° 10, de fecha 15 de julio de 2015, contra la que Casa Grande SAA, interpuso recurso de apelación, que fue elevado en revisión a la Primera Sala Civil

de La Libertad, integrada en dicho momento por los Jueces Superiores Juan Chunga Bernal, Rolando Acosta Sánchez, y Jorge Colmenares Cavero.

- **Sentido de la resolución**

En revisión del Recurso de Apelación interpuesto por Casa Grande SAA, la Primera Sala Civil de La Libertad, con la ponencia del Dr. Jorge Colmenares Cavero, emitió el Auto de Vista contenido en la Resolución N° 03, de fecha 19 de septiembre de 2016, que Resuelve **CONFIRMAR** el auto contenido en la Resolución N° 10, en el extremo que declara: **“INFUNDADA la excepción de FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR PASIVA DE LA DEMANDADA (...)”**.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la resolución:

*“3.5. Este Tribunal Superior al revisar los actuados como son el acta de acuerdo entre SEDALIB S.A. y la empresa Agroindustrial CASA GRANDE S.A.A sobre agua subterránea de uso industrial (fs. 739/740), así como la CARTA 486-2006-EAICG (FS. 746/747), y la declaración Jurada de fecha 22 de diciembre del 2016 donde expresa que “(...) que le permite utilizar en sus actividades industriales agua superficial provenientes del río Chicama, empleando agua subterráneas extraídas de nuestros pozos, (...)”, sin embargo existe, **este tema debe ser debatido en el proceso y al momento de sentenciar, pues, en una excepción planteada basta la mera afirmación de la titularidad activa (titular del derecho subjetivo material) y la imputación de una titularidad***

pasiva de la relación jurídico material para que pueda entablarse la relación jurídica procesal. En este orden de ideas, las razones del excepcionante y apelante no pueden ser estimadas, en todo caso, serán materia de pronunciamiento de fondo al momento de resolver la controversia, no pudiéndose ser amparadas vía excepción; consecuentemente, debe confirmarse la apelada que desestima la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado”.

- **Análisis y Discusión**

Mediante el Auto de Vista, contenido en la Resolución N° 03, de fecha 19 de septiembre de 2016, los Magistrados de la Primera Sala Civil, confirmaron el auto de primera instancia que rechaza la Excepción de Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva deducida por Casa Grande SAA contra SEDALIB SA, respecto a la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea, compartiendo el criterio del juzgado civil, en el extremo que las razones que alega Casa Grande SAA para sustentar su excepción, deben ser debatidas al momento de sentenciar el proceso, pues a nivel de excepción, basta con la mera afirmación de la titularidad activa (titular del derecho subjetivo material) y la imputación de una titularidad pasiva de la relación jurídico material.

C. TERCERA RESOLUCIÓN: Auto, contenido en la Resolución N° 04, de fecha 22 de abril de 2015, expedido en el Proceso de obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa EL ROCÍO SA, tramitado en el Exp. N° 4907-2014, ante el Primer Juzgado Civil de Trujillo, que despachaba el Dr. Hugo Escalante Peralta.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa El Rocío SA, a fin de que ésta cumpla con el pago de la suma de S/. 1'145,953.77 (Un Millón Ciento Cuarenta y Cinco Mil Novecientos Cincuenta y Tres Soles y 77/100 Soles) por concepto de Tarifa de Uso de Agua Subterránea, en atención a la reserva de aguas que se otorgó a favor de dicha entidad mediante las Leyes N° 23521 y 24516, y a la aprobación de la tarifa mediante DS N° 033-86-VC. La causa se tramita en la vía del proceso único de ejecución, habilitado por la presentación de los Recibos de Cobranza, que legalmente detentan la calidad de títulos de ejecución.

En este proceso, El Rocío SA, dedujo excepción de Incompetencia por Razón de la Materia, sustentada principalmente en el hecho que la tarifa de materia de cobranza, es un tributo, y por tanto, la competencia para su cobro le corresponde al Ejecutor Coactivo, y no a los Juzgados adscritos a alguna de las Cortes Superiores de Justicia, debido a que dicha competencia y facultad es exclusiva e indelegable.

- **Sentido de la resolución**

Analizada la excepción deducida por la ejecutada, el Juez del Primer Juzgado Civil, Dr. Hugo Escalante Peralta, emite la Resolución N° 04, de fecha 22 de abril de 2015, Declarando **INFUNDADA** la Excepción de incompetencia por razón de la materia formulada por El Rocío SA. y se dispuso seguir con la tramitación de la causa.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la resolución:

“Séptimo

(...)

*Así, tenemos que si bien la Ley N° 29338 -Ley de Recursos Hídricos, establece la diferencia entre retribución económica y tarifa, definiendo en su artículo 91° que la retribución económica es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen y fijándose por metro cúbico, siendo establecido por la Autoridad Nacional del Agua (ANA), **no debemos perder de vista que se trata de una norma con alcances generales, en tanto que la Ley N° 23521 y la Ley N° 24516 se tratan de leyes cuyo contenido posee una regulación especial.***

Asimismo, el reglamento de la Ley N° 29338, específicamente en su tercera disposición complementaria y final prescribe lo siguiente: “Tercera.- La prestación de servicios de suministro de agua distintos a los efectuados por las organizaciones de usuarios de agua, continuarán rigiéndose por su normativa sectorial especial.”

En ese sentido, reconoce que las aguas subterráneas reservadas a favor de las entidades prestadoras de saneamiento se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente, es decir, en el presente caso por la Ley N° 24156, mediante la cual se Reserva las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo a favor de la Empresa de Servicio de Agua Potable y alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.)

Octavo.- Que, por otro lado, el único sustento legal de la demanda en la excepción deducida es que, como lo que pretende la parte actora es el cobro de un tributo denominado “tarifa por uso de agua subterránea”, entonces la competencia para cobrar el mismo es del EJECUTOR COACTIVO y no de este juzgado. Al respecto, debe señalarse que el artículo 20º de la Ley N° 26821, prescribe que todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica, la misma que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales, siendo que dicha retribución económica incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho. Asimismo, y como para reforzar lo antes indicado, el inciso 176.1 del artículo 176º del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2010-AG, establece que la retribución económica por el uso del agua, es la CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación; con lo cual se aprecia que **la pretensión postulada en el presente proceso no está referida al cobro de tributos, sino a una suma de dinero como contraprestación económica, careciendo sustento fáctico y jurídico la afirmación de la demandada de querer otorgarle la calidad de tributo al pago materia de cobro en el presente proceso, razón por la cual la pretensión del demandante puede ser válida y perfectamente materia de conocimiento por parte de este juzgador**”.

- **Análisis y Discusión**

Mediante el Auto, contenido en la Resolución N° 04, de fecha 22 de abril de 2015, el Juez del Primer Juzgado Civil de Trujillo, Dr. Hugo Escalante Peralta, rechazó la Excepción de Incompetencia por razón de la Materia deducida por El Rocío SA, por considerar que las leyes de reserva de aguas a favor de SEDALIB SA, que crean la tarifa materia de cobranza, son leyes cuyo contenido posee una regulación especial, paralela a la regulación de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, y que el concepto puesto a cobro es por naturaleza una contraprestación económica por el uso del recurso agua, y no es un tributo como alega la ejecutada, por tanto, su cobranza es perfectamente conocible por el Poder Judicial.

Como se advierte, el Dr. Hugo Escalante, declaró INFUNDADA la Excepción, considerando que para él, ***“la pretensión postulada en el presente proceso no está referida al cobro de tributos (haciendo referencia a la tarifa), sino a una suma de dinero como contraprestación económica, careciendo sustento fáctico y jurídico la afirmación de la demandada de querer otorgarle la calidad de tributo al pago materia de cobro en el presente proceso, razón por la cual la pretensión del demandante puede ser válida y perfectamente materia de conocimiento por parte de este juzgador”***. Este argumento es relevante, porque el Juez al resolver la excepción, asume una postura y expone de antemano que la tarifa no tiene naturaleza tributaria, y por tanto, su cobro es perfectamente perseguible a través del Poder Judicial; sin embargo, este auto fue sometido en revisión a la Segunda Sala Civil de La Libertad, integrada por los Jueces Superiores Hilda Chávez García, Wilda Cárdenas Falcón, y David Florián Vigo, quienes emiten el Auto de Segunda Instancia, contenido en la Resolución N° 02, de fecha 24 de septiembre de 2015, resolviendo CONFIRMAR la

Resolución N° 04, en el extremo que declara: “INFUNDADA la excepción de incompetencia por razón de la materia deducida por El Rocío S.A (...)", pero en mérito a sus propios argumentos, pues para ellos, “*El Rocío S.A., cuando deduce la excepción de incompetencia por la materia, al señalar que esta dependería de determinar como premisa primera: “si lo que en autos se pretende es el pago de tributos ´tarifa por uso de agua subterránea” y la consecuencia sería la ´competencia del ejecutor coactivo, este silogismo ha llevado a la demandante y al Juez de primera instancia a determinar la naturaleza tributaria de la obligación puesta a cobro en este proceso. Al respecto, este Colegiado subraya otra vez –de acuerdo a los fundamentos anteriores- que no se ha establecido en la Ley General de Servicios de Saneamiento, competencia coactiva alguna para el Ejecutor Coactivo respecto de las deudas de los usuarios de los Servicios de Saneamiento, tengan o no naturaleza tributaria, pues se debe tener en cuenta que la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva establece un “Procedimiento de Ejecución Coactiva de Obligaciones No Tributarias” y un “Procedimiento de Cobranza Coactiva para Obligaciones Tributarias (...)", en este sentido, la competencia del Ejecutor Coactivo no depende de determinar si la obligación es o no es tributaria, pues procede en ambos casos, y por otra parte, tampoco existe disposición en nuestro Ordenamiento jurídico procesal que le reste mérito ejecutivo a los recibos o facturas que se emitan por la prestación de los servicios de saneamiento, según provengan de obligaciones tributarias o no tributarias”, esta postura es igualmente importante, porque en vía de excepción, la Sala no se detiene a analizar si estamos frente a tributos o no, pues como bien explica, en ambos casos el ejecutor coactivo puede asumir competencia para la cobranza, lo importante para ellos es determinar qué ley es la que debe aplicarse para resolver la excepción, si el Código Tributario o la Ley de Saneamiento, optando por esta última*

considerando que SEDALIB SA es una empresa prestadora de servicios, y por tanto, su actuación estará siempre sujeta a dicha ley, lo cual en principio consideramos correcto; sin embargo, en el caso particular rechazamos el hecho de que se deba considerar a la tarifa de uso de agua subterránea como una obligación económica que tenga sustento en la Ley de Saneamiento, pues esta tarifa se viene cobrando sin existir de por medio ningún servicio de saneamiento prestado por SEDALIB SA, lejos de ello, se viene cobrando en base a dos leyes especiales, que tienen su propio cuestionamiento en validez y aplicación.

D. CUARTA RESOLUCIÓN: Auto de Segunda Instancia, contenido en la Resolución N° 02, de fecha 24 de septiembre de 2015, expedido por la Segunda Sala Civil de La Libertad, en el Cuaderno de Apelación N° 04907-2014-10, perteneciente al Proceso de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra EL ROCÍO SA, Exp. N° 4907-2014. La Sala se encontraba integrada por los Jueces Superiores Hilda Chávez García, Wilda Cárdenas Falcón, y David Florián Vigo.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa El Rocío SA, a fin de que ésta cumpla con el pago de la suma de S/. 1'145,953.77 (Un Millón Ciento Cuarenta y Cinco Mil Novecientos Cincuenta y Tres Soles y 77/100 Soles) por concepto de Tarifa de Uso de Agua Subterránea, en atención a la reserva de aguas que se otorgó a favor de dicha entidad mediante las Leyes N° 23521 y 24516, y a la aprobación de la tarifa mediante DS N° 033-86-VC. La causa se tramita en la vía del proceso único de ejecución, habilitado por la presentación

de los Recibos de Cobranza, que legalmente detentan la calidad de títulos de ejecución.

En este proceso, El Rocío SA, dedujo excepción de incompetencia por razón de la materia, sustentada principalmente en que la tarifa materia de litis, es un tributo, y como tal, su cobranza le corresponde al ejecutor coactivo, y no al Poder Judicial. Dicha excepción, fue declarada INFUNDADA por Juez del Primer Juzgado Civil de Trujillo, mediante Resolución N° 04, de fecha 22 de abril del año 2015, contra la que El Rocío SA, interpuso recurso de apelación, que fue elevado en revisión a la Segunda Sala Civil de La Libertad, integrada en dicho momento por los Jueces Superiores Hilda Chávez García, Wilda Cárdenas Falcón, y David Florián Vigo.

- **Sentido de la resolución**

En revisión del Recurso de Apelación interpuesto por El Rocío SA, la Segunda Sala Civil de La Libertad, con la ponencia de la Dra. Wilda Cárdenas Falcón, emitió el Auto de Vista contenido en la Resolución N° 02, de fecha 24 de septiembre de 2015, que Resolvió **CONFIRMAR** el auto contenido en la Resolución N° 04, en el extremo que declara: “**INFUNDADA la excepción de incompetencia por razón de la materia deducida por El Rocío S.A (...)**”.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la resolución:

IV.1. (...)

IV.2. *Siguiendo lo expuesto, debemos destacar que el cuestionamiento inicial de la competencia judicial para conocer*

la pretensión de Obligación de Dar Suma de Dinero, por parte de la empresa demandada El Rocío S.A., cuando dedujo la excepción de incompetencia por la materia, residía en que: “si lo que en autos se pretende es el pago de tributos “tarifa por uso de agua subterránea” entonces la competencia para cobrarlos corresponde al ejecutor coactivo, no pudiendo este juzgado civil –así como ningún otro-, pretender la cobranza, porque esta competencia y facultad es exclusiva e indelegable.” **Al respecto, es importante recordar que la Ley N° 26338 (Ley General de Servicios de Saneamiento), no contiene ninguna mención sobre la competencia del “Ejecutor Coactivo” para la cobranza de las deudas de los usuario de tales servicios por parte de las entidades prestadoras, sino más bien –como se ha indicado en el considerando anterior- el artículo 24 de la mencionada Ley N° 26338 le otorga mérito ejecutivo a los recibos impagos, esto significa que pueden ser considerados títulos ejecutivos, y como tales objeto del Proceso Único Ejecutivo previsto en el Código Procesal Civil, en consecuencia competencia de los Jueces.**

IV.3. Por otra parte, se debe mencionar que el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2008-JUS, en su artículo 2° define como “entidad”, que es el sujeto activo o acreedor de la relación obligacional, a “aquellas de la Administración Pública Nacional, Regional y Local, que están facultadas por ley a exigir coactivamente el pago de una acreencia o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer.” Y como ya hemos señalado, **la Ley General de Servicios de Saneamiento no faculta a las entidades prestadoras de los servicios de saneamiento a cobrar sus deudas en la vía coactiva, sino al otorgarles mérito ejecutivo a los recibos impagos, establece que deberán recurrir al Proceso Único Ejecutivo regulado en el Código Procesal Civil,**

en sede judicial. De esta forma queda determinada la competencia por la materia a favor de los Jueces y no del Ejecutor Coactivo. Tampoco se ha acreditado por el excepcionante que la empresa demandante tenga ejecutor coactivo y que haga uso del procedimiento coactivo.

IV.4. No obstante lo expuesto, no se puede soslayar la situación a la que se ha llegado partiendo de lo expresado por la empresa demandada **El Rocío S.A.**, cuando deduce la **excepción de incompetencia por la materia, al señalar que esta dependería de determinar como premisa primera: “si lo que en autos se pretende es el pago de tributos “tarifa por uso de agua subterránea”” y la consecuencia sería la “competencia del ejecutor coactivo”, este silogismo ha llevado a la demandante y al Juez de primera instancia a determinar la naturaleza tributaria de la obligación puesta a cobro en este proceso.** Al respecto, este Colegiado subraya otra vez –de acuerdo a los fundamentos anteriores- que no se ha establecido en la Ley General de Servicios de Saneamiento, competencia coactiva alguna para el Ejecutor Coactivo respecto de las deudas de los usuarios de los Servicios de Saneamiento, tengan o no naturaleza tributaria, pues se debe tener en cuenta que la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva establece un “Procedimiento de Ejecución Coactiva de Obligaciones No Tributarias” y un “Procedimiento de Cobranza Coactiva para Obligaciones Tributarias (...)”, en este sentido, **la competencia del Ejecutor Coactivo no depende de determinar si la obligación es o no es tributaria, pues procede en ambos casos, y por otra parte, tampoco existe disposición en nuestro Ordenamiento jurídico procesal que le reste mérito ejecutivo a los recibos o facturas que se emitan por la prestación de los servicios de saneamiento, según provengan de obligaciones tributarias o no tributarias.**

IV.5. *Asimismo, debemos señalar que las disposiciones del Código Tributario respecto al cobro de tributos en la vía coactiva, constituyen normas generales dirigidas a todo “acreedor tributario”, que no son aplicables al presente caso, por cuanto al ser la Ley General de Servicios de Saneamiento norma especial que regula de forma específica la vía procesal para el cobro de las deudas (al otorgarles mérito ejecutivo a los recibos impagos), se prefiere la norma especial y no la general, de esta forma prevalece la vía procesal fijada ante la ejecución coactiva, resultando indiferente para efectos de la competencia por razón de la materia, determinar si la obligación puesta a cobro es o no un tributo, pues de ello no depende la aplicación del Código Tributario o de la Ley de Saneamiento, cuando esta última fija una vía procesal para todas las obligaciones en las que una Entidad prestadora de los Servicios de Saneamiento es acreedora.*

- **Análisis y Discusión**

Mediante el Auto de Vista, contenido en la Resolución N° 02, de fecha 24 de septiembre de 2015, los Magistrados de la Segunda Sala Civil, confirmaron el auto de primera instancia que rechaza la Excepción de Incompetencia por razón de la materia, deducida por El Rocío contra SEDALIB SA, respecto a la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea, pero por criterios distintos a los expuestos por el juez de primera instancia, quien resolvió la excepción entrando a tallar en la naturaleza de la tarifa, descartando que ésta sea un tributo, y por tanto, es válida su cobranza en la vía judicial; sin embargo, el Colegiado, declara igualmente infundada la excepción, pero concluyendo que para efectos de la competencia por razón de la materia, es indiferente determinar si la obligación puesta a cobro es o no un tributo, pues la ley especial, Ley de

Saneamiento, ha fijado una vía procesal para todas las obligaciones en las que una Entidad prestadora de los Servicios de Saneamiento es acreedora, al otorgarles mérito ejecutivo a los recibos impagos.

E. QUINTA RESOLUCIÓN: Auto Final, contenido en la Resolución N° 09, de fecha 05 de octubre de 2016, expedido en el Proceso de obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa EL ROCÍO SA, tramitado en el Exp. N° 4907-2014, ante el Primer Juzgado Civil de Trujillo, que despachaba la Dra. Tatiana Pedemonte Del Río.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa El Rocío SA, a fin de que ésta cumpla con el pago de la suma de S/. 1'145,953.77 (Un Millón Ciento Cuarenta y Cinco Mil Novecientos Cincuenta y Tres Soles y 77/100 Soles) por concepto de Tarifa de Uso de Agua Subterránea, en atención a la reserva de aguas que se otorgó a favor de dicha entidad mediante las Leyes N° 23521 y 24516, y a la aprobación de la tarifa mediante DS N° 033-86-VC. La causa se tramita en la vía del proceso único de ejecución, habilitado por la presentación de los Recibos de Cobranza, que legalmente detentan la calidad de títulos de ejecución.

Ante dicha acción, El Rocío SA, además de deducir la excepción de Incompetencia por razón de la materia, que fue rechazada en todas las instancias, formula CONTRADICCIÓN al mandato ejecutivo, al amparo de las Causales de **inexigibilidad de la obligación** y de **nulidad formal del título**. Sustenta la causal de inexigibilidad, en el hecho de que la tarifa

materia de cobranza es inconstitucional porque en su creación se ha violado los principios tributarios de reserva de la ley, legalidad, no confiscatoriedad, y se infringe el derecho – garantía de igualdad e interdicción de la discriminación; así como por el argumento de que el plazo de la reserva de aguas subterráneas ha vencido, y además ha sido establecida por autoridad incompetente para otorgarla, ya que de acuerdo a la Ley General de Aguas (Decreto Ley 17752) norma que estuvo vigente cuando se dictaran las leyes de reserva, era el Ministerio de Agricultura y Pesquería (Poder Ejecutivo), quien mediante Decreto Supremo, podía reservar aguas por un plazo de 02 años, y en el caso de autos, la reserva fue otorgada por el Congreso de la República en el año 1986, y además nunca fue renovada, con lo cual, el plazo venció en 1988, de modo que no existe deuda por los periodos reclamados (2007 a 2014).

Asimismo, sustentó la causal de nulidad del título de ejecución por fraude a la ley; alegando que la ejecutante comete fraude a la ley, al haber utilizado la emisión de recibos de pagos de servicios públicos, que tienen mérito ejecutivo, para cobrar un tributo; y de esta manera evitar acudir ante el ejecutor coactivo mediante una cobranza coactiva. Es decir, se vale de la emisión de recibos de pago de servicios públicos destinado a la cobranza de obligaciones no tributarias, para poder acudir ante el fuero judicial, vía proceso de ejecución

- **Sentido de la resolución**

Analizada la cuestión de fondo, el Juzgado emite Auto Final, mediante Resolución N° 09, de fecha 05 de octubre de 2016, Declarando **FUNDADA la CONTRADICCION** deducida por la ejecutada El Rocío SA; e, **INFUNDADA la demanda**

interpuesta por SEDALIB SA, sobre ejecución de Obligación de Dar suma de Dinero. Sin pago de costas y costos.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la resolución:

*“**SEGUNDO:** La ejecutada en su escrito de contradicción ha alcanzado la **sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en el proceso de amparo del Expediente N° 1837-2009-PA/TC**, resolución en la cual, el máximo intérprete de la Constitución y de las constitucionalidad de las leyes, ha emitido un **pronunciamiento sobre la naturaleza de la denominada tarifa por el uso de aguas subterráneas reservada a la EPS Sedapal SA, proceso en el cual se ha discutido acerca de la constitucionalidad de esta tarifa, situación jurídica similar a la que es materia de autos**, en la que se pretende cobrar la tarifa impaga por el uso de aguas subterráneas reservada a favor de la EPS Sedalib SA. Este Juzgador considera que los razonamientos y conclusiones arribadas en dicho proceso resultan pertinentes para analizar los hechos del presente proceso, por cuanto, **la ejecutada alega que el concepto materia de cobranza, al amparo de lo prescrito en las Leyes N° 23521 y N° 24516, reglamentadas por el Decreto Supremo N° 033-86-VC, es un tributo del tipo o clase tasa-derecho, por cuanto el hecho generador es el uso o el aprovechamiento del agua subterránea, la misma que viene a ser un bien público, tal como lo ha determinado por el Tribunal Constitucional en la sentencia señalada anteriormente.***

TERCERO:** En efecto, en la sentencia dictada en el proceso de amparo señalado en el considerando anterior, **el Tribunal

Constitucional ha indicado que, es indiscutible que la “tarifa de agua subterránea” tienen naturaleza tributaria y, en virtud de ello, de acuerdo a lo establecido por el artículo 74º de la Constitución, dicho cobro está sometido a la observancia de los principios constitucionales que regulan el régimen tributario, como son el de reserva de ley, de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y de respeto a los derechos fundamentales. Estos principios de la tributación constituyen límites de observancia obligatoria para quienes ejercen el poder tributario de acuerdo a la Constitución. Lo expuesto se sustenta en la propia definición de lo que técnicamente se entiende por tributo, que aun cuando de modo expreso no haya sido recogida en nuestra legislación, no obsta para tener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina. Asimismo debe indicarse que, el tributo es definido como: “la obligación jurídicamente pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley”. A partir de esta noción, podemos establecer los elementos esenciales de un tributo, los cuales son: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el ius imperium del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito. EN CONCLUSIÓN, así, la denominada tarifa – en el caso concreto - se configura como un mandato legal impuesto a quienes incurran en el hecho generador del tributo.

CUARTO: Habiéndose determinado que la Tarifa por el Uso de Agua Subterránea tiene la condición de ser un Tributo, en la misma sentencia dictada en el Expediente N° 1837-2009-PA/TC, se ha determinado que, el tipo de tributo de la referida tarifa por el uso de agua subterránea, es de una Tasa Derecho, puesto que el hecho generador se origina en la utilización de bienes públicos. Pues, tal como

establece el artículo 1 del Decreto Ley 17752, Ley General de Aguas, “Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible”, se trata pues de un recurso natural, tal como se ha establecido en el artículo 3; literal a) de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821 -, que considera recursos naturales a todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, como son las aguas superficiales y subterráneas; ya que ello, en realidad, no es más que la concretización del artículo 66° de la Constitución que establece “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.” De esta manera, el Estado como titular del recurso **natural “aguas subterráneas” está facultado para permitir el uso por parte de terceros de dichos recursos, y también está facultado para gravar su uso con la imposición de un tributo de la clase tasa-derecho mediante norma con rango de Ley, pero respetando el marco normativo que fija la Constitución Política.**

(...)

NOVENO: En relación al caso concreto, **en lo que se refiere al cumplimiento de la exigencia de que los elementos esenciales del tributo y su configuración en una norma de rango legal**, es de advertirse que el ámbito de análisis de la norma impugnada debe limitarse a la Ley N° 23521, Ley N° 24516 y el Decreto Supremo N° 033-86-VC. Hecha esta advertencia, puede apreciarse, en primer término que la Ley N° 23521, en sus artículos 01 y 02 prescribe: Artículo 1.- “Resérvase las aguas subterráneas de la cuenca del Río Moche de la Provincia de Trujillo, en favor de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, la que las

dedicará al abastecimiento de agua potable de su población y de la industria establecida en su circunscripción”, y Artículo 2.- “Las tarifas de aguas subterráneas a que se refiere el artículo anterior, serán aprobadas por Decreto Supremo. Los recursos así constituidos, constituyen ingresos propios del SEDAPAT”. Por otro lado, la Ley N° 24516, en sus artículos 01 y 02 establece: Artículo 01.- “Resérvanse, con excepción de las dedicadas o por dedicarse a la producción agropecuaria, las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de la Empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, cuya jurisdicción es el ámbito del Departamento de La Libertad y quien las controlará, manejará y distribuirá, dedicándolas al abastecimiento de agua potable de la población y de la industria establecida en esas circunscripciones”, y en su artículo 02 “La Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, es la única facultada para otorgar autorizaciones de uso de estas aguas subterráneas a terceros, así como de las renovaciones de uso del mismo recurso; aplicando por ello las tarifas correspondientes”.

*DÉCIMO: Una primera conclusión a la que arriba este Juzgador, es que de acuerdo a lo prescrito en la normatividad citada, se determina que en ambos casos, **estamos frente a disposiciones legales bastante generales, identificándose que no se cumple siquiera de manera mínima la consigna del principio de reserva de ley, los parámetros del tributo en lo que respecta a la alícuota no están establecidos en la propia ley; y, en ningún caso, puede aceptarse la entrega en blanco de facultades a una norma reglamentaria o al Ejecutivo para regular la alícuota de un tributo, sin siquiera darle parámetros objetivos de manera expresa y precisa.***

DÉCIMO PRIMERO: Entonces, a partir de lo expuesto en los ítems precedentes, toda delegación tributaria, para ser

constitucionalmente legítima, deberá encontrarse parametrada en la norma legal que tiene la atribución originaria, pues cuando la propia ley o norma con rango de ley no establece todos los elementos esenciales y los límites de la potestad tributaria derivada, se está frente a una delegación incompleta o en blanco de las atribuciones que el constituyente ha querido resguardar mediante el principio de reserva de ley. En el caso de la delegación de la alícuota de la tarifa por uso de aguas subterráneas a favor de Sedalib SA, en las normas antes mencionadas no se aprecia que estas hayan fijado los parámetros o rangos objetivos para determinar la alícuota, con lo cual, podría asumirse que el Ejecutivo, tendría carta blanca para fijarla a su libre albedrío en la norma reglamentaria.

DECIMO SEGUNDO: En efecto, como se puede verificar del contenido del Decreto Supremo N° 033-86-VC, en su artículo 01 prescribe “Las personas naturales o jurídicas que con fines de consumo doméstico comercial o industrial, utilicen agua extraída del subsuelo en la jurisdicción comprendida dentro de las Cuencas de los Ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, abonarán por este concepto, un monto equivalente al 20% de las tarifas de agua que, para estos fines la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, tenga establecidas para los servicios de agua conectados al Sistema que administra”, asimismo en su artículo 02 establece: “El monto señalado en el Artículo 1 se calculará por metro cúbico de agua consumida y medida cada mes, para lo cual SEDAPAT instalará medidores en los Pozos Tubulares que se exploten”, seguidamente en su artículo 03 señala: “En tanto SEDAPAT no instale los medidores, los obligados al pago lo harán efectivo, de acuerdo con la evaluación de los consumos que le sean imputables, determinados por SEDAPAT o de acuerdo con la Declaración jurada que le presenten los usuarios sobre el promedio de consumo mensual”; finalmente del artículo 04 de la misma

normativa se indica: “SEDAPAT emitirá los correspondientes recibos conjuntamente con la facturación ordinaria por las tarifas de los servicios que presta, pero los contabilizará y registrará en forma diferenciada, en los cuales consignará el concepto "Tarifa Agua subterránea" Ley N° 24516. La presente tarifa tiene vigencia a partir del día siguiente de publicado el presente Decreto Supremo y será administrada por la Empresa SEDAPAT”.

DECIMO TERCERO: A partir de las normas citadas en los párrafos precedentes, se ha dejado todos y cada uno de los elementos esenciales del tributo, para ser determinados en la norma reglamentaria en sus artículos 1º al 4º del Decreto Supremo N° 033-86-VC, evidenciándose que ninguno de ellos, han sido establecidos en la Ley N° 23521 o en la Ley N° 24516. En consecuencia, para este Juzgador, NO SE HA RESPETADO EN NINGUNA MEDIDA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO DE RESERVA DE LEY.

DECIMO CUARTO: Entonces, conforme ya lo hemos señalado anteriormente, también es el caso que en virtud del principio de legalidad, se refuerza la tesis de que los elementos esenciales del tributo, como son los que conforman el hecho imponible en sentido abstracto, entre ellos el sujeto pasivo, deben estar en norma con rango de ley. Claro está que la remisión excepcional a un texto reglamentario atendiendo a la naturaleza del tributo y a criterios de razonabilidad, puede ser entendida únicamente si los parámetros se encuentran fijados en la ley; y esa excepcionalidad determina, a su vez, que la línea de frontera o el máximo grado de remisión sea la norma reglamentaria; por ello, no es posible admitir, bajo ninguna circunstancia, una norma de rango inferior, como lo es el D. S. No. 033-86-VC; puesto que, plantear la posibilidad de incluir sujetos pasivos y la alícuota del tributo a través de precisiones

como las efectuadas mediante el D.S. No. 033-86-VC cuestionado, importaría no sólo la desnaturalización del principio de legalidad y el vaciamiento de su contenido constitucional sino que, además, significaría un evidente atentado contra un principio general del derecho como es la seguridad jurídica, entendida como la suma de certeza, legalidad, correcta interpretación de los preceptos constitucionales y ausencia de cambios inopinados.

DECIMO QUINTO: En conclusión, LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA TARIFA ES INCUESTIONABLE, al identificarse que los elementos esenciales del tributo, esto es, los sujetos pasivos, la base y la alícuota, entre otros, fueron establecidos en el Decreto Supremo N° 033-86-VC, publicado el 25 noviembre de 1986. En este sentido, habiéndose establecido que la infracción del principio de reserva de la Ley se produce desde la expedición del referido Decreto Supremo, es menester concluir que la obligación materia de cobro **RESULTA INEXIGIBLE**, por cuanto en la creación del tributo se infringió el principio fundamental antes señalado. Se puede concluir pues que el hecho de que la deuda haya sido incorporada en títulos ejecutivos en apariencia formalmente incuestionables, no dota de exigibilidad a la obligación, pues esta es contraria a la norma constitucional.

DECIMO SEXTO: Por tanto, queda establecida de manera categórica que la obligación contenida en los títulos ejecutivos adjuntos a la demanda es inexigible, no obstante, la ejecutada también ha interpuesto contradicción por la causal de nulidad del título por fraude a la ley, la misma que este Juzgador desestima por considerar que los documentos adjuntos están reconocidos como títulos de ejecución en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 26338 Ley general de Servicios de Saneamiento, tal como también ha sido

reconocido por el Superior jerárquico en el cuaderno del incidente de excepciones.

- **Análisis y Discusión**

Mediante el Auto Final, contenido en la Resolución N° 09, de fecha 05 de octubre de 2016, el Juez del Primer Juzgado Civil de Trujillo, Dra. Tatiana Pedemonte Del Río, declaró FUNDADA la Contradicción al mandato ejecutivo por la causal de Inexigibilidad de Obligación formulada por El Rocío SA contra SEDALIB SA, al compartir el criterio del Tribunal Constitucional expuesto en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1837-2009-PA/TC, donde dicho Colegiado resuelve la inconstitucional de la tarifa de uso de agua subterránea creada a favor de SEDAPAL en Lima, que es un caso similar al de SEDALIB en esta región. De esta manera, la Juez comparte la postura del Tribunal, y asume que la tarifa materia de cobranza, es un tributo de la categoría Tasa-Derecho, que grava el uso del recurso natural agua, que es un bien de dominio público. Partiendo de esta primera afirmación, la Juez concluye que al tener la tarifa naturaleza tributaria, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 74° de la Constitución, su cobro está sometido a la observancia de los principios constitucionales que regulan el régimen tributario, como son el de reserva de ley, de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y de respeto a los derechos fundamentales; y en el caso de autos, se ha determinado la violación del principio de reserva de ley, al identificarse que los elementos esenciales del tributo, esto es, los sujetos pasivos, la base y la alícuota, entre otros, fueron establecidos en el Decreto Supremo N° 033-86-VC, y no en las leyes de creación, por lo que es incuestionable la inconstitucional de la tarifa, y por tanto, la obligación materia de cobro RESULTA INEXIGIBLE, por cuanto en la creación del

tributo se infringió el principio fundamental antes señalado; y asimismo, analiza que el hecho de que la deuda haya sido incorporada en títulos ejecutivos en apariencia formalmente incuestionables, no dota de exigibilidad a la obligación, pues esta es contraria a la norma constitucional.

Sin embargo, lo relevante de esta resolución para los fines de la investigación, es que pese a que el Dr. Escalante (anterior Juez), había señalado al momento de resolver la Excepción de Falta de Competencia por la Materia, que la tarifa no es un tributo, y por tanto el Poder Judicial es competente para conocer las acciones de cobranza, la Dra. Tatiana Pedemonte, al emitir el Auto Final, contenido en la Resolución N° 09, de fecha 05 de octubre de 2016, Declara FUNDADA la CONTRADICCIÓN formulada por la ejecutada El Rocío SA; e, INFUNDADA la demanda interpuesta por SEDALIB SA, precisamente por considerar lo contrario, es decir, que la tarifa sí es un tributo y por tanto, se habían vulnerado los principios de reserva de ley y no confiscatoriedad en su creación, generándose una evidente contradicción entre los pronunciamientos de los Magistrados del Poder Judicial, que recaen incluso en un mismo proceso, haciendo grave la situación del conflicto y manteniendo las dudas en ambos actores procesales, pues reciben resultados contradictorios respecto a la misma situación controvertida.

Asimismo, la Juez desestima la causal de contradicción referente a la nulidad del título por fraude a la ley, al considerar que los Recibos de Cobranza están reconocidos como títulos de ejecución en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 26338 Ley General de Servicios de Saneamiento, así como por el Superior jerárquico en el cuaderno del incidente de excepciones.

F. **SEXTA RESOLUCIÓN:** Auto, contenido en la Resolución N° 05, de fecha 01 de septiembre de 2015, expedido en el Proceso de obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa TAL SA, tramitado en el Exp. N° 4780-2014, ante el Primer Juzgado Civil de Trujillo, que despachaba la Dra. Haydee Montalvo Bonilla.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Obligación de Dar Suma de Dinero, interpuesto por SEDALIB SA contra la empresa Tal SA, a fin de que ésta cumpla con el pago de la suma de S/. 957,555.00 (Novecientos Cincuenta y Siete Mil Quinientos Cincuenta y Cinco con 00/100 Soles), por concepto de Tarifa de Uso de Agua Subterránea, en atención a la reserva de aguas que se otorgó a favor de dicha entidad mediante las Leyes N° 23521 y 24516, y a la aprobación de la tarifa mediante DS N° 033-86-VC. La causa se tramita en la vía del proceso único de ejecución, habilitado por la presentación de los Recibos de Cobranza, que legalmente detentan la calidad de títulos de ejecución.

Ante dicha acción, los representantes de Tal SA, además de contradecir la demanda, dedujeron la excepción de ***Incompetencia por Razón de la Materia y falta de legitimidad para obrar del demandante***. Sustenta la primera excepción en el hecho de que lo que se pretende en autos es el pago de tributos "*Tarifa por uso de agua subterránea*", entonces la competencia para cobrarlos corresponde al Ejecutor Coactivo y no a los juzgados adscritos a alguna de las Cortes Superiores de Justicia, debido a que dicha competencia y facultad es exclusiva e indelegable; y, sustenta la segunda

excepción, en el hecho de que la única legitimada para cobrar por el uso de aguas subterráneas es el ANA.

- **Sentido de la resolución**

Analizada las excepciones deducidas por la ejecutada, el Juzgado emite Auto, mediante Resolución N° 05, de fecha 02 de septiembre de 2015, Declarando **INFUNDADAS** las Excepciones de Falta de Legitimidad Para Obrar Pasiva de la Demandada, formulada Tal SA, y en consecuencia, DECLARA la existencia de una relación jurídica procesal válida entre SEDALIB S.A y Tal SA, disponiendo la continuación del proceso.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la resolución:

Respecto a la excepción de incompetencia por la materia

“Séptimo:

(...)

*Así, tenemos que si bien la **Ley N° 29338 -Ley de Recursos Hídricos-**, establece la diferencia entre retribución económica y tarifa, definiendo en su artículo 91° que la retribución económica es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen y fijándose por metro cúbico, siendo establecido por la Autoridad Nacional del Agua (ANA), **no debemos perder de vista que se trata de una norma con alcances generales, en tanto que la Ley N° 23521 y la Ley N° 24516 se tratan de leyes cuyo contenido posee una regulación especial.***

Asimismo, el reglamento de la Ley N° 29338, específicamente en su tercera disposición complementaria y final prescribe lo siguiente: “Tercera.- La prestación de servicios de suministro de agua distintos a los efectuados por las organizaciones de usuarios de agua, continuarán rigiéndose por su normativa sectorial especial.”

*En ese sentido, **reconoce que las aguas subterráneas reservadas a favor de las entidades prestadoras de saneamiento se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente, es decir, en el presente caso por la Ley N° 24156, mediante la cual se Reserva las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo a favor de la Empresa de Servicio de Agua Potable y alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.)***

Respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante:

Noveno: *La excepción de falta de legitimidad activa o pasiva prevista en el artículo 446º inciso 6) del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente, está dirigida a denunciar la carencia de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y quienes forman parte de la relación jurídica procesal. La doctrina mayoritaria considera que a través de esta excepción, el demandado cuestiona la relación procesal debido a que esta se gestó por quien no es titular del derecho ni está en situación habilitante para exigir el cumplimiento de la pretensión o de lo contrario a quien se demandó no es el sujeto que la ley considera habilitado para responder por la pretensión o que no formó parte de la relación jurídica previa al proceso, y por tanto no hay identidad subjetiva. La relación procesal es cuestionada debido a que se encuentra afectada por la ausencia de presupuesto procesal (condición) necesario para*

un pronunciamiento válido denominado legitimidad para obrar (legitimidad de la causa).

Décimo: Sin embargo, **no podemos ser rígidos al abordar el tema de la legitimidad para obrar, sino por el contrario hay que ser flexibles, por tanto la misma debe ser entendida como la sola “afirmación” por parte del demandante y la “afirmación o negación” por parte del demandado de ser titulares de un derecho subjetivo o haber tenido una relación material a quien demanda o por quien es demandado; eso es lo único que determina la legitimatio ad causam. De ello se deduce que no hay que confundir la legitimidad para obrar que es de orden procesal, con la relación material ni con el derecho subjetivo, que serán materia de pronunciamiento en la sentencia.**

Décimo Segundo: En el caso de autos, el demandado debemos de indicar que **el actor sustenta la demanda en la aplicación de las Leyes N° 23521 y Ley N° 24516, siendo que ésta última, como ya se tiene señalado, concede titularidad a SEDAPAT (hoy SEDALIB), en exclusividad para que otorgue autorizaciones y renovaciones de uso de aguas subterráneas, es decir SEDALIB S.A ostentaría el derechos real sobre las aguas subterránea; atendiendo a la especialidad de la norma sobre la Ley N° 29338 en la que se respalda la Autoridad Nacional del Agua; por consiguiente el demandante tiene legitimidad para obrar en el presente proceso, deviniendo la excepción deducida en infundada”.**

- **Análisis y Discusión**

Mediante el Auto, contenido en la Resolución N° 05, de fecha 01 de septiembre de 2015, la Juez del Primer Juzgado Civil de Trujillo, Dra. Haydee Montalvo Bonilla, rechazó las Excepciones de Incompetencia por Razón de la Materia y de

Falta de Legitimidad para Obrar del Demandante deducidas por Tal SA, contra SEDALIB SA, por considerar respecto a la Excepción de Incompetencia por Razón de la Materia, que las leyes de reserva de aguas subterráneas a favor de SEDALIB SA, son normas especiales que prevalecen frente a la Ley de Recursos Hídricos, y por tanto, en virtud de la tercera disposición complementaria y final de esta ley, las aguas subterráneas reservadas a favor de las entidades prestadoras de saneamiento se rigen en cada caso por la ley que autoriza la reserva correspondiente, es decir, en el presente caso por la Ley N° 24156, por lo que es válida la cobranza de la tarifa a través del Poder Judicial.

Asimismo, respecto a la Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar del Demandante, la Juez la desestimada, tras concluir que la tarifa materia de cobranza se sustenta en la aplicación de las Leyes N° 23521 y Ley N° 24516, que conceden titularidad a SEDAPAT (hoy SEDALIB) en exclusividad para que otorgue autorizaciones y renovaciones de uso de aguas subterráneas, determinando que SEDALIB S.A ostentaría el derecho real sobre las aguas subterráneas, y por tanto, esta entidad tiene legitimidad para obrar en el presente proceso, que consideramos, el argumento más grave y peligroso jurídicamente, que denota no solo desconocimiento de la Juez sobre la materia en específico, sino del ordenamiento general sobre recursos naturales, pues la Juez llega a concluir que **“SEDALIB ostentaría DERECHOS REALES SOBRE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS”**, lo cual es gravísimo, pues en nuestro país, la Constitución y todas las leyes sobre la materia, son expresas al establecer que los RECURSOS NATURALES SON PATRIMONIO DE LA NACIÓN, y no existe propiedad privada sobre el agua, siendo que su otorgamiento solo se concede en uso a través de títulos habilitantes, por tanto, la motivación de la Juez en dicho

sentido, genera un razonamiento peligroso, y agrava aún más la controversia que gira en torno a esta problemática.

G. SÉPTIMA RESOLUCIÓN: Sentencia de segunda instancia, contenida en la Resolución N° 09, de fecha 21 de octubre de 2010, expedida por la Primera Sala Civil de La Libertad en el Proceso de Acción de Amparo interpuesto por CARTAVIO SAA contra SEDALIB SA, tramitado en el Exp. N° 1302-2010. La Sala se encontraba integrada por los Jueces Superiores Carlos Cruz Lezcano, Teófilo Idrogo Delgado y David Florián Vigo.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Acción de Amparo, interpuesto por Cartavio SAA contra SEDALIB SA, a fin de que se disponga el cese inmediato de la amenaza que recae sobre su patrimonio por la cobranza del recurso tributario que se crea bajo la denominación de “Tarifa de uso de agua subterránea”, y que se inaplique respecto de ella, las Leyes N° 23521 y 24516, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC y demás normas reglamentarias y concordantes; en consecuencia se ordene: a) el impedimento y abstención de SEDALIB de realizar cualquier acto o medida destinada a cobrar la Tarifa correspondiente a cualquier periodo, sea anterior, en curso o posterior a la fecha de la interposición de su demanda, incluyendo cualquier recibo emitido o que emita en el futuro; b) el impedimento y abstención de SEDALIB de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o de agua subterránea a la demandante, con motivo de una deuda por falta de pago de la Tarifa; y otros.

En este proceso, el Juez del Primer Juzgado Civil de Trujillo, Dr. Hugo Escalante Peralta, expidió Sentencia de primera

instancia, mediante Resolución N° 03, de fecha quince de Julio de 2010, que declaraba **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta por Cartavio SAA contra SEDALIB S.A., y en consecuencia declaró inaplicable para la demandante las Leyes N° 23521 y 24516, en cuanto se refieren al recurso tributario que se crea bajo la denominación “Tarifa de uso de agua subterránea”, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC y demás normas relacionadas a dicho tributo. En consecuencia, ordena: a) el impedimento de la demandada SEDALIB de realizar cualquier acto o medida destinada a cobrar la tarifa por agua subterránea a que se refieren las normas antes citadas, correspondiente a cualquier periodo, sea anterior, en curso o posterior a la fecha de la interposición de su demanda, incluyendo cualquier recibo emitido o que emita en el futuro, siempre que sea consecuencia de la aplicación de la Ley N° 23521 y N° 24516, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC; b) el impedimento y abstención de SEDALIB de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o de agua subterránea a la demandante, con motivo de una deuda por falta de pago de la tarifa generada por la aplicación de las normas legales antes señaladas.

Contra dicha sentencia de primera instancia, SEDALIB SA interpuso recurso de apelación, y el proceso fue remitido en revisión a la Primera Sala Civil.

- **Sentido de la resolución**

Analizada la cuestión de fondo, la Primera Sala Civil emitió sentencia de vista con la ponencia *del Dr. David Florián Vigo*, resolviendo **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución N° 03, de fecha 15 Julio de 2010,

que declara **FUNDADA** en parte la demanda, con lo demás extremos que contiene.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la resolución:

TERCERO: *Los argumentos del recurso de apelación, se dirigen a demostrar que el agua es un recurso natural, y entonces debe ser aplicable lo normado por la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Estos argumentos no contradicen los fundamentos vertidos en la sentencia, sino más bien, se inscriben en su mismo orden de ideas, pues la sentencia impugnada tiene como referencia la STC N° 1837-2009-PA/TC, en la que se ha definido (fundamento once) que “el agua es un recurso natural prestado por el Estado” y que **“la clasificación del pago de la tarifa por el uso de agua subterránea como un tributo, precio público o cualquier otra categoría jurídica, no es óbice para que en todas no se presente de manera ineludible el cumplimiento de una serie de cánones en su diseño normativo tendientes a la vigencia y observancia de principios orientadores que ofrece nuestro marco constitucional.”** Así, cuando en el artículo 20 de la Ley 26821, se precisa que se pagará una retribución económica por el uso del recurso natural –con lo cual el apelante pretende soslayar la calificación de tributo de la “tarifa de agua subterránea”– este concepto de “retribución económica”, es una expresión general que no deroga ni impide, que el pago por la utilización del referido recurso natural, se denomine contraprestación, derecho de vigencia, o tributo, en los primeros cuando su uso tiene*

finés agrícolas, y en el último cuando corresponde a la prestación de un servicio público, que es el supuesto del presente caso.

- **Análisis y Discusión**

Mediante la Sentencia de Vista, contenida en la Resolución N° 09, de fecha 21 de octubre de 2010, los Magistrados de la Segunda Sala Civil, confirmaron la sentencia de primera instancia, desvirtuando los argumentos de la apelación interpuesta por SEDALIB SA, en el extremo de que se debe considerar la tarifa de uso de agua subterránea, al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, ya que esta alegación en nada contradice los fundamentos vertidos en la sentencia, sino más bien, se inscriben en su mismo orden de ideas, pues dicha sentencia tiene como referencia la STC N° 1837-2009-PA/TC, en la que se ha definido “el agua es un recurso natural prestado por el Estado” y que “la clasificación del pago de la tarifa por el uso de agua subterránea como un tributo, precio público o cualquier otra categoría jurídica, no es óbice para que en todas no se presente de manera ineludible el cumplimiento de una serie de cánones en su diseño normativo tendientes a la vigencia y observancia de principios orientadores que ofrece nuestro marco constitucional.” Asimismo, razona el Colegiado que el pago por la utilización del agua subterránea, se denomina contraprestación, derecho de vigencia, o tributo, en los primeros cuando su uso tiene fines agrícolas, y en el último cuando corresponde a la prestación de un servicio público, que sería el supuesto del presente caso.

H. OCTAVA RESOLUCIÓN: Consulta N° 3311-2010, contenida en la Resolución de fecha 04 de noviembre de 2010, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte

Suprema de Justicia de la República, en consulta de la Sentencia expedida en el Proceso de Acción de Amparo interpuesto por CASA GRANDE SAA contra SEDALIB SA, tramitado en el Exp. N° 2140-2010, ante el Cuarto Juzgado Civil de Trujillo. La Sala estuvo conformada por los Magistrados Supremos Elcira Vásquez Cortez, Francisco Távara Córdova, Roberto Acevedo Mena, Eduardo Iribarren Fallaque, y Elizabeth Mac Rae Thays.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Acción de Amparo, interpuesto por Casa Grande SAA contra SEDALIB SA, a fin de que se disponga el cese inmediato de la amenaza que recae sobre su patrimonio por la cobranza del recurso tributario que se crea bajo la denominación de “Tarifa de uso de agua subterránea”, y que se inaplique respecto de ella, las Leyes N° 23521 y 24516, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC y demás normas reglamentarias y concordantes; en consecuencia se ordene: a) el impedimento y abstención de SEDALIB de realizar cualquier acto o medida destinada a cobrar la Tarifa correspondiente a cualquier periodo, sea anterior, en curso o posterior a la fecha de la interposición de su demanda, incluyendo cualquier recibo emitido o que emita en el futuro; b) el impedimento y abstención de SEDALIB de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o de agua subterránea a la demandante, con motivo de una deuda por falta de pago de la Tarifa; y otros.

En este proceso, el Juez del Cuarto Juzgado Civil de Trujillo, Dr. Antonio Escobedo Medina, expidió Sentencia de primera instancia, mediante Resolución N° 03, de fecha 01 de Julio de 2010, declarando **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta

por Casa Grande SAA contra SEDALIB S.A.; en consecuencia declara inaplicable para la demandante la Ley N° 23521 y la Ley N° 24516, en cuanto se refieren al recurso tributario que se crea bajo la denominación “Tarifa de uso de agua subterránea”, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC y demás normas relacionadas a dicho tributo, con lo demás que contiene.

Contra dicha resolución, las partes no interpusieron recurso de apelación, y por disposición del Artículo 14° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el proceso fue elevado en Consulta a la Corte Suprema de Justicia.

- **Sentido de la resolución**

Analizada la cuestión de fondo, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema emitió su Resolución de Consulta, con ponencia de *la Dra. Mac Rae Thays*, resolviendo DESAPROBAR la sentencia de primera instancia, de fecha 01 de julio de 2010, en el extremo que INAPLICA las Leyes N° 23521, y N° 24516 en cuanto se refieren al recurso tributario creado como tarifa de uso de agua subterránea, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC y demás normas relacionadas a este tributo, respecto de la amparista.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la resolución:

SETIMO: Al estar frente a la explotación de un recurso natural, como es el agua - subterránea, es importante tener presente la legislación que sobre la materia se ha dado. En primer lugar, debe tenerse presente de conformidad con el artículo 66 de la

*Constitución "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento." De ahí que **el Estado está facultado para exigir un cobro por la explotación de un recurso natural. Más aun, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, establece en su artículo 20 que: "Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales."***

OCTAVO: Sobre la naturaleza de la "tarifa de agua subterránea" se han propuesto diversas clasificaciones sobre su naturaleza; así la demandante alega que se trataría de una tasa-derecho mientras que la demandada sostiene que se trata de una retribución económica, puesto que el agua es un recurso natural (renovable) por ende es un patrimonio de la Nación y que en el Perú el pago por el uso de los recursos naturales constituye una retribución económica.

NOVENO: Este Colegiado considera que la tarifa de agua subterránea se trata de una Tasa-Derecho sui generis debido que, conforme lo ha establecido el artículo II del Código Tributario, el Derecho "son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos." En el referido Decreto Ley N° 25988 establecía en su artículo 2 que los "derechos correspondientes a la explotación de recursos naturales, concesiones u otros similares se rigen por las normas legales pertinentes." La manera en que se debe determinar el monto de la Tasa-Derecho es evidentemente distinta y es que, en estricto, el Estado cobra por un aprovechamiento de un bien, siendo esta la prestación. Por consiguiente, la determinación de la tasa en este caso no dependerá del costo del servicio que brinda sino de

otros elementos. La determinación de tales elementos debe ser establecidos en la Ley para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales Ley N° 26821, Ley N° 17752 y la Ley N° 29338. Esto se explica debido a la especial esencia de los recursos naturales, cuya explotación no puede ser regulada con los elementos tradicionales de la Tasa-Derecho.

DÉCIMO: En el presente caso, la norma que genera o que impone la obligación de pago era la Ley General de Aguas (Decreto Ley N° 17752, del veinticinco de julio de mil novecientos sesenta y nueve). Esta norma ha sido derogada por la Ley de Recursos Hídricos Ley N° 29338, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve, norma vigente a la fecha de interposición de esta demanda.

UNDECIMO: La Ley General de Aguas estableció en su artículo 12 que: "Los usuarios de cada Distrito de Riego abonarán tarifas que serán fijadas por unidad y volumen para cada uso. Dichas tarifas servirán de base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluyendo las del subsuelo, así como para la financiación de estudios y obras hidráulicas necesarios para el desarrollo de la zona." Con ello, queda claramente establecido el hecho que genera la obligación de pago así como los sujetos de la obligación. Así, todo sujeto que utilice el recurso hídrico debe abonar la retribución respectiva. Por su parte la Ley de Recursos Hídricos vigente, establece la retribución económica como contraprestación por el uso del agua: "Artículo 91. Retribución por el uso de agua.- La retribución económica por el uso del agua es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen. Se fija por metro cúbico de agua utilizada cualquiera sea la forma del derecho de uso otorgado y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos."

Asimismo, en relación al uso de las aguas subterráneas, dicha norma en su artículo 94 establece "La tarifa por el servicio de monitoreo y gestión de las aguas subterráneas es el pago que hacen los usuarios de aguas subterráneas con fines productivos y cuyos fondos se destinan a monitorear el uso de esta agua y el nivel freático, así como para gestionar el uso de esta agua para hacer sostenible su disponibilidad."

Con ello, queda claramente establecido en las citadas leyes el hecho que genera la obligación de pago así como los sujetos de la obligación. Así, todo sujeto que utilice el recurso hídrico debe abonar la retribución respectiva.

DUODÉCIMO: Si bien el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG publicado en el diario oficial El Peruano el veinticuatro de marzo de dos mil diez, en el artículo 176.1 establece "La retribución económica por el uso del agua, es la contraprestación económica, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación. No constituye tributo." Sin embargo, cabe destacar que esta denominada retribución económica tiene elementos comunes a los que tiene una tasa-derecho.

DÉCIMO TERCERO: En el caso de autos, el Decreto Supremo N° 033-86-VI, establece el monto a pagar en las referidas circunscripciones, siendo el veinte por ciento de las tarifas de agua que para estos servicios SEDAPAT tenga establecidas para los servicios de agua conectados al sistema que administra, empero, no se advierte que, vía reglamento, se haya creado o variado la determinación del hecho imponible o los sujetos activos o pasivos de los tributos determinados, establecidos previamente por la Ley N° 17752.

DECIMO CUARTO: En lo referente a la alícuota, en el Decreto Ley N° 17752, en esta se establecieron criterios generales para establecer la determinación del monto de dicho tributo, como

por ejemplo cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos del agua (artículo 12) o en el artículo 20 de la Ley N° 26821, se indica que debía adoptarse criterios económicos, sociales y ambientales. Ello resulta necesario debido a la propia naturaleza del recurso hídrico, cuya cantidad es variable, dependiendo de la época o el lugar.

DECIMO QUINTO: En este caso, se está haciendo uso del agua subterránea, y se pretende no cancelar monto alguno por su explotación, siendo éste el efecto que generaría aprobar la sentencia; esto es un acto contrario a los contenidos mínimos de justicia. Debe tenerse en cuenta la relevancia de los recursos hídricos los cuales son escasos y no renovables o los problemas de su escasez que se plantean en la actualidad. Las aguas subterráneas son el depósito natural de reservas de este recurso y en épocas de escasez es utilizada para suplir la demanda de la sociedad de agua potable.

DECIMO SEXTO: El uso de estos recursos debe ser asumido por quien lo utiliza y tienen un costo, mediante el pago de estos se brindan los fondos necesarios para su protección; con la sentencia materia de consulta se dejaría desprotegida a la sociedad frente a la extracción de recursos naturales, que son patrimonio de la Nación, de acuerdo al artículo 66 de la Constitución. Si bien puede plantearse un cuestionamiento a la forma en que se ha determinado el monto a cobrar por su utilización, no es posible aceptar que no se cobre nada por la utilización de recursos naturales, cuya propiedad recae en la Nación. El no cobro de la contraprestación por el uso de agua subterránea es un contrasentido dentro de la lógica de la explotación responsable de los recursos naturales y con la política de preservación de las reservas de estos recursos no se ha ponderado estos elementos y enviándose una señal inaceptable a la nación, que sus recursos pueden ser explotados industrialmente sin mediar contraprestación alguna,

poniendo en peligro los fondos que sirven para mantener este servicio de agua potable.

DECIMO SÉTIMO: Sobre la base de lo estipulado en normas de rango legal, que determinaban las conductas gravadas y los sujetos de ésta, la Administración determina la alícuota de la tasa, en base también a parámetros establecidos en las normas de rango de ley. Por consiguiente, el principio de reserva de ley en este caso no ha sido vulnerado por cuanto, la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley.

- **Análisis y Discusión**

Mediante la Resolución de Consulta N° 3311-2010, contenida en la Resolución de fecha 04 de noviembre de 2010, los Magistrados de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, DESAPROBARON la sentencia de primera instancia, tras determinar en primer lugar, que a criterio de dicho Colegiado, la tarifa de uso de agua subterránea, Sí es un tributo, de la categoría Tasa-Derecho, pero se trataría de un tributo sui generis, por cuanto la determinación de la tasa en este caso no dependerá del costo del servicio que brinda sino de otros elementos, por tratarse de recursos naturales. Así, el Colegiado considera que la determinación de tales elementos debe ser establecidos en la Ley para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821, en la antigua Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752, y en la nueva Ley General de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, pues para esta Sala, la norma que genera o que impone la obligación de pago de la tarifa de uso de agua subterránea, era la Ley General de Aguas, norma que en su artículo 12, había establecido que "Los

usuarios de cada Distrito de Riego abonarán tarifas que serán fijadas por unidad y volumen para cada uso. Dichas tarifas servirán de base para cubrir los costos de explotación y distribución de los recursos de agua, incluyendo las del subsuelo, así como para la financiación de estudios y obras hidráulicas necesarios para el desarrollo de la zona", queda claro a criterio del Colegiado, que esta norma estableció el hecho que genera la obligación de pago así como los sujetos de la obligación; por tanto, no se habría vulnerado el principio de reserva de ley en este caso al derivar la alícuota de la tarifa a un decreto supremo, por cuanto, la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley.

I. **NOVENA RESOLUCIÓN:** Sentencia de segunda instancia, contenida en la Resolución N° 10 de fecha 01 de octubre del 2015, expedida por la Primera Sala Civil de La Libertad, en el Proceso de Acción de Amparo interpuesto por DANPER TRUJILLO SAC contra SEDALIB SA, tramitado en el Exp. N° 364-2015. La Sala se encontraba integrada por los Jueces Superiores Rolando Acosta Sánchez, Gustavo Palacios Zapata, y Luis Vega Rodríguez.

- **Alcances generales del proceso judicial**

El Proceso Judicial en cuyo trámite se ha expedido la resolución materia de análisis, es uno de Acción de Amparo, interpuesto por Danper Trujillo SAC contra SEDALIB SA, a fin de que se disponga el cese inmediato de la amenaza que recae sobre su patrimonio por la cobranza del recurso tributario que se crea bajo la denominación de "Tarifa de uso de agua subterránea", y que se inaplique respecto de ella, las Leyes N° 23521 y 24516, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC y demás normas reglamentarias y concordantes; en

consecuencia se ordene: a) el impedimento y abstención de SEDALIB de realizar cualquier acto o medida destinada a cobrar la Tarifa correspondiente a cualquier periodo, sea anterior, en curso o posterior a la fecha de la interposición de su demanda, incluyendo cualquier recibo emitido o que emita en el futuro; b) el impedimento y abstención de SEDALIB de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o de agua subterránea a la demandante, con motivo de una deuda por falta de pago de la Tarifa; y otros.

En este proceso, el Juez del Séptimo Juzgado Civil de Trujillo, Dr. Ary Terrones Meléndez, expidió Sentencia de primera instancia, mediante Resolución N° 05, de fecha 07 de mayo de 2015, declarando **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta por Danper Trujillo SAC contra SEDALIB S.A.; en consecuencia declara inaplicable para la demandante la Ley N° 23521 y la Ley N° 24516, en cuanto se refieren al recurso tributario que se crea bajo la denominación “Tarifa de uso de agua subterránea”, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC y demás normas relacionadas a dicho tributo. En consecuencia, ordena: **a)** el impedimento de la demandada SEDALIB de realizar cualquier acto o medida destinada a cobrar la tarifa por agua subterránea a que se refieren las normas antes citadas, correspondiente a cualquier periodo, sea anterior, en curso o posterior a la fecha de la interposición de su demanda, incluyendo cualquier recibo emitido o que emita en el futuro, siempre que sea consecuencia de la aplicación de la Ley número 23521 y la Ley número 24516, así como el Decreto Supremo número 033-86-VC; **b)** el impedimento y abstención de SEDALIB de realizar cualquier tipo de acto que implique restricción de los servicios de agua potable o de agua subterránea a la demandante, con motivo de una deuda por

falta de pago de la tarifa generada por la aplicación de las normas legales antes señaladas.

Contra dicha resolución, SEDALIB SA interpuso recurso de apelación, y el proceso fue elevado en revisión a la Primera Sala Civil.

- **Sentido de la resolución**

Analizada la cuestión de fondo, la Primera Sala Civil emitió Sentencia de Vista, con la ponencia del Juez Supernumerario, Dr. Luis Alberto Vega Rodríguez, resolviendo REVOCAR la sentencia contenida en la Resolución N° 05, de fecha 07 de mayo de 2015, que declaraba FUNDADA EN PARTE, la demanda interpuesta por DANPER TRUJILLO S.A.C, contra SEDALIB S.A, sobre PROCESO DE AMPARO, y LA REFORMA, declarado IMPROCEDENTE la demanda.

- **Contenido relevante de la resolución**

A continuación, se transcribe literalmente, los argumentos que a juicio de la investigadora, resultan relevantes para el análisis de la resolución:

*SEGUNDO.- Es importante tomar en cuenta, el artículo 5, inciso 5 del Código Procesal Constitucional, el cual prescribe, lo siguiente: “**No proceden los procesos constitucionales cuando: (...), 5) A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”.***

*TERCERO.- Revisando el recurso de apelación, **el Colegiado considera no pronunciarse sobre el fondo del asunto, por las siguientes razones:***

3.1.- Si bien la parte demandante, pretende en su acto postulatorio, obrante de Fs. 64/81 y Fs.90/106; la inaplicación de la Ley N° 23521 y la Ley N° 24516, así como el Decreto Supremo N° 033-86-VC; los cuales constituirían la amenaza a su derecho fundamental de propiedad, relacionado a los principios fundamentales de la tributación, como los de no confiscatoriedad y de reserva de la Ley en materia tributaria.

3.2.- Sin embargo, **en la fecha, el artículo 3 de la Ley N° 23521 y el artículo 3 de la Ley N° 24516, han sido expulsadas del Sistema Jurídico Peruano por el Decreto Legislativo N° 1185. Así mismo, si bien el D. S. N° 033-86-VC, no ha sido derogado expresamente, existe una derogación tácita, tomando en cuenta, que dicho dispositivo, constituye una norma reglamentaria de la Ley N° 24516.**

3.3.- **Por tanto, no existe el requisito de amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que alega, la parte demandante.**

3.4.- **Por estas consideraciones la demanda deviene en improcedente, por sustracción de la materia, al haber cesado la amenaza; por lo consiguiente, la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional de primera instancia debe ser revocada, y reformándola declararse improcedente.**

- **Análisis y Discusión**

Mediante Sentencia de Vista, contenida en la Resolución N° 10, de fecha 01 de octubre del 2015, los Magistrados de la Primera Sala Civil, revocaron la sentencia de primera instancia emitida por el Séptimo Juzgado Civil, que declaraba fundada la demanda, tras considerar que ha operado un supuesto de Sustracción de la Materia, respecto al cese de la amenaza al patrimonio de la empresa, por haberse derogado el artículo 3 de la Ley N° 23521 y el artículo 3 de la Ley N° 24516, por el

Decreto Legislativo N° 1185, así como tácticamente el DS N° 033-86- VC, que eran las normas en las que SEDALIB SA sustentaba la cobranza de la tarifa de uso agua subterránea. Y en consecuencia, a criterio de la Sala, la amenaza contra el patrimonio de la empresa ha cesado por derogación de dichas normas, y la demanda ha incurrido en la causal de improcedencia prevista en el artículo 5, inciso 5 del Código Procesal Constitucional, lo que ameritó la revocatoria de la sentencia.

Como se aprecia, la Sala revocó la resolución, considerando que la demanda deviene en improcedente por *“sustracción de la materia, al haber cesado la amenaza (a la afectación del patrimonio de la demandante), por cuanto en la fecha, el artículo 3 de la Ley N° 23521 y el artículo 3 de la Ley N° 24516, han sido expulsadas del Sistema Jurídico Peruano por el Decreto Legislativo N° 1185”*, trayendo al panorama de discusión un nuevo elemento de juicio, consistente en el Decreto Legislativo N° 1185, publicado el 16 de agosto de 2015, denominado “Decreto Legislativo que regula el régimen especial de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento”, que tuvo como objeto *“establecer y regular el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente norma”*, dentro de las cuales se encuentran precisamente las EPS SEDALIB SA y SEDAPAL SA, que fueron beneficiadas con las leyes de reserva de aguas en la década de 1980. Ahora, si bien este D. Leg. N° 1185 en su Única Disposición Complementaria Derogatoria, dispuso que se *Deroguen expresamente los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N° 23521, y los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 24516, relativos a la tarifa de*

uso de agua subterránea, la Sala Superior, omite valorar en su Sentencia, que esta misma norma dejó **“en suspenso la derogatoria de estos artículos”**, al establecer en su Segunda Disposición Complementaria Transitoria, la *“Continuidad de pagos a favor de SEDALIB y SEDAPAL”*, prescribiendo que *“Hasta que la SUNASS apruebe la Tarifa por Gestión y Monitoreo de Uso de Aguas Subterráneas señalada en el artículo 4 de la presente norma, las personas comprendidas en el presente decreto legislativo continuarán efectuando el pago de los conceptos que corresponden a favor de SEDALIB y SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor mediante las leyes N° 23521, y N° 24516, (...) sin perjuicio de efectuar el pago de la Retribución Económica que corresponde a la ANA”*; AGRAVANDO aún más la controversia, pues esta norma por un RATIFICA la vigencia y aplicación de las Leyes cuestionadas, y por otro lado, dispone que los usuarios deberán asumir el pago de dicha tarifa, y también el pago de la Retribución Económica a favor de la ANA, imponiendo un doble pago a los usuarios por el uso de agua subterránea, situación que se hace más gravosa considerando que hasta la fecha, la SUNASS no aprueba la Tarifa por Gestión y Monitoreo de Uso de Aguas Subterráneas, y se ha convertido en indefinida la pérdida de vigencia de los artículos derogados de las Leyes N° 23521 Y 24516. Por tanto, no es correcto el razonamiento del Colegiado Superior al concluir que ha cesado la amenaza de afectación al patrimonio de la demandante por la derogación de los artículos de Leyes, dispuesta por el Decreto Legislativo 1185°, pues esta derogación se queda en suspenso de manera indefinida hasta que la SUNASS apruebe las tarifas por monitoreo y gestión, y además, ha autorizado que se siga ejerciendo la cobranza, incluso sin perjuicio del pago de la retribución económica a favor de la ANA, lo que constituye un nuevo atropello jurídico a los usuarios de este recurso.

2. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LAS ENTREVISTAS

La investigadora aplicó la técnica de la entrevista a ocho abogados, que tienen conocimiento y relación directa con el tema materia de investigación, que por su particularidad y aplicación restringida, no es un tema de conocimiento general, y la muestra ha debido ser especialmente seleccionada para ser pertinente y poder obtener de ella, información relevante para los fines de la presente investigación.

Asimismo, se llevaron a cabo las entrevistas, con apoyo de un Cuestionario de Preguntas Cerradas, que sirvió para la obtención de información determinada y/o específica de interés de la investigación.

La mayoría de estas preguntas, excepto la quinta y la séptima, fueron preguntas de respuesta con opción múltiple, por lo que los entrevistados pudieron elegir más de una alternativa correcta a su criterio, y por ello, se va a poder apreciar en las tablas y gráficos de resultados, que las preguntas tienen más de ocho valoraciones, que es lo que correspondería al número de entrevistados, pues como advertimos, los entrevistados en la mayoría de casos, han elegido más de una alternativa posible.

Profesionales entrevistados y codificación:

1. Sub Gerente Legal de Danper Trujillo SAC (usuaria)

Dra. Enriqueta Armas Hernández

Código 01

2. Asesora Legal de Chimú Agropecuaria SA (usuaria)

Dra. Milagritos Salazar Chávez

Código 02

3. Abogado especialista en Derecho Administrativo

Dr. Erik Alberto Murphy Zanelli

Código 03

4. Abogado especialista en Derecho de Recursos Hídricos

Dr. Juan Carlos Alva Salvador

Código 04

5. Asesor Legal Autoridad Nacional del Agua – ALA Moche

Dr. Germán Orillo Béjar

Código 05

6. Abogado SEDALIB SA

Dr. Ricardo Joao Velarde Arteaga

Código 06

7. Juez Superior de Justicia de La Libertad

Sin identificación*

Código 07

8. Juez Superior de Justicia de La Libertad

Sin identificación*

Código 08

* Los Jueces Superiores entrevistados, nos solicitaron no consignar sus datos en las entrevistas ni en la presente investigación, por cuanto a la fecha se encuentran en trámite procesos judiciales sobre la materia, y por razones entendibles no es conveniente develar su posición académica al respecto.

PREGUNTA 01: ¿Qué fundamentos considera que cuestionan la validez de las Leyes N° 23521 y 24516, relacionadas al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea por parte de SEDALIB SA a los usuarios de fuente propia par fines productivos?

TABLA 1: Fundamentos que cuestionan la validez de las Leyes 23521 y 24516

Alternativa	Entrevistados								T	%
	01	02	03	04	05	06	07	08		
a. Su derogación tácita por transcurso del tiempo				x	x			x	3	27%
b. Su Incompatibilidad con la Constitución Política del Perú	x	x						x	3	27%
c. La Incompetencia del órgano emisor		x	x	x			x		4	36%
d. No considero que exista cuestionamiento a la validez de las leyes						x			1	9%
Total	1	2	1	2	1	1	1	2	11	100%

Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 1: Fundamentos que cuestionan la validez de las Leyes N°23521 y 24516

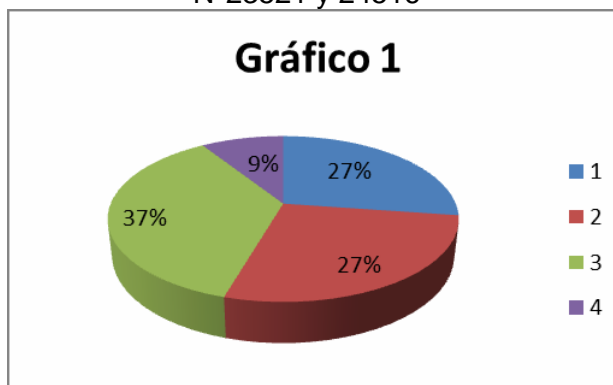


Gráfico correspondiente a los resultados enunciados en la Tabla 1.

ANÁLISIS: Del análisis de la Tabla 1, se advierte que el principal fundamento que cuestiona la validez de las Leyes N° 23521 y 24516, considerado por los entrevistados es el de la “incompetencia del órgano emisor”, recibiendo cuatro elecciones que equivale al 36% del total de valoraciones, por la elección de la abogada de la empresa Chimú Agropecuaria, de los Abogados de Derecho Administrativo y de Recursos Hídricos, así como de uno de los magistrados superiores entrevistados; frente a las tres elecciones que recibieron los fundamentos de “derogación tácita de las leyes por transcurso del tiempo”, y de “Incompatibilidad con la Constitución Política del Perú”, que equivalen al 27% de las valoraciones cada una; finalmente, la alternativa de “No considero que exista cuestionamiento a la validez de las leyes”, recibió una elección, por parte del Asesor Legal de SEDALIB SA, que equivale al 9% de las elecciones.

DISCUSIÓN: Esta pregunta, tenía por finalidad conocer la opinión de los entrevistados respecto a los fundamentos que cuestionan la validez de las Leyes N° 23521 y 24516, de reserva de aguas subterráneas a favor de SEDALIB SA; como vimos, la validez de las normas jurídicas, depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al iter procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

En dicho sentido, el principal fundamento que cuestiona la validez de las Leyes N° 23521 y 24516, en opinión de los entrevistados, radica en la **“incompetencia del órgano que las emitió”**, en lo que coincidimos plenamente, pues estas normas jurídicas que regularon sobre materia de reserva de aguas subterráneas, fueron leyes expedidas por el Poder Legislativo, cuando en virtud de la Ley General de Aguas vigente en dicha época, esta facultad de disponer reserva de aguas, estuvo prevista únicamente a favor del Poder Ejecutivo, para ser ejercida a través del Ministerio de Agricultura y Pesquería. En tal sentido, es correcto cuestionar la validez de dichas normas, si fueron emitidas por un órgano que no tenía facultades para legislar sobre dicha materia. El sustento normativo de este fundamento radica en lo prescrito por el Artículo 7° de la Ley General de Aguas, que estableció expresamente las facultades especiales y exclusivas del Poder Ejecutivo respecto a las aguas, contemplando en su literal a) la de “reservar aguas para cualquier finalidad de interés público”; asimismo, respecto a dicha facultad especial, el DS N° 261-69-AP, Reglamento de los Títulos I, II y III del Decreto Ley N° 17752, ratificó ello en su Artículo 10°, al establecer que *“el Ministerio de Agricultura y Pesquería tenía la facultad de: a) Reservar aguas para cualquier finalidad de interés público por un plazo de dos (2) años, renovable, cuando existan razones técnicas o planes específicos que así lo justifiquen, quedando la Administración Técnica respectiva encargada de su cumplimiento bajo responsabilidad”*. Por tanto, coincidimos plenamente con la elección de este fundamento para cuestionar la validez de las Leyes N° 23521 y 24516.

Asimismo, también consideramos correctos los fundamentos referentes a **“la derogación tácita de las Leyes por transcurso del tiempo”**, y de **“Incompatibilidad con la Constitución Política del Perú”**, que recibieron tres votos cada una, representando el 27% de total de las elecciones. El primero de estos fundamentos sobre **“la derogación tácita de las Leyes por transcurso del tiempo”**, tiene asidero jurídico en el mencionado Artículo 10°, del DS N° 261-69-AP, Reglamento de los Títulos I, II y III del Decreto Ley N° 17752, que estableció que la reserva de aguas se podía *disponer “para cualquier finalidad de interés público por un plazo de dos (2) años, renovable,*

cuando existan razones técnicas o planes específicos que así lo justifiquen, quedando la Administración Técnica respectiva encargada de su cumplimiento bajo responsabilidad”, asimismo, el DS N° 274-69-AP-DGA, Reglamento del Título IV de las Aguas Subterráneas del Decreto Ley N° 17752, ratificó ello al establecer en su Artículo 5°, que *“El Ministerio de Agricultura y Pesquería, por propia iniciativa o a solicitud de otras entidades públicas o municipales, podrá reservar aguas subterráneas por un plazo de dos años renovables, para cualquier finalidad de interés social o público cuando existan razones técnicas o planes específicos que lo justifiquen”;* por tanto, al haberse emitido las Leyes N° 23521 y 24516, sobre reserva de aguas subterránea en los años 1982 y 1986 respectivamente, la regla respecto de ellas, era que serían otorgadas por un plazo determinado de dos años, únicamente prorrogables si las razones técnicas o planes específicos que lo justificaron se mantienen, lo que no ha ocurrido en el presente caso, ya que no se ha encontrado en el ordenamiento nacional, otras leyes que hayan prorrogado su vigencia, y por tanto, su derogación ha operado por el sólo transcurso del tiempo, en virtud de lo dispuesto en la norma general. De otro lado, el fundamento de **“Incompatibilidad con la Constitución Política del Perú”**, es también correcto, por cuanto, al haberse dictado leyes sin respetar los procedimientos y la competencia del órgano, se ha contravenido la Constitución en sí misma.

Finalmente, la opción de **“No considero que exista cuestionamiento a la validez de las leyes”**, fue únicamente elegida por el Abogado de la SEDALIB SA, para quien no habría cuestionamiento a la validez de las Leyes de reserva de aguas subterráneas.

Por tanto, de los resultado obtenidos se acepta y se constrata que los principales fundamentos que cuestionan la validez de las Leyes N° 23521 y 24516, son “la incompetencia del órgano emisor”, y “la derogación tácita de las normas por transcurso del tiempo”.

PREGUNTA 02: ¿Qué fundamentos considera que cuestionan la aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, relacionadas al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea por parte de SEDALIB SA a los usuarios de fuente propia par fines productivos?

TABLA 2: Fundamentos que cuestionan la aplicación de las Leyes 23521 y 24516

Alternativa	Entrevistados								T	%
	01	02	03	04	05	06	07	08		
a. La Inconstitucionalidad de la tarifa de uso de agua subterránea				x			x		2	17%
b. La cobranza a sujetos no comprendidos en el supuesto normativo	x	x							2	17%
c. La ausencia de prestación de servicios de agua potable por parte de SEDALIB S.A.	x		x	x				x	4	33%
d. La Inexistencia de un derecho de uso de agua otorgado a favor de SEDALIB S.A. sobre el agua reservada			x	x	x				3	25%
e. No considero que exista cuestionamiento a la aplicación de las leyes						x			1	8%
Total	2	1	2	3	1	1	1	1	12	100%

Fuente: *Elaboración propia*

GRÁFICO 2: Fundamentos que cuestionan la aplicación de las Leyes N°23521 y 24516

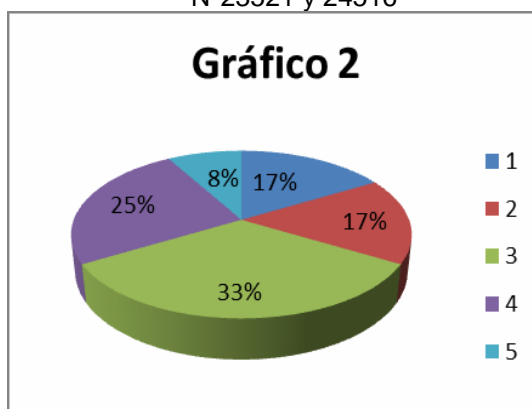


Gráfico correspondiente a los resultados enunciados en la Tabla 2.

ANÁLISIS: Del análisis de la Tabla 2, se advierte que el principal fundamento que cuestiona la aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516 a los usuarios de fuente propia par fines productivos, es el de la “La ausencia de prestación de servicios de agua potable por parte de SEDALIB S.A.”, recibiendo cuatro elecciones que equivale al 33% del total de valoraciones, contando con la elección de la abogada de la empresa Danper Trujillo, del Abogado especialista en Recursos Hídricos, así como del Asesor Legal de la ANA, y de uno de los magistrados superiores entrevistados; frente a las tres elecciones que recibió el fundamento de “La Inexistencia de un derecho de uso de agua otorgado a favor de SEDALIB S.A. sobre el agua reservada” que representa el 25% de las valoraciones, y de los dos votos que recibieron los fundamentos de “La Inconstitucionalidad de la tarifa de uso de agua subterránea” y “La cobranza a sujetos no comprendidos

en el supuesto normativo” que equivalen al 17% de las valoraciones cada una; finalmente, la alternativa de “No considero que exista cuestionamiento a la aplicación de las leyes”, recibió una elección, por parte del Asesor Legal de SEDALIB SA, que equivale al 8% de las elecciones.

DISCUSIÓN: Esta pregunta tenía por finalidad conocer la opinión de los entrevistados respecto a los fundamentos que cuestionan la aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, relacionadas al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea, sin perjuicio de los fundamentos que cuestionada su validez propiamente dicha.

En ese sentido, los entrevistados, han opinado en mayoría, que el principal fundamento que cuestiona la aplicación de estas normas, es **“La ausencia de prestación de servicios de agua potable por parte de SEDALIB S.A.”**, que se había previsto como objeto de ambas leyes, así la Ley N° 23521, previó en su Artículo 1° *“Resérvense las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche de la Provincia de Trujillo, en favor de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, la que las **dedicará al abastecimiento de agua potable** de su población y de la industria establecida en su circunscripción”*, y la Ley N° 24516, previó en su Artículo 1° *“Resérvense, con excepción de las dedicadas o por dedicarse a la producción agropecuaria, las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, cuya jurisdicción es el ámbito del Departamento de La Libertad y quien las controlará, manejará, y distribuirá, **dedicándolas al abastecimiento de agua potable** de la población y de la industria establecida en esas circunscripciones”*, ambas estableciendo expresamente que el agua reservada sería dedicada al abastecimiento de agua potable, siendo que si existen usuarios que no reciben dicho servicio, entonces, resulta indebido el cobro de la tarifa creada para el mismo, más aún, si dichos usuarios, no son usuarios poblacionales, sino usuarios productivos que requieren agua en su estado natural que la extraen directamente del acuífero.

Asimismo, el segundo fundamento elegido por los entrevistados para cuestionar la aplicación de las leyes, es el de **“Inexistencia de un derecho de uso de agua otorgado a favor de SEDALIB S.A. sobre el agua reservada”**, ello por cuanto, el otorgamiento de reservas de agua a favor de los beneficiarios, no significaba en sí mismas que dichos beneficiarios gocen automáticamente de un derecho de explotación o aprovechamiento del recurso reservado, el que únicamente puede usarse a través del otorgamiento de un **Derecho de Uso de Agua**, sea Licencia, Autorización o Permiso, y la **Reserva** como tal, solo constituye solo un **Derecho Expectacicio**, que (sin perjuicio de los cuestionamientos a la validez de las leyes) pudo haberse hecho efectivo si SEDAPAT hubiera solicitado el otorgamiento de algún derecho de uso sobre el agua reservada.

Así, precisamente en razón de ello, y ante la necesidad de poner en claro esta confusión, el Ministerio de Agricultura, durante el Gobierno Transitorio de Valentín Paniagua, expidió el DS N° 044-2001-AG (publicad18/07/2001), mediante el cual **“Establecen diversas disposiciones en materia de reservas de agua a favor de entidades del Estado”**, referenciando expresamente en su parte expositiva que *“las reservas de aguas y sus correspondientes prórrogas no facultan al uso, aprovechamiento o explotación del recurso agua por parte de las entidades beneficiadas con las mismas”*, declarando en su Artículo 1° que *“se precise que **las reservas de agua a favor de las entidades del Estado no facultan al uso, aprovechamiento o explotación de las fuentes de aguas reservadas, no estando obligadas dichas entidades al pago de la tarifa por uso de agua**”*. Por ello, en el caso de SEDALIB SA, hemos llevado a cabo una exhaustiva búsqueda de derechos de uso de agua a favor de esta entidad, y no hemos encontrado ninguno que otorgue a su favor, el uso de toda el agua subterránea existente en los acuíferos de las cuencas reservadas, por tanto, esta reserva nunca se llegó a materializar en derechos de uso de agua, que hagan de SEDALIB la titular para su aprovechamiento.

Asimismo, también consideramos correcto que los usuarios hayan elegido como fundamentos que cuestionan la aplicación de las leyes, **“La Inconstitucionalidad de la tarifa de uso de agua subterránea”**, y **“La cobranza a sujetos no comprendidos en el supuesto normativo”**, que cuentan con dos votos cada representando el 17% del total de las valoraciones. Al respecto, el primero de estos fundamentos es correcto, por cuanto existen numerosas resoluciones judiciales e incluso pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que declaran inconstitucional la tarifa de uso de agua subterránea, por ser considera una obligación de naturaleza tributaria, que en su creación no ha respetado los principios tributarios de legalidad, reserva de ley y de no confiscatoriedad, principalmente por el hecho de que los elementos esenciales de este tributo, no fueron aprobados por ley, sino por el DS N° 033-86-VC; sin embargo, pese a que ello ha sido concluido por el Tribunal Constitucional y respaldado por algunos magistrados de la Corte Superior de La Libertad, no comparto la posición de considerar a las obligaciones económicas por el uso del agua, como obligaciones tributarias, y por tanto, el fundamento de cuestionar la tarifa por inconstitucional, no ha sido considerada como postulado de la hipótesis formulada.

Asimismo, respecto al fundamento de que **“La cobranza se ejerce contra sujetos no comprendidos en el supuesto normativo”**, este aspecto ha sido elegido precisamente por las dos abogadas de las empresas de nuestra muestra, Danper Trujillo SAC y Chimú Agropecuaria SA, que vienen siendo sujetos pasivos de la cobranza de la tarifa, y quienes no aceptan la aplicación de las leyes, por cuanto, estas empresas, no tienen la condición de usuarios poblacionales o

industriales que requieran abastecimiento de agua potable, y lejos de ello, son mas bien usuarios productivos, que requieren el recurso hídrico en su estado natural para actividades productivas, y por tanto es correcto considerar que se encuentran fuera del supuesto normativo de estas leyes, que comprendía como beneficiarios del agua reservada, a la población e industria que requiera ser abastecida de agua potable, que como vimos, no es el caso de estas empresas, ni de aquellas otras que vienen siendo requeridas con el pago.

Finalmente, la opción de **“No considero que exista cuestionamiento a la aplicación de las leyes”**, fue únicamente acogida por el Abogado de la SEDALIB SA, para quien no habría cuestionamiento a la aplicación de las Leyes de reserva de aguas.

Por tanto, de los resultados obtenidos se acepta y se contrasta que los principales fundamentos que cuestionan la validez de las Leyes N° 23521 y 24516, son **“La Inexistencia de un derecho de uso de agua otorgado a favor de SEDALIB S.A. sobre el agua reservada”**, y **“La cobranza a sujetos no comprendidos en el supuesto normativo”**, agregando incluso como otro de ellos, al fundamento de **“La ausencia de prestación de servicios de agua potable por parte de SEDALIB S.A.”**, que tiene relación directa con el primer supuesto plasmado en nuestra hipótesis de investigación.

PREGUNTA 03: ¿Bajo qué motivos considera que se promulgaron las Leyes N° 23521 y 24516?

TABLA 3: Motivos para la promulgación de las Leyes N°23521 y 24516

Alternativa	Entrevistados								T	%	
	01	02	03	04	05	06	07	08			
a. Motivos políticos por parte de los Gobiernos de García y Belaunde		x		x	x					3	30%
b. Motivos sociales para garantizar el suministro de agua potable a la población							x			1	10%
c. Motivos económicos para favorecer a SEDALIB SA	x		x	x	x			x		5	50%
d. Otros motivos:.....						x				1	10%
Total	1	1	1	2	2	1	1	1		10	100%

Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 3: Motivos para la promulgación de las Leyes N°23521 y 24516



Gráfico correspondiente a los resultados enunciados en la Tabla 3.

ANÁLISIS: Del análisis de la Tabla 3, se advierte que el principal motivo que generó la promulgación de las Leyes N° 23521 y 24516 en la década de 1980, fueron “Motivos económicos para favorecer a SEDALIB SA” (antes SEDAPAT SA), contando de cinco votos, que representan el 50% de todas las valoraciones, frente a la alternativa de “Motivos políticos por parte de los Gobiernos de García y Belaunde”, que tuvo el respaldo de tres votos que representan el 30% de las valoraciones; y, por otro lado, la alternativa de “Motivos sociales para garantizar el suministro de agua potable a la población”, tuvo una elección, que representa el 10% de las votaciones, e igualmente, la opción de “otros motivos”, tuvo una elección por parte del Abogado de SEDALIB SA, quien a su vez, señala que “con el cobro por este uso, SEDALIB está en obligación de mejorar las redes de agua potable en su ámbito de acción”, esta opción también representa el 10% de las valoraciones.

DISCUSIÓN: Esta interrogante tuvo la finalidad de conocer la apreciación de los entrevistados respecto a la aplicación de estas dos leyes de reserva de aguas subterráneas que fueron expedidas en la

década de 1980, durante los Gobiernos de Alan García y Fernando Belaunde, en cuyos periodos, únicamente se beneficiaron a dos EPS en todo el país, a SEDAPAT en La Libertad, y a SEDAPAL en Lima, no habiéndose reportado ningún caso igual o similar a favor de otra empresa de saneamiento en el país.

Por tanto, frente a este cuestionamiento, cinco de nuestros ocho entrevistados, consideran que las razones para la promulgación de estas leyes, fueron “**Motivos económicos para favorecer a SEDALIB SA**” (antes SEDAPAT), que podría entenderse considerando que era una empresa pública, en la que el Estado tenía injerencia e interés directo. Asimismo, tres de nuestros entrevistados consideran que las verdaderas razones que motivaron a su promulgación, fueron “**Motivos políticos por parte de los Gobiernos de García y Belaunde**”, ello tras considerar que en el contenido de estas leyes, se advertía que las mismas iban dirigidas a establecer un aseguramiento del abastecimiento de agua potable a la población, y ello siempre será bien visto por la ciudadanía dando su respaldo popular a estos gobiernos de turno, que históricamente fueron bastante cuestionados.

Asimismo, es también respetable la opinión de uno de los Magistrados Superiores entrevistados, para quien las razones de la promulgación de estas leyes, “**sí fueron motivos sociales para garantizar el suministro de agua potable a la población**”, como opción para asegurar el uso del recurso hídrico subterráneo para cubrir las demandas de la población.

PREGUNTA 04: ¿Cuáles considera que son los principales fundamentos en que se basa SEDALIB SA para ejercer la cobranza de la tarifa de uso agua subterránea a los usuarios de fuente propia?

TABLA 4: Fundamentos de SEDALIB SA para la cobranza de la tarifa

Alternativa	Entrevistados								T	%
	01	02	03	04	05	06	07	08		
a. La sola vigencia de las Leyes N° 23521 y 24516		x	x	x			x		4	31%
b. La creencia de tener derecho absoluto de administrar el recurso de agua subterránea de las cuencas comprendidas en las leyes de reserva	x				x				2	15%
c. La creencia de que todos los usuarios de agua subterránea, cualquiera sea su clase, tienen obligación de pagar la tarifa	x			x	x			x	4	31%
d. La creencia de que son los acreedores legítimos de la tarifa				x	x				2	15%
e. Otros motivos:.....						x			1	8%
Total	2	1	1	3	3	1	1	1	13	100%

Fuente: *Elaboración propia*

GRÁFICO 4: Fundamentos de SEDALIB SA para la cobranza de la tarifa

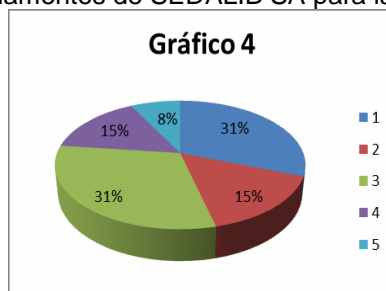


Gráfico correspondiente a los resultados enunciados en la Tabla 4.

ANÁLISIS: Del análisis de la Tabla 4, se advierte que los principales fundamentos en que se basa SEDALIB SA para ejercer la cobranza de la tarifa de uso agua subterránea a los usuarios de fuente propia, radican en “La sola vigencia de las Leyes N° 23521 y 24516”, y “La creencia de que todos los usuarios de agua subterránea, cualquiera sea su clase, tienen obligación de pagar la tarifa”, contando con cuatro votos cada opción, que representan el 31% de las valoraciones; asimismo, los fundamentos de “La creencia de tener derecho absoluto de administrar el recurso de agua subterránea de las cuencas comprendidas en las leyes de reserva”, y de “La creencia de que son los acreedores legítimos de la tarifa”, representan el 15% del todas de las valoraciones, al tener el respaldo de dos votos cada una; finalmente, el Abogado de SEDALIB SA, optó nuevamente por la alternativa de “Otros motivos”, señalando como argumento el de “ser titulares de la acreencia de la retribución económica por el uso del agua subterránea”, esta opción representa el 8% del total de las valoraciones.

DISCUSIÓN: Esta pregunta estuvo orientada a establecer los fundamentos de SEDALIB SA para ejercer la cobranza judicial y extrajudicial de la tarifa de uso de agua subterránea, los cuales fueron por opinión mayoritaria de los entrevistados, los fundamentos de **“La sola vigencia de las Leyes N° 23521 y 24516”**, y **“La creencia de que todos los usuarios de agua subterránea, cualquiera sea su clase, tienen obligación de pagar la tarifa”**, con cuatro votos cada una, representando el 31% del total de valoraciones. Al respecto, el primero de estos fundamentos, es bastante simplista y pondría de manifiesto que SEDALIB SA no se preocupa en demostrar que tiene legitimidad y derecho de cobrar esta tarifa, le basta invocar las Leyes N° 23521 y 24516, y que las mismas se encontrarían a su criterio vigentes, para exigir el pago de la tarifa creada por ellas, esta es la apreciación de la mayoría de entrevistados, e incluso de uno de los Magistrados Superiores y de los abogados especialistas en el tema. Asimismo, el segundo de estos fundamentos, es un poco más profundo e implica que SEDALIB SA ha caído en la **creencia, voluntaria o involuntaria, de que todos los usuarios de agua subterránea, cualquiera sea su clase, tienen obligación de pagar la tarifa**, lo cual, consideramos evidente incorrecto, por cuanto, sin perjuicio de la invalidez de las leyes, estas debieron aplicarse únicamente a los usuarios contemplados en los supuestos normativos de las normas, es decir, a la población e industria a la que se abasteció de agua potable extraída de la fuente subterránea por parte de SEDALIB SA, y no a todos los usuarios, sin tener en cuenta que se tratan de usuarios productivos, que no reciben servicios de agua potable, y que incluso captan el recurso a través de fuente propia.

Asimismo, los otros fundamentos igualmente respaldados por los entrevistados, son los relacionados a **“La creencia de SEDALIB SA de tener derecho absoluto de administrar el recurso de agua subterránea de las cuencas comprendidas en las leyes de reserva”**, y de **“La creencia de que son los acreedores legítimos de la tarifa”**, con dos votos cada una, que representan el 15% de las valoraciones; que como vemos, guardan coherencia entre sí, y que podría deberse al error voluntario o involuntario de esta entidad, de asumir que tienen administración exclusiva del recurso subterráneo, y por tanto, de cobrar las tarifas por su aprovechamiento, sin considerar la existencia de otros usos de agua, y de otros conceptos económicos que asumen los usuarios a favor de las autoridades competentes.

Finalmente, el Abogado de SEDALIB SA, agrega como otro fundamento que sirve de sustento a la entidad para la cobranza de la tarifa, el de **“ser titulares de la acreencia de la retribución económica por el uso del agua subterránea”**, en el que reemplaza el término “tarifa de uso de agua”, por el de “retribución económica”, que como tal, tiene una regulación expresa en la Ley de Recursos Hídricos, para ser percibida únicamente por la Autoridad Nacional del Agua, y por tanto, considero equivocado el razonamiento del especialista en este extremo.

PREGUNTA 05: ¿Considera que existe incompatibilidad en el cobro de la retribución económica regulado por la Ley de Recursos Hídricos, N° 29338, y de la tarifa de uso de agua subterránea creada por las Leyes N° 23521 y 24516 a los usuarios de fuente propia?

TABLA 5: Incompatibilidad entre retribución económica y tarifa

Alternativa	Entrevistados								T	%
	01	02	03	04	05	06	07	08		
a. Sí, porque ambos conceptos corresponden a la contraprestación por el uso del recurso agua subterránea	x	x	x	x	x		x	x	7	87%
b. No, porque es legal la imposición del pago de ambos conceptos a favor de dos entidades públicas distintas									0	
c.(Sí)/(NO), porque.....						x			1	13%
Total	1	1	1	1	1	1	1	1	08	100%

Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 5: Incompatibilidad entre retribución económica y tarifa

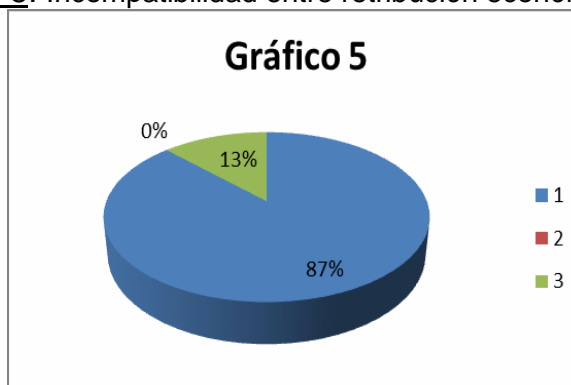


Gráfico correspondiente a los resultados enunciados en la Tabla 5.

ANÁLISIS: Del análisis de la Tabla 5, se advierte que siete de los entrevistados, opinaron que “sí existe incompatibilidad en el cobro de la retribución económica regulado por la Ley de Recursos Hídricos, N° 29338, y de la tarifa de uso de agua subterránea creada por las Leyes N° 23521 y 24516, porque ambos conceptos corresponden a la contraprestación por el uso del recurso agua subterránea”, representando el 87% de los votos; frente al 13% de la opción “NO” por otros motivos, que eligió el Abogado de SEDALIB SA, explicando que no habría incompatibilidad porque “la propia ley hace una excepción en el caso de las EPS que cuentan con su propia ley como es el caso de SEDALIB SA”. Asimismo, la opción “No, porque es legal la imposición del pago de ambos conceptos a favor de dos entidades públicas distintas”, no fue elegida por ninguno de los entrevistados.

DISCUSIÓN: La presente interrogante tuvo la finalidad de conocer la opinión de los entrevistados respecto a si consideran que existe incompatibilidad en el cobro de la retribución económica regulado por

la Ley de Recursos Hídricos, N° 29338, y de la tarifa de uso de agua subterránea creada por las Leyes N° 23521 y 24516 a los usuarios de fuente propia. Por mayoría absoluta, se obtuvo el resultado de que **sí habría incompatibilidad en el cobro de ambos conceptos**, pues está determinado que los dos afectan un mismo supuesto, consistente en el USO del recurso natural: agua subterránea, y por aplicación expresa del Artículo 20° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821, *“Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales”*, lo que genera varias conclusiones: 1. Los particulares están obligados a UNA retribución económica a favor del Estado, no a dos; 2. Esta retribución debe ser determinada en base a criterios económicos, sociales y ambientales, y no como ha ocurrido con la tarifa de uso de agua subterránea, en la que solo se impuso que equivaldría al 20% de la tarifa de agua que SEDALIB SA (SEDAPAT), tenga establecidas para los servicios de agua conectados al Sistema que administra; y 3. Las leyes especiales que rigieron en materia de aguas y recursos hídricos, fueron la Ley General de Aguas, y la actual Ley de Recursos Hídricos, ninguna de las cuales, contempló a la tarifa de uso de agua como obligación económica de los usuarios a favor de SEDALIB SA, lejos de ello, la actual ley es expresa al señalar en su Artículo 91° que la *Retribución Económica por el uso del agua “es el pago que en forma obligatoria deben abonar al Estado todos los usuarios de agua como contraprestación por el uso del recurso, sea cual fuere su origen. Se fija por metro cúbico de agua utilizada cualquiera sea la forma del derecho de uso otorgado y es establecida por la Autoridad Nacional en función de criterios sociales, ambientales y económicos”*, lo que es complementado por su Reglamento, DS N° 001-2010-AG, al establecer en su Artículo 176°.1 que *“la retribución económica por el uso del agua, es la contraprestación económica, que los usuarios deben pagar por el uso consuntivo o no consuntivo del agua, por ser dicho recurso natural patrimonio de la Nación. No constituye tributo”*. Asimismo, se destina para la formulación de los planes de gestión de recursos hídricos en la cuenca, desarrollar la gestión y administración de los recursos hídricos en las fuentes naturales del agua, así como para financiar las medidas de control y vigilancia destinadas a lograr: La protección de la calidad, el incremento de la disponibilidad de los recursos hídricos y la conservación de las fuentes productoras de agua; así como para la gestión integrada del agua en las cuencas menos favorecidas y la preservación del recurso hídrico en las cabeceras de cuencas”. Por lo tanto, este es el único concepto que corresponde asumir a los usuarios de agua con fines productivos de fuente propia, a favor del Estado, representado por la Autoridad Nacional del Agua.

PREGUNTA 06: ¿Cuáles considera que son los principales fundamentos de los usuarios de fuente propia para cuestionar la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea?

TABLA 6: Fundamentos de los usuarios para cuestionar la cobranza de la tarifa

Alternativa	Entrevistados								T	%
	01	02	03	04	05	06	07	08		
a. La invalidez de las Leyes N° 23521 y 24516						x			1	8%
b. Encontrarse fuera del supuesto normativo de las leyes por dedicarse a actividades productivas	x	x					x		3	25%
c. Encontrarse fuera del supuesto normativo de las leyes por no recibir servicio de agua potable por parte de SEDALIB	x		x		x				3	25%
d. La existencia de la retribución económica por uso de agua subterránea a favor de la ANA	x		x	x	x			x	5	42%
e. Otro:.....									0	0%
Total	3	1	2	1	2	1	1	1	12	100%

Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 6: Fundamentos de los usuarios para cuestionar la cobranza de la tarifa

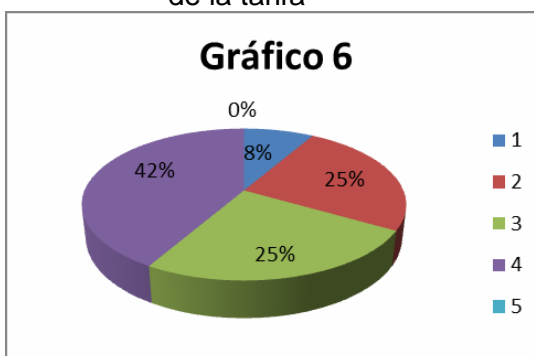


Gráfico correspondiente a los resultados enunciados en la Tabla 6.

ANÁLISIS: Del análisis de la Tabla 6, se advierte que la mayoría de los entrevistados considera que el principal fundamento de los usuarios de fuente propia para cuestionar la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea, radica en “La existencia de la retribución económica por uso de agua subterránea a favor de la ANA”, contando con cinco votaciones, que representan el 42% del total de valoraciones; frente al 25% que representan los fundamentos de “Encontrarse fuera del supuesto normativo de las leyes por dedicarse a actividades productivas”, y de “Encontrarse fuera del supuesto normativo de las leyes por no recibir servicio de agua potable por parte de SEDALIB”, con tres votos cada una, entre las que se encuentra la elección del Abogado de SEDALIB SA; Asimismo, la opción de “otros”, no fue escogida por ninguno de los entrevistados.

DISCUSIÓN: Los resultados de esta pregunta tuvieron relación directa y coherencia con los resultado de la interrogante anterior, pues al ser consultados los entrevistados respecto a los **principales fundamentos de los usuarios para cuestionar la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea**, el supuesto con mayor respaldo fue el “**La existencia de la retribución económica por uso de agua subterránea a favor de la ANA**”, por las mismas consideraciones expuestas precedentemente, ya que los usuarios a la fecha vienen soportando una doble cobranza por este mismo concepto, y legalmente, solo corresponde una contraprestación, que para el caso particular, es la Retribución Económica que ya viene percibiendo la Autoridad Nacional del Agua.

PREGUNTA 07: ¿Considera que es necesario emitir una norma que aclare y/o precise la derogación expresa y o que precise el contenido, alcance y ámbito de aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516?

TABLA 7: Necesidad de derogación expresa o normas aclaratorias

Alternativa	Entrevistados								T	%
	01	02	03	04	05	06	07	08		
a. Sí, que se emita una norma que disponga su derogación expresa y total		x		x			x	x	4	50%
b. Sí, que se emita una norma que aclare y precise su contenido, alcance y ámbito de aplicación	x				x				2	25%
c. No, no es necesario, por la expedición del D. Leg. 1185			x						1	13%
d. No, no es necesario, porque son válidas y aplicables						x			1	13%
Total	1	1	1	1	1	1	1	1	08	100%

Fuente: Elaboración propia

GRÁFICO 7: Necesidad de derogación expresa o normas aclaratorias

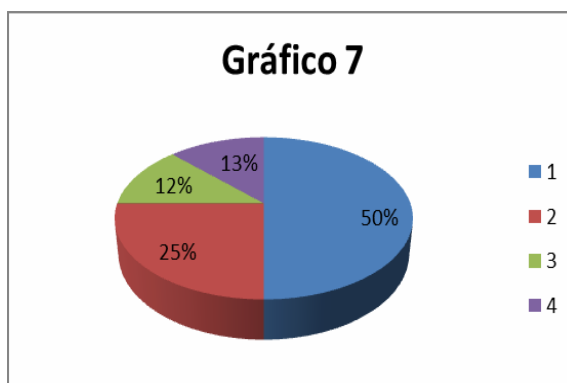


Gráfico correspondiente a los resultados enunciados en la Tabla 7.

ANÁLISIS: Del análisis de la Tabla 7, se advierte que la mayoría de los entrevistados considera que es necesario que “se emita una norma que disponga la derogación expresa y total de las Leyes N° 23521 y 24516”, contando con cuatro votos, entre ellos, el de los dos Magistrados Superiores, representando el 50% de las valoraciones; frente a la opción de que es necesario que “se emita una norma que aclare y precise su contenido, alcance y ámbito de aplicación”, que cuenta con dos votos que representan el 25% de las elecciones, así como el 13% de la opción de “no es necesario, por la expedición del D. Leg. 1185”, que cuenta con el voto del Abogado especialista en Derecho Administrativo; y finalmente, la opción de “no es necesario, porque son válidas y aplicables”, cuenta con el voto del Abogado de SEDALIB SA, que representa igualmente el 13% de las elecciones.

DISCUSIÓN: Esta interrogante busca obtener resultados que van directamente a la práctica jurídica, pues es innegable que nos

encontramos ante una problemática real, causada a raíz de la existencia y aplicación de dos leyes de reservas de aguas subterráneas a favor de SEDALIB SA, que dicha entidad invoca como sustento del cobro de una obligación económica denominada tarifa de uso de agua subterránea; y a dicha problemática, que es eminentemente normativa, se le debe buscar una solución igualmente normativa, por seguridad jurídica de los entes involucrados y de los operadores del derecho.

En ese sentido, se le planteo a nuestros entrevistados, cuatro alternativas que podrían ser la solución a la problemática surgida. La primera radicaba en que se emita una norma que disponga la derogación expresa y total de las Leyes N° 23521 y 24516; la segunda, que se emita una norma que solo aclare y/o precise su contenido, alcances y ámbito de aplicación; la tercera, que no es necesario emitir una nueva norma, porque ya se expidió del D. Leg. N° 1185; y finalmente, la última alternativa es porque no es necesario una norma en dicho sentido, por cuanto las Leyes N° 23521 y 24516 son válida y aplicables.

Bajo este escenario, la opción elegida por la mayoría de nuestros entrevistados, fue que **“se emita una norma que disponga la derogación expresa y total de estas leyes”**, ello por cuanto, su sola existencia en el ordenamiento jurídico, da sustento a SEDALIB SA para el ejercicio de la cobranza de la tarifa, y que pese a los fundamentos que cuestionan su validez y aplicación, estas siguen siendo invocadas por la entidad, y sujetas de pronunciamientos judiciales por parte del órgano jurisdiccional; tan es así, que los dos Magistrados Superiores entrevistados, vieron como mejor alternativa para solucionar la controversia surgida en torno a la validez y aplicación de estas normas, que se emita una nueva disponiendo su derogación expresa y total, e incluso uno de ellos, complementó la idea agregando que dicha norma disponga además que “quedan sin efecto todas la cobranzas realizadas en virtud de las mismas”, a fin de que los usuarios afectados con su pago, tengan la posibilidad de recuperar dicho patrimonio, para lo cual, considero que deberán disponerse mecanismos de devolución de pago, y cronogramas de devolución.

El hecho que los entrevistados hayan optado por mayoría, la necesidad de que se expida una nueva norma que derogue de manera expresa y total estas leyes, pone de manifiesto la disconformidad y la ausencia de solución que pudo haber otorgado en su momento el D. Leg. N° 1185, publicado el 16 de agosto de 2015, denominado **“Decreto Legislativo que regula el régimen especial de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento”**, que tuvo como objeto *“establecer y regular el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) que se encuentren comprendidas*

en el ámbito de aplicación de la presente norma”, dentro de las cuales se encuentran precisamente las EPS SEDALIB SA y SEDAPAL SA, que fueron beneficiadas con las leyes de reserva de aguas en la década de 1980.

Sin embargo, lo relevante de este D. Leg. N° 1185, fue que abrió un nuevo escenario de conflicto, al crear un régimen especial para el servicio de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), que genera el pago de la TARIFA, definida en el Artículo 94° de la Ley de Recursos Hídricos como *“el pago que hacen los usuarios de aguas subterráneas con fines productivos y cuyos fondos se destinan a monitorear el uso de esta agua y el nivel freático, así como para gestionar el uso de esta agua para hacer sostenible su disponibilidad”*. Dicho servicio, es prestado actualmente por parte de la propia Autoridad Nacional del Agua a todos los usuarios de aguas subterráneas, y ahora, con la vigencia de este Decreto Legislativo, serán las EPS autorizadas, las legitimadas a aprobar sus tarifa y cobrar por este servicio.

Sin embargo, este servicio y esta tarifa, son distintos a la Tarifa de Uso de Agua Subterránea que se creó en las leyes de reserva de agua, y que colisiona con la Retribución Económica establecida en la antigua Ley de Aguas y la actual Ley de Recursos Hídricos, y que por ser incompatibles, este Decreto Legislativo, dispuso en su Única Disposición Complementaria Derogatoria, que *“Se Deroguen expresamente los dispositivos siguientes:*

- a. *Los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Supremo N° 021-81-VC, por el que Reservan aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de “ESAL”, así como el Decreto Legislativo N° 148, Normas sobre aprobación y cobro de tarifas por la Empresa de Saneamiento de Lima.*
- b. *Los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N° 23521, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de la Cuenca del Río Moche (Trujillo), a favor de la “SEDAPAT”.*
- c. *Los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 24516, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT.*
- d. *Los artículos 1 y 3 de la Ley N° 29004, Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516.*
- e. *La derogatoria a que se refiere la presente disposición no se contrapone con lo dispuesto en la segunda disposición complementaria transitoria.*

Esto es, dicha norma derogó los Artículos de las Leyes N° 23521 y 24516 relativos a la creación de la tarifa de uso de agua subterránea, pero dejando subsistente lo relativo a la reserva de aguas subterráneas a favor de SEDALIB SA, manteniendo el vicio de origen.

Asimismo, aunque el sustento normativo de la tarifa, haya sido derogado, esta derogatoria quedo “**en suspenso**”, al establecer esta misma norma en Segunda Disposición Complementaria Transitoria, la “**Continuidad de pagos a favor de SEDALIB y SEDAPAL**”, prescribiendo expresamente que “*Hasta que la SUNASS apruebe la Tarifa por Gestión y Monitoreo de Uso de Aguas Subterráneas señalada en el artículo 4 de la presente norma, las personas comprendidas en el presente decreto legislativo continuarán efectuando el pago de los conceptos que corresponden a favor de SEDALIB y SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor mediante las leyes N° 23521, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de la Cuenca del Río Moche (Trujillo) a favor de SEDAPAL, N° 24516, Ley por la que Reservan las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo a favor de SEDAPAL y N° 29004, Ley que excluye las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo, de los alcances de la Ley N° 24516 y el Decreto Supremo N° 021-81-VC, por el que Reservan las aguas subterráneas de los acuíferos de Lima y Callao en favor de “ESAL” sin perjuicio de efectuar el pago de la **Retribución Económica que corresponde a la ANA**”;* AGRAVANDO aún más la controversia, pues RATIFICA la vigencia y aplicación de las Leyes cuestionadas, y además, dispone que los usuarios deberán asumir el pago de dicha tarifa, y también el pago de la Retribución Económica a favor de la ANA, imponiendo un doble pago a los usuarios por el mismo supuesto de uso de agua subterránea, situación que se hace más gravosa considerando que hasta la fecha la SUNASS no aprueba la mencionada Tarifa por Gestión y Monitoreo de Uso de Aguas Subterráneas, y se ha convertido en indefinida la pérdida de vigencia de los artículos derogados de las Leyes N° 23521 Y 24516.

Por todo ello, y por la controversia aun mayor que se ha generado con la expedido del Decreto Legislativo N° 1185°, es que los entrevistados, consideran que se hace necesaria una nueva norma que derogue de manera expresa y total las mencionadas leyes, las que irían acompañadas de preceptos que regulen lo relativo a los pagos efectuados con anterioridad. De esta opinión, son incluso los dos representantes del Poder Judicial entrevistados, que tienen en sus manos la tramitación de controversias sobre la materia, y sienten oscuridad y ambigüedad en la forma de resolver las causas.

CAPÍTULO V
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

1. En países donde rige el Estado de Derecho, como en el nuestro; el ejercicio de los poderes públicos está sujeto al ordenamiento jurídico. Este ordenamiento está constituido por el conjunto de normas jurídicas, que para ser válidas, deben ser emitidas siguiendo los cánones de forma y fondo, contemplados en la norma superior, en la Constitución. El criterio de validez de las normas es indispensable para determinar su vinculatoriedad y aplicación en la solución de los conflictos e incertidumbres jurídicas.
2. En el ordenamiento jurídico nacional, existe normas con alcance regulatorio sobre el medio ambiente y los recursos naturales, los cuales son previstos y conceptualizados como patrimonio de la Nación, cuya administración es reservada al Estado. Los particulares pueden tener acceso a su uso y aprovechamiento a través del otorgamiento de títulos habilitantes, y sujetos al pago de una contraprestación económica, que será prevista en cada norma especial a favor de una entidad pública autorizada, por lo que bajo ningún supuesto; algún sujeto de derecho, podría atribuirse u irrogarse derechos u facultades que no se encuentre amparado en la normativa.
3. Los recursos naturales en su amplio espectro abarca los recursos hídricos, que agrupa al agua en todas sus fuentes, así como a los bienes naturales y artificiales asociados a ella; considerando al agua como un recurso natural, que puede otorgarse en uso a favor de particulares, sea para destinarla a fines poblacionales o productivos (dentro de los que ubicados a los usos agrario -pecuario y agrícola-, acuícola y pesquero, energético, industrial, medicinal y minero, recreativo, turístico y transporte, y otros), a través de títulos habilitantes denominados licencias (que aseguran el aprovisionamiento permanente del recurso), permisos (que permiten el uso en épocas de superávit hídrico), y autorizaciones (para proyectos o actividades específicas y temporales). Asimismo, por disposición expresa de las leyes sobre la materia, el uso de este recurso genera el pago de una contraprestación económica a favor del Estado, a través de la Autoridad Nacional del Agua, la misma que ha sido creada en el año 2008, como el ente rector en materia de aguas en el país, y rector del Sistema Nacional de los Recursos Hídricos.

4. En la normatividad vigente sobre recursos hídricos, la facultad del Estado de otorgar reservas de aguas a una entidad pública o privada, de manera temporal (dos años renovables), procede cuando existen razones técnicas que lo justifiquen, y únicamente por los entes públicos autorizados. En la antigua Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17552, dicha facultad fue conferida exclusivamente a favor del Poder Ejecutivo, para ser ejercida por el Ministerio de Agricultura y Pesquería, y actualmente en la nueva Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, dicha facultad ha sido otorgada a la Autoridad Nacional del Agua.

5. En los años 1982 y 1986 respectivamente, durante la vigencia de la Ley General de Aguas, el Congreso de la República expidió a favor de SEDALIB SA (antes SEDAPAT), las leyes N° 23521, la Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), y la Ley N° 24516, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, y Trujillo, para destinarla al abastecimiento de agua potable dentro de su circunscripción, y crearon la tarifa de uso de agua subterránea, que desde hace aproximadamente diez años, dicha entidad viene cobrando judicial y extrajudicialmente a los usuarios de fuente propia con fines productivos, no obstante encontrarse fuera de los supuestos normativos de las mencionadas leyes, generando controversias, donde los usuarios cuestionan por un lado, la validez de las leyes, porque fueron expedidas por el Congreso de la República, pese a que la facultad de otorgar reservas de agua había sido asignada de manera exclusiva a favor del Poder Ejecutivo, y además, porque su periodo de vigencia ha sido cumplido en exceso, habiendo quedado derogadas tácitamente; y por otro lado, también se cuestiona su aplicación, por cuanto SEDALIB SA nunca obtuvo derechos de uso sobre el agua reservada, siendo que otros usuarios (productivos) accedieron directamente al recurso autorizados por la Autoridad de Aguas, y además, vienen reconociendo y pagando a favor de esta última, el concepto de retribución económica por el uso del recurso.

6. Se evidencia que resoluciones judiciales, de Jueces Especializados y Superiores en el Distrito Judicial de La Libertad, y de Jueces Supremos de

la Corte Suprema de Justicia, asumen criterios distintos y contradictorios, al resolver controversias respecto a la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516 y al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea; así, por un lado acogen la posición de los usuarios que cuestionan la cobranza de la tarifa de uso de agua, bajo el sustento de que ésta tiene naturaleza tributaria, y por tanto, su cobranza deviene en inconstitucional porque fue aprobada sin respetarse los principios constitucionales de reserva de ley y no confiscatoriedad; y por otra lado, otros Magistrados niegan esta condición jurídica, e incluso en otros caso, asumen que se trata de un tributo sui generis. En torno a ello ha girado la mayoría de discusiones en el fondo de los procesos, los otros fundamentos jurídicos referidos a la validez y aplicación de las leyes, fueron hasta el momento invocados a nivel de excepciones por parte de los usuarios, pero que en todos los casos, los Jueces rechazaron y no ingresaron a ser discutidas en el fondo de las controversias.

7. Profesionales especialistas en el tema, consideran que existen fundamentos jurídicos que cuestionan la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516 relacionadas al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea, rechazando la misma e invocando la necesidad de que se expida una nueva norma que disponga su derogación expresa y total; fundamentos como la incompetencia del órgano que las emitió y su derogación tácita por mandato de la Ley General de las Aguas, cuestionan la validez de las referidas leyes; y, fundamentos como estar fuera de los supuestos normativos, y la inexistencia de derechos de uso de agua a favor de SEDALIB SA, cuestionan la aplicación de dichas normas por parte de los usuarios.

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

Primera: Los fundamentos jurídicos que cuestionan la validez de las leyes de reserva de aguas subterráneas a favor de SEDALIB SA, Ley N° 23521, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), y la Ley N° 24516, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, y Trujillo, son la incompetencia del órgano que las emitió, al haber sido expedidas por el Congreso de la República, cuando por la Ley General de Aguas, vigente al momento de su expedición, el único autorizado para otorgar reservas de agua, era el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Agricultura y Pesquería; así como su derogación tácita por mandato de la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17552, que había previsto el periodo de dos años para las reservas de agua, y a la fecha ha transcurrido en exceso dicho plazo; y asimismo, los fundamentos jurídicos que cuestionan la aplicación de las referidas leyes a los usuarios de fuente propia para fines productivos, lo constituye el hecho que dichos usuarios se encuentran fuera de los supuestos normativos de las leyes, que estuvieron dirigidas a reservas aguas para que SEDALIB SA las destine al abastecimiento de agua potable, y dichos usuarios no reciben este servicio, y lejos de ellos, captan el recurso en estado natural a través de fuente propia para fines productivos; así como el hecho de que SEDALIB SA no detenta un derecho de uso sobre las aguas reservadas, que habilite su aprovechamiento, pues las reservas por sí solas no facultan el uso y solo constituyen derechos expectaticios sobre el recurso.

Segunda: Las Leyes N° 23521 y 24516, fueron promulgadas en los años 1982 y 1986 respectivamente, en un contexto normativo encabezado por la Ley General de Aguas, aprobada por el Decreto Ley N° 17752 (de julio del año 1969), que establecía como una facultad especial del Poder Ejecutivo, la de “Reservar aguas para cualquier finalidad de interés público” (Artículo 7° a.), cuya reglamentación fue dada por el Decreto Supremo N° 274-69-AP-DGA, en cuyo Artículo 5° estableció que “El Ministerio de Agricultura y Pesquería, por propia iniciativa o a solicitud de otras entidades públicas o municipales, podrá reservar aguas subterráneas por un plazo de dos años

renovables, para cualquier finalidad de interés social o público cuando existan razones técnicas o planes específicos que lo justifiquen”; siendo claro y manifiesto que el marco normativo vigente en la fecha de promulgación, establecía de manera expresa que las reservas de aguas (cualquier sea su fuente), solo podían ser otorgadas por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Agricultura y Pesquería, y por un periodo de dos años cuando existan razones técnicas o planes específicos que lo justifiquen, renovables si las mismas se mantienen.

Tercera: Los fundamentos en que se sustenta SEDALIB SA para ejercer la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea a los usuarios de fuente propia, es la sola existencia de las Leyes N° 23521 y 24516 que otorgaron las reservas de agua a su favor, y crearon la mencionada tarifa; así como la creencia de que existe en régimen especial creado por dichas normas, paralelo al régimen general regulado por la Ley General de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, en que SEDALIB SA es la entidad autorizada a percibir los ingresos económicos por el uso de agua subterránea de las cuencas de los ríos existentes en las provincias de Trujillo, Ascope y Chepén, no obstante no prestarles el servicio de agua potable que había sido previsto en las referidas leyes.

Cuarta: Sí; existe incompatibilidad entre el concepto de retribución económica regulado por la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, y el concepto de tarifa de uso de agua subterránea creada por las Leyes N° 23521 y 24516, por cuanto ambas obligaciones económicas se generan por el mismo supuesto de uso del recurso natural: agua subterránea, y son cobradas por dos entidades distintas, la Autoridad Nacional del Agua y SEDALIB SA respectivamente, situación confirmada del análisis de las referidas leyes, y de las opiniones de los profesionales especialistas en el tema.

Quinta: Los fundamentos de los usuarios de fuente propia para cuestionar la cobranza de la tarifa de uso de agua subterránea, radican en el hecho que ellos no se encuentran comprendidos dentro de los supuestos normativos de

las Leyes N° 23521 y 24516 que crearon la mencionada tarifa, y que SEDALIB SA, carece de un derecho de uso de agua respecto del agua materia de reserva, de conformidad a lo previsto en el Decreto Supremo N° 044-2001-AG, en el que se establecía que las reservas de aguas y sus correspondientes prórrogas no facultan al uso, aprovechamiento o explotación del recurso por parte de las entidades beneficiadas con las mismas, siendo necesario para ello, la obtención del respectivo derecho de uso (licencia, permiso o autorización); Asimismo, los usuarios también cuestionan la aplicación de las referidas normas, por cuanto la tarifa de uso de agua tiene naturaleza tributaria, y al haber sido aprobada por decreto supremo, su cobranza deviene en inconstitucional, conforme lo reconocen resoluciones judiciales.

Sexta: Existe una real controversia entre los usuarios de agua y SEDALIB SA respecto a la aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516, y el cobro de la tarifa de uso de agua subterránea creada por ellas, que ha merecido el pronunciamiento de los Jueces Especializados y Superiores del Distrito Judicial de La Libertad, e incluso de los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia, que han expedido decisiones distintas, y hasta contradictorias entre sí. En la mayoría de casos, los usuarios cuestionaron la cobranza de la tarifa de uso de agua, bajo el sustento de que ésta tenía naturaleza tributaria, y por tanto, su cobranza deviene en inconstitucional porque fue aprobada sin respetarse los principios constitucionales de reserva de ley y no confiscatoriedad. Respecto a ello, algunos Magistrados acogieron esta posición y consideraron que la tarifa tiene naturaleza tributaria, y por tanto su cobranza deviene en inconstitucionalidad, sin embargo, otros Magistrados niegan esta condición jurídica, y otros incluso asumen que se trata de un tributo sui generis. Asimismo, la mayoría de Jueces no ha desarrollado argumentos respecto a la validez de las leyes en sí mismas, y hay quienes han considerado que ya no es necesario discutir el fondo del asunto, porque con el Decreto Legislativo N° 1185, las normas que crearon la tarifa, fueron derogadas y ha desaparecido la controversia.

Séptima: Es necesario emitir una nueva ley o norma con rango de ley que derogue de manera expresa y total las Leyes N° 23521 y 24516 y sus normas reglamentarias, conforme a la propuesta legislativa que se adjunta como recomendación a fin de actualizar el vigente marco normativo y garantizar el Estado de Derecho que impera en nuestro país.

Octava: Del análisis de las resoluciones judiciales, que sustenta la investigación, se advierte la existencia de criterios distintos y hasta contradictorios entre sí, que asumen los Jueces Especializados, Superiores y Supremos para resolver las controversias sometidas a su jurisdicción respecto a la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516 y al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea, que hasta la fecha ha girado principalmente en torno a la naturaleza tributaria o no de la tarifa, respecto a lo cual, algunos Jueces acogieron esta posición y consideraron que la tarifa tiene naturaleza tributaria, y por tanto su cobranza deviene en inconstitucional, sin embargo, también existe posiciones que niegan esta condición jurídica, y otras que incluso consideran que se trata de un tributo sui generis. En torno a ello ha girado la mayoría de discusiones en el fondo de los procesos, los otros fundamentos jurídicos referidos a la validez y aplicación de las leyes, fueron hasta el momento invocados a nivel de excepciones por parte de los usuarios, pero que en todos los casos, los Magistrados rechazaron y no ingresaron a ser discutidas en el fondo de las controversias.

Novena: Los profesionales vinculados a la problemática, cuestionan la validez y aplicación de las Leyes N° 23521 y 24516 relacionadas al cobro de la tarifa de uso de agua subterránea, e invocan la necesidad de que se expida una norma que disponga su derogación expresa y total.

2. RECOMENDACIONES

Recomendamos que se expida una nueva ley o norma con rango de ley, que disponga la derogación expresa y total de la Ley N° 23521, *Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo)*, en favor de la SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.) publicada en fecha 22 de diciembre de 1982; y, la Ley N° 24516, *Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo*, a favor de SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.), así como del Decreto Supremo N° 033-86-VC, que proponemos en el siguiente proyecto:

PROYECTO DE LEY LEY QUE DEROGA LAS LEYES N° 23521 Y 24516, Y EL DS N° 033-86-VC

Exposición de Motivos

Durante la vigencia de la Ley General de Aguas, aprobada por Decreto Ley N° 17752, el Congreso de la República, dio las siguientes normas reserva de aguas subterráneas a favor de SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.) en la región de La Libertad, la primera de estas normas fue la Ley N° 23521, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.) publicada en fecha 22 de diciembre de 1982; y, la segunda fue la Ley N° 24516, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, a favor de SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.), publicada en fecha 06 de junio de 1986, por las cuales se reservó a favor de dicha entidad las aguas pertenecientes a las cuencas de los ríos señalados para destinarlas al abastecimiento de agua potable de la población e industria ubicadas dentro de su circunscripción, habiendo sido emitidas por el Congreso de la República, cuando el único ente facultado para otorgar reserva de aguas, durante la vigencia de la Ley General de Agua, Decreto Ley N° 17552, era el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Agricultura, y que actualmente con la entrada en vigencia de la Ley de Recursos Hídricos, N° 29338, el 01 de abril del año 2009, dicha facultad la ejerce exclusivamente la Autoridad Nacional del Agua, quien otorga reservas de agua mediante Resolución Jefatural, previo cumplimiento de las condiciones que se establecen en la ley y su reglamento; asimismo, dichas normas crearon la obligación económica denominada Tarifa de Uso de Agua Subterránea, que fue aprobada por el Decreto Supremo N° 033-86-VC, que estableció en su Artículo 1° que “las personas naturales o jurídicas, que con fines de consumo doméstico, comercial o industrial, utilicen agua extraída del subsuelo en la jurisdicción comprendida dentro de las Cuencas de los Ríos de las Provincias de Chepén, Ascope, Pacasmayo y Trujillo, abonarán por este concepto, un monto equivalente al 20% de las tarifas de agua que, para estos fines, la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Trujillo, SEDAPAT, tenga establecidas para los servicios de agua conectados al Sistema que administra”, y que “el monto señalado en el Artículo 1°, se calculará por metro cúbico de agua

consumida y medida cada mes, para lo cual SEDAPAT instalará medidores en los pozos tubulares que se exploten”.

Luego, mediante Ley N° 29004, se excluyeron las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de la provincia de Pacasmayo de la Región La Libertad, de los alcances de la Ley N° 24516.

Finalmente, mediante Decreto Legislativo 1185°, se Reguló el Régimen Especial de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento, estableciendo como objeto “establecer y regular el régimen especial de monitoreo y gestión del uso de las aguas subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente norma”, dentro de las cuales se encuentra SEDALIB SA. Si bien este Decreto en su Única Disposición Complementaria Derogatoria, dispuso que se Deroguen expresamente los artículos 2, 3 y 4 de la Ley N° 23521, y los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 24516, relativos a la tarifa de uso de agua subterránea, esta misma norma en su Segunda Disposición Complementaria Transitoria, dispuso la “Continuidad de pagos a favor de SEDALIB”, prescribiendo que “Hasta que la SUNASS apruebe la Tarifa por Gestión y Monitoreo de Uso de Aguas Subterráneas señalada en el artículo 4 de la presente norma, las personas comprendidas en el presente decreto legislativo continuarán efectuando el pago de los conceptos que corresponden a favor de SEDALIB y SEDAPAL en virtud de las reservas de agua subterráneas otorgadas a su favor mediante las leyes N° 23521, y N° 24516, (...) sin perjuicio de efectuar el pago de la Retribución Económica que corresponde a la ANA”;

Por lo que, al haberse determinado que las Leyes N° 23521 y 24516 adolecen de vicios de validez en su formación, considera necesario excluir formalmente dichas normas del ordenamiento jurídico nacional.

Por las consideraciones expuestas el Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

Artículo 1° Derogación de las Leyes N° 23521 y 24516

Deróguese la Ley N° 23521, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de la cuenca del río Moche (Trujillo), en favor de la SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.); y, la Ley N° 24516, Ley de Reserva de las aguas subterráneas de las cuencas de los ríos de las provincias de Chepén, Ascope, y Trujillo, a favor de SEDAPAT (ahora SEDALIB S.A.).

Artículo 2° Derogación de Decreto Supremo N° 033-86-VC

Deróguese el Decreto Supremo N° 033-86-VC, en cuanto reglamenta la tarifa de uso de agua subterránea, creada por las Leyes N° 23521 y 23516.

Artículo 3° Derogación de otras normas

Deróguese la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Recursos Hídricos, Ley 29338.

Deróguese el Artículo 2° literal a., la Primera y Segunda Disposición Complementaria Final, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria, los Artículos 2 y 3 de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria, y la Única

Disposición Complementaria Derogatoria de Decreto Legislativo N° 1185, que Regula el Régimen Especial de Monitoreo y Gestión de Uso de Aguas Subterráneas a cargo de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento, así como demás normas que se contrapongan a lo establecido en la presente ley.

Disposiciones complementarias y finales

UNICA: *Los procesos judiciales de obligación de dar suma de dinero interpuestos por SEDALIB SA contra los usuarios en virtud de las normas derogadas por la presente leyes, deberán concluir con resoluciones declarando infundadas las demandas y levantar de manera inmediata las medidas cautelares que hayan concedido y/o ejecutado sobre el patrimonio de los usuarios.*

BIBLIOGRAFÍA

- ANDALUZ, Carlos (2016). *“Manual de Derecho Ambiental”*. Lima-Perú: Palestra
- ASOCIACION PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (2008). *“El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano”*. Lima-Perú: Grijley
- AVENDAÑO, Jorge (1981). *“Exposición de motivos del Anteproyecto del Libro de Derechos Reales. En comisión reformadora del código civil de 1936. Proyecto y anteproyectos de la reforma del CC”*. Lima-Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú
- BASADRE, Jorge (1997). *“Historia del Derecho Peruano”*. Lima-Perú: Editorial San Marcos
- BROOKS, David (2004). *“Agua, manejo a nivel local”*. Bogotá-Colombia: Alfaomega Colombiana SA
- CAIRAMPOMA, Alberto (2015). *“El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa. Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo”*. Lima-Perú: Thomson Reuters
- CARBONELL, Miguel (2009). *“El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina”*. Lima-Perú: Palestra Editores
- CASSAGNE, Juan (2010). *“Derecho Administrativo”*. Lima-Perú: Palestra
- CELI, Marco (2007). *“Derecho Ambiental. Hacia un Desarrollo Sostenible”*. Trujillo-Perú: Industria Gráfica ABC
- CERVANTES, Dante (2008). *“Manual de Derecho Administrativo”*. Lima – Perú: Editorial Rodhas
- CHANAMÉ, Raúl (2009). *“Manual de Derecho Constitucional”*. Lima-Perú: Adrus.
- CHANAMÉ, Raúl (2015). *“La Constitución Comentada”*. Lima-Perú: Legales Instituto.
- COMISIÓN TÉCNICA DEL AGUA DEL CIP LA LIBERTAD (2016). *“Gestión y Tratamiento del Agua Potable, Industrial y Residual”*. Trujillo-Perú: Jorge Peirano Serrano
- DÍAZ, Elías (1998). *“Estado de Derecho y sociedad democrática”*. Madrid-España: Taurus

- DROMI, Roberto (2005). "*Derecho Administrativo*". Tomo I. Lima-Perú: Gaceta Jurídica
- GARCÍA RICCI, Diego (2015). "*Estado de Derecho y Principio de Legalidad*". México DF-México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos
- GARCÍA, Víctor (2001). "*Introducción a las Ciencias Jurídicas*". Lima-Perú: Editorial Universidad de Lima
- GARCÍA, Víctor (2010). "*Teoría del Estado y Derecho Constitucional*". Lima-Perú: Adrus
- GONZALES, Gunther (2017). "*Estudios de Propiedad Rural, de Derecho Agrario y de Aguas*". Lima-Perú: JURISTA EDITORES
- GUASTINI, Riccardo (2016). "*Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*". Lima-Perú: Raguél
- GUTIERREZ-TICSE, Gustavo (2013). "*La Constitución Política del Perú*". Lima-Perú: Grijley
- HAKANSSON, Carlos. (2009). "*Curso de Derecho Constitucional*". Lima-Perú: Palestra
- HAKANSSON, Carlos. (2014). "*El Proceso de Inconstitucionalidad*". Lima-Perú: Palestra
- JIMENEZ, Luis (2008). "*Costo de Oportunidad y Externalidades en el Valor Económico del Agua Superficial para Uso Agrícola en el Valle de Mala*". Lima-Perú: Asamblea Nacional de Rectores
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia (1984). "*Derechos Reales*". Lima-Perú: Librería Stadium
- MÉNDEZ, Alejandro. (2003). "*Derecho financiero y Tributario*". Parte General. Valladolid-España: Lex Nova
- MORENO, Eulalia. La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad. Barcelona-España: Bosch
- NINO, Carlos (2001). "*Introducción al Análisis del Derecho*". Barcelona-España: Editorial Ariel SA
- OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE RECURSOS NATURALES (1972). "*Inventario, evaluación y uso racional de los recursos naturales de la costa*". Lima- Perú

- ORDÓÑEZ, Juan (2012). *“Cartilla técnica: aguas subterráneas-acuíferos”*. Lima-Perú: Sociedad Geográfica de Lima
- RAMÓN, Manuel; HERNÁNDEZ-MORA, Nuria y MARTÍNEZ, Luis (2000). *“El uso sostenible de las aguas subterráneas”*. Santander-España: Fundación Marcelino Botín
- RUBIO, Marcial (2008). *“El Título Preliminar del Código Civil”*. Lima-Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú
- RUBIO, Marcial (2009). *“El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho”*. Lima-Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú
- SEINFELD, Janice (1998). *“Introducción a la Economía de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente”*. Lima-Perú: Universidad del Pacífico, Centro de Investigación.
- SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE TRUJILLO (1991). *“El agua de la ciudad de Trujillo”*. Trujillo-Perú: Editora Normas Legales SA
- TARELLO, Giovanni (1995). *“Cultura jurídica y política del derecho”*. México DF-México: Fondo de Cultura Económica
- TORRES, Aníbal (2015). *“Introducción al Derecho”*. Lima-Perú: Instituto Pacífico
- VOS, Jeroen (2006). *“Pirámides de agua, construcción e impacto de imperios de riego en la costa norte del Perú”*. Lima – Perú: IEP Ediciones
- YACOLCA, Daniel (2009). *“Derecho Tributario Ambiental”*. Lima-Perú: Grijley

REVISTAS

- FERRAJOLI, Luigi (2001). “Pasado y futuro del Estado de derecho”. En Revista Internacional de Filosofía Política N° 17 Año 2001
- GUASTINI, Riccardo (2004). “Proyecto para la voz ‘Ordenamiento Jurídico’ de un Diccionario”. Edición digital a partir de la Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 27 Año 2004
- HOUSTON, John; JENSEN IGLESIAS, Arturo y Gonzalo ARÉVALO CUNICH (2001). *“Constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas almacenadas”*. En Revista de Derecho Administrativo Económico N° 3 Año 2001

- MECHLEM, Kerstin (2002). “*Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los Principios de Dublín*”, en Revista de la CEPAL N° 64 Año 2002
- RUBIO, Marcial (2013). “*La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. En Themis, Revista de Derecho N° 51 Año 2013
- SOLANES, Miguel (1998). “*Manejo integrado del recurso agua, con la perspectiva de los Principios de Dublín*”. En Revista de la CEPAL N° 64 Año 1998
- SOLANES, Miguel (2002). “*Aguas subterráneas: necesidades regulatorias*”. En Revista de Derecho Administrativo Económico N° 4 Año 2002
- ZEGARRA, Eduardo (2004). “*Mercado y reforma de la gestión del agua en Perú*”. En Revista de la CEPAL N° 83 Año 2004

TESIS

- MORENO TRUJILLO, Eulalia (1990). “*La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad*” (Tesis Maestría). Barcelona-España: Universidad de Granada

LINCOGRAFÍA

- ESTUDIO EVALUACION DE LOS RECURSOS HIDRICOS DE LA CUENCA DEL RIO CHICAMA, de la ALA Chicama: Paiján Trujillo Diciembre del 2015. Disponible en <http://minagri.gob.pe/portal/especial-iv-cenagro/54-sector-agrario/cuencas-e-hidrografia/372-principales-cuencas-a-nivel-nacional?limitstart=0>
- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO. “*Principales cuencas hidrográficas a nivel nacional*”. Disponible en <http://minagri.gob.pe/portal/especial-iv-cenagro/54-sector-agrario/cuencas-e-hidrografia/372-principales-cuencas-a-nivel-nacional?limitstart=0>

- PETRELLA, Ricardo. “El acceso al agua es un derecho humano inalienable”, en entrevista realizada por Jordi Bigues. Disponible en www.IntermonOxfam.org.
- Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Aduanas – SUNAT (2013), “INFORME N° 006-2013-SUNAT/4B0000 sobre la consulta de “si la Tarifa por Uso de Aguas Subterráneas a que se refiere la Ley N° 24516 se encuentra afecta al Impuesto General a las Ventas e Impuesto a la Renta”, disponible en <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2013/informe-oficios/i006-2013.pdf>
- Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (2007), “INFORME sobre "Usuarios con Fuente de Agua Propia y Usuarios del Servicio de Alcantarillado”, disponible en http://www.sunass.gob.pe/doc/sunass/final_tindustrialx.pdf

PAGÍNAS WEB INSTITUCIONALES

- www.sedalib.com.pe
- www.ana.gob.pe
- www.minagri.gob.pe
- www.sunass.gob.pe/
- www.vivienda.gob.pe/

ANEXOS