

¿Pueden las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Comercializar Agua Residual Tratada?

Carlos Monteza Palacios*
Fiorella Monge Sayán**
Jenny Aliaga Aliaga***

Resumen:

Los autores del presente artículo realizan un análisis sobre las empresas prestadoras de servicios públicos de saneamiento. En particular, se enfocan en determinar si es que estas se encuentran facultadas legalmente para comercializar el agua residual tratada que generan como consecuencia de la prestación de los servicios públicos a su cargo. Adicionalmente, a fin de brindar un análisis completo del tema, se toman en cuenta las facultades de la Autoridad Nacional del Agua para conceder autorizaciones de reúso del agua residual tratada.

Palabras clave:

Saneamiento Público – Empresas prestadoras de servicios públicos de saneamiento (EPS) – Agua residual tratada – Autoridad Nacional del Agua (ANA) – Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento

Abstract:

The authors of this article conducted an analysis of the companies providing public sanitation services. In particular, they focus on determining if these are legally entitled to market the treated waste water generated as a result of the provision of public services in charge. Additionally, in order to provide a complete analysis of the issue, the authors speak about the powers of the National Water Authority and his power to permit reuse of treated wastewater.

Keywords:

Public sanitation – Companies providing public sanitation services – Treated wastewater – National Water Authority (ANA) – Modernization of Sanitation Services Act

Sumario:

1. Introducción – 2. El ámbito de acción de las EPS no incluye la comercialización de agua residual tratada – 3. Sólo la ANA puede disponer del agua residual tratada para su entrega a terceros – 4. La entrega de agua residual tratada de la EPS a un tercero titular de una autorización de reúso otorgada por la ANA no constituye comercialización – 5. El reglamento de la Ley de Modernización excede lo previsto en dicha norma en lo que se refiere a la comercialización de agua residual tratada – 6. Conclusiones

* Abogado por la Universidad de Piura. Magister en Análisis Económico del Derecho por las universidades de Rotterdam y Hamburgo. Asociado del área Regulatoria del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano. Especialista en las áreas de Infraestructura Pública, Energía y Regulación.

** Abogada por la Universidad de Lima. Asociada del área Regulatoria del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano. Especialista en el área de Regulación.

*** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del área Regulatoria del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano. Especialista en el área de Regulación.

1. Introducción

El presente artículo analiza si las empresas prestadoras de servicios públicos de saneamiento (en adelante, EPS) están facultadas legalmente para comercializar el agua residual tratada que generan como consecuencia de la prestación de los servicios públicos a su cargo.

Para entender mejor el artículo, cabe señalar que el agua residual es aquella cuya calidad ha sido alterada debido a su uso por el hombre (uso antropogénico), es decir, debido a la adición de diferentes componentes durante los usos domésticos, industriales, agrícolas u otros, derivados de la actividad humana. Esta agua requiere de un tratamiento para que pueda ser utilizada nuevamente o vertida a los cuerpos naturales sin generar perjuicios a la salud y al medio ambiente.

El tratamiento consiste en la eliminación de los sólidos del agua residual, así como de metales y materia biológica. El agua tratada que resulte de estos procesos puede ser descargada a un cuerpo natural (océano, río, entre otros), o reutilizada para otras actividades humanas, previa autorización de la autoridad competente.

Por su parte, las EPS son aquellas empresas públicas municipales o de capital mixto constituidas con el *exclusivo propósito* de brindar servicios de saneamiento en el ámbito urbano¹. En ejecución de este propósito, son las encargadas y responsables de la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas. Por lo tanto, las EPS son las principales entidades responsables del tratamiento del agua residual descargada en el sistema de alcantarillado público dentro de su ámbito territorial.

Legalmente, luego del tratamiento de las aguas residuales, las EPS tienen tres opciones: (i) devolver el agua tratada a las fuentes naturales; (ii) reutilizar el agua para los mismos fines de su propósito exclusivo –concretamente, para la provisión del servicio de abastecimiento de agua potable, si el tratamiento así lo permite–, o (iii) entregar esa agua tratada a un tercero para que éste la pueda reutilizar en su propio proceso productivo o de consumo.

En el tercer supuesto, los terceros que desean recibir el agua tratada deberán obtener una

“autorización de reúso”, otorgada por la Autoridad Nacional del Agua (ANA). La ANA, a través del Consejo de Cuenca, autoriza el reúso del agua residual tratada, según el fin para el que se destine la misma, en coordinación con la autoridad sectorial competente y, cuando corresponda, con la autoridad ambiental.

El esquema descrito tiene sustento normativo en el artículo 149.3 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos², que establece que la ANA podrá autorizar el reúso de aguas residuales tratadas a una persona distinta al titular del sistema de tratamiento.

Dicho esto y como ya se había adelantado, el objeto del presente artículo es analizar si el agua tratada que podría ser reutilizada por un tercero en el marco de una autorización otorgada por la ANA, puede ser comercializada por la EPS, es decir, si la EPS puede vender dicha agua tratada.

Nosotros consideramos que el actual marco normativo no faculta a las EPS a comercializar el agua residual tratada que se genera en el desarrollo de sus actividades de saneamiento. En consecuencia, si dicha agua no está destinada al reúso para los mismos fines de la EPS o es transferida por ésta sin cobro a un tercero debidamente autorizado por la ANA, la EPS estará en la obligación de verter el agua tratada a una fuente natural para la continuación de su ciclo natural, contando con la debida autorización de vertimiento y sujeta al pago de la correspondiente retribución económica a favor de la ANA.

2. El ámbito de acción de las EPS no incluye la comercialización de agua residual tratada

Las actividades de las EPS están reguladas y determinadas principalmente por la Ley General de los Servicios de Saneamiento (Ley de Saneamiento)³, la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento (la Ley de Modernización)⁴ y los reglamentos de estas dos normas⁵.

Las municipalidades provinciales son las responsables de la prestación de los servicios de saneamiento y, en dicha calidad, les corresponde otorgar el “derecho de explotación” de tales servicios a las “entidades prestadoras” o “EPS”⁶.

1 Artículo 6° de la Ley N° 26338, Ley de General de los Servicios de Saneamiento.

2 Decreto Supremo 1-2010-AG.

3 Ley 26338, publicada el 24 de julio de 1994.

4 Ley 30045, publicada el 18 de junio del 2013.

5 El Reglamento de la Ley 26338 fue aprobado por Decreto Supremo 09-95-PRES. Su Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 023-2005-VIVIENDA, publicado el 1 de diciembre del 205. El Reglamento de la Ley 30045 fue aprobado por Decreto Supremo 15-2013-VIVIENDA, publicado el 29 de noviembre del 2013.

6 Artículo 5° de la Ley de Saneamiento.

Los servicios de saneamiento comprenden: “la prestación regular de: servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas, tanto en el ámbito urbano como en el rural”⁷. En vista de que esta relación es taxativa, las EPS únicamente pueden dedicarse a la prestación de los servicios de saneamiento antes listados.

Los alcances específicos de cada uno de los servicios de saneamiento están determinados en la Ley de Saneamiento⁸, que lista “los sistemas que integran los servicios de saneamiento”. Estos sistemas están definidos para cada servicio de saneamiento previsto y son los siguientes:

- (i) Para el servicio de [suministro] agua potable:
 - a. Sistema de Producción, que comprende las instalaciones de captación, almacenamiento y conducción de agua cruda; tratamiento y conducción de agua tratada.
 - b. Sistema de Distribución, que comprende las instalaciones de almacenamiento, redes de distribución y dispositivos de entrega al usuario: conexiones domiciliarias inclusive la medición, pileta pública, unidad sanitaria u otros.
- (ii) Para el servicio de alcantarillado sanitario y pluvial:
 - a. Sistema de Recolección, que comprende las conexiones domiciliarias, sumideros, redes y emisores.
 - b. Sistema de Tratamiento y Disposición de las aguas servidas.
 - c. Sistema de Recolección y Disposición de aguas de lluvias.
- (iii) Para el servicio de disposición sanitaria de excretas, el Sistema de letrinas y fosas sépticas.

Para efectos de este artículo, resultan relevantes el servicio de suministro de agua potable y el de alcantarillado sanitario. Las definiciones de estos dos servicios específicos son las siguientes⁹:

- Sistema de abastecimiento de agua potable: Conjunto de instalaciones, infraestructura, maquinaria y equipos, utilizados para la captación, almacenamiento y conducción de agua cruda; y para el tratamiento, almacenamiento, conducción y distribución de agua potable. Se consideran parte de la

distribución las conexiones domiciliarias y las piletas públicas, con sus respectivos medidores de consumo, y otros medios de distribución que pudieran utilizarse en condiciones sanitarias.

- Sistema de alcantarillado sanitario: Conjunto de instalaciones, infraestructura, maquinarias y equipos utilizados para la recolección, tratamiento y disposición final de las aguas residuales en condiciones sanitarias (disposición de agua residual tratada).

Como se puede apreciar, los servicios de saneamiento están taxativamente previstos en la Ley de Saneamiento y su Reglamento, y comprenden desde la captación de agua cruda (estado del agua en la fuente natural) hasta el tratamiento de las aguas servidas que, como la norma lo señala, está específicamente destinado a su disposición final. Es decir, la Ley de Saneamiento, norma principal de esta regulación, no prevé ninguna actividad a cargo de la EPS que esté referida a la distribución, comercialización o cualquier otra actividad similar, de agua residual tratada. La única agua que la EPS está autorizada a suministrar a terceros (sus usuarios), como parte de los servicios públicos de saneamiento que presta, es el agua potable. Ninguna de las modificaciones hechas a la ley ha variado esto, como analizaremos más adelante.

Sin perjuicio de lo señalado, para poder efectuar la disposición final del agua tratada, servicio que debe realizar la EPS, ésta deberá cumplir con las disposiciones sobre vertimientos contenidas en las normas de recursos hídricos.

3. Solo la ANA puede disponer del agua residual tratada para su entrega a terceros

El agua residual se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Recursos Hídricos¹⁰ y su Reglamento¹¹. Así lo prevé el artículo 5° de la mencionada ley.

Específicamente respecto del agua residual tratada, la Ley de Recursos Hídricos establece dos posibilidades: (i) su vertimiento en las fuentes naturales para su reincorporación al balance hídrico como parte del ciclo natural del agua; y (ii) la reutilización por la persona que las genera o por terceros. Ambas actividades deben ser autorizadas por la ANA y sólo pueden ser desarrolladas si se cumplen las normas ambientales aplicables.

7 Artículo 2° de la Ley de Saneamiento.

8 Artículo 10° de la Ley de Saneamiento.

9 Artículo 4° del Reglamento de la Ley de Saneamiento

10 Ley 29338, publicada el 31 de marzo del 2009.

11 Aprobado por Decreto Supremo 001-2010-AG, publicado el 24 de marzo del 2010.

Con relación al vertimiento o disposición final del agua residual tratada, la Ley de Recursos Hídricos establece que la ANA autoriza el vertimiento del agua residual tratada a un cuerpo natural de agua, previa opinión técnica favorable de la autoridad ambiental y de salud sobre el cumplimiento de los Estándares de Calidad Ambiental del Agua (ECA-Agua) y Límites Máximos Permisibles (LMP)¹². En tal sentido, se encuentra prohibido el vertimiento directo o indirecto de agua residual o de agua residual tratada sin autorización.

Por su parte, con relación a la reutilización del agua residual tratada, el único caso en el que el reúso no requiere autorización de la ANA es cuando es realizado por la misma persona que, teniendo una licencia de uso de agua, luego de utilizar el recurso lo trata y lo destina al mismo fin al que destina el agua cruda obtenida por su licencia¹³. Asimismo, la distribución (es decir, el otorgamiento de derechos de reúso de agua residual tratada) debe considerar la oferta hídrica de la respectiva cuenca. Esto último se debe a que, como ya se ha mencionado, si el agua no es entregada para reúso, se vierte a la fuente natural y pasa a formar parte del balance hídrico disponible por terceros.

Finalmente, como hemos mencionado en la introducción, el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos¹⁴ regula la posibilidad de autorizar el reúso de aguas residuales tratadas a una persona distinta al titular del sistema de tratamiento. Para estos efectos, lo único que se requiere es que el solicitante de la autorización de reúso presente la "conformidad de interconexión" de sus instalaciones con la infraestructura del sistema de tratamiento¹⁵. Es decir, se requiere que el solicitante demuestre a la ANA que tiene un acuerdo con el titular del sistema de tratamiento, para realizar la conexión física que le permita captar el agua residual tratada directamente del sistema de tratamiento (antes de su disposición final o vertimiento).

Es muy importante resaltar que la norma citada en el párrafo anterior se refiere únicamente a una "conformidad de interconexión" y no a un acuerdo de venta o comercialización del agua. Esto se debe a que la disposición del agua residual tratada a favor del tercero, a través de la autorización de reúso, la realiza directamente la ANA y no el titular del sistema de tratamiento que carece de titularidad respecto de dicho recurso. Esto es exactamente igual para cualquier titular de sistemas de tratamiento, con prescindencia

de que se trata de una EPS o no. Naturalmente, si la interconexión requiere que la EPS incurra en costos, estos deberán ser adecuadamente retribuidos por el solicitante.

Es en este punto en el que las normas de los servicios de saneamiento y las de recursos hídricos, se encuentran. Como se ha visto, de acuerdo con la Ley de Saneamiento, las EPS (entidades con objeto específico), en principio, no pueden destinar el agua residual tratada a nada más que a la disposición final o vertimiento. Sin embargo, la Ley de Recursos Hídricos, regulando justamente el destino del agua residual tratada, permite que cualquier titular de una licencia de uso de agua, incluyendo las EPS, haga algo distinto con este recurso, esto es, que lo utilice para reúso, se trate o no de los mismos fines para los cuales fue otorgada la licencia. Complementando ello, el Reglamento de la Ley Recursos Hídricos, permite *entregar* el agua residual tratada (no venderla) para reúso a un tercero, pero siempre que se cumpla una condición *sine qua non*: que tal tercero tenga la correspondiente autorización de reúso otorgada por la ANA. Es decir, es la ANA quien dispone a quién se puede entregar el agua residual tratada y no la EPS.

4. La entrega de agua residual tratada de la EPS a un tercero titular de una autorización de reúso otorgada por la ANA no constituye comercialización

Como se ha visto en los acápites anteriores, como parte de los servicios de saneamiento a su cargo, las EPS únicamente están facultadas a distribuir o suministrar a terceros, agua potable. Eventualmente, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento, las EPS podrían reutilizar el agua tratada que generan, si y sólo si, la potabiliza y la vuelve a destinar al suministro de agua potable a sus usuarios de servicio público; pues esta es la única actividad de esa naturaleza (suministro de agua) que la EPS puede realizar conforme al marco legal que la regula.

Asimismo, las EPS podrían entregar a terceros el agua residual tratada, si es que aquellos cuentan con una autorización de reúso de aguas residuales otorgada por la ANA. Lo que las EPS no puede hacer bajo el marco legal vigente, es vender el agua residual tratada porque la Ley de Saneamiento se lo impide al establecer que dicha entidad puede

12 Artículo 79° de la Ley de Recursos Hídricos.

13 Artículo 82° de la Ley de Recursos Hídricos.

14 Artículo 149.3 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos.

15 Es importante mencionar que el 4 de marzo del 2006, cuando ya estaba vigente la Ley de Saneamiento, pero antes de la aprobación de la Ley de Recursos Hídricos, se publicó la Resolución Ministerial 49-2006-VIVIENDA, mediante la cual

dedicarse únicamente a la prestación de servicios de saneamiento; servicios que, como hemos visto, no incluyen el suministro, comercialización o distribución de agua residual tratada.

En este punto, es importante analizar las disposiciones de la Ley de Modernización de los servicios de saneamiento¹⁶ y su Reglamento¹⁷, pues es a partir de la vigencia de estas normas que determinadas EPS considerarían que están facultadas a comercializar agua residual tratada.

La Ley de Modernización tuvo su origen en el Proyecto de Ley 1293/2011-PE (el Proyecto), presentado al Congreso de la República por el Poder Ejecutivo el 25 de junio del 2012. El artículo 15° del Proyecto tenía el siguiente texto:

“De la gestión ambiental y de recursos hídricos

Los Prestadores de los Servicios de Saneamiento, promueven la implementación de tecnología de tratamiento de aguas residuales favorables al medio ambiente, evitando la contaminación de las fuentes receptoras de agua cumpliendo con los límites máximos permisibles y estándares de calidad ambiental aplicables, de acuerdo a Ley.

Los Prestadores de los Servicios de Saneamiento quedan facultados a comercializar los residuos sólidos generados en el proceso de tratamiento de aguas residuales, así como el agua residual tratada, con fines de reúso, cumpliendo con la normatividad vigente, y de acuerdo a los procedimientos que serán establecidos en el Reglamento de la presente Ley.

Las EPS deberán elaborar Planes de Adaptación al Cambio Climático, para lo cual contarán con la asistencia del OTASS.

La SUNASS, en coordinación con la EPS deberán incluir en la tarifa mecanismos de compensación destinados a promover la eficiencia en el uso del agua y el tratamiento de aguas residuales.”
(Subrayado agregado)

Como se puede apreciar, uno de los objetivos fundamentales de este artículo del Proyecto era ampliar el campo de actividades que la Ley de Saneamiento establece para las EPS, con el objetivo de permitirles generar mayores recursos y prestar mejores servicios de saneamiento¹⁸.

Nótese que el segundo párrafo utiliza la expresión “quedan facultados”, lo que refleja que antes de la eventual aprobación de lo que sería esta norma con rango de ley, las EPS no tenían (como en efecto hoy no tienen) facultades para realizar las actividades que se listan a continuación de dicha expresión. Estas actividades, de acuerdo con el Proyecto, son: (i) comercialización de los residuos sólidos generados en el proceso de tratamiento del agua residual; y (ii) comercialización del agua residual tratada, con fines de reúso. Dos actividades cuyos alcances están muy claros del texto del Proyecto.

La segunda actividad para la que el Proyecto otorgaba facultades a las EPS, les permite comercializar el agua tratada que genere en el desarrollo de sus actividades de saneamiento, con fines de reúso. Es decir de haberse aprobado el Proyecto tal y como fue planteado, habría sido indiscutible que las EPS podían cobrar a terceros por el agua tratada que se genera en sus plantas de tratamiento. Sin embargo, el Proyecto no fue aprobado con este texto, sino con uno que, para los efectos del análisis que estamos efectuando en este artículo, resulta sustancialmente distinto.

En efecto, el artículo 15° que se aprobó; es decir, el artículo 15° de la actualmente vigente Ley de Modernización (y no del Proyecto), señala:

“Gestión ambiental y de recursos hídricos

1. Los prestadores de servicios de saneamiento promueven la implementación de tecnología de tratamiento de aguas residuales favorables al ambiente, evitando la contaminación de las fuentes receptoras de agua cumpliendo con los límites máximos permisibles y estándares de calidad ambiental aplicables, de acuerdo a ley.

2. Los prestadores de servicios de saneamiento quedan facultados a comercializar los residuos sólidos generados en el proceso de tratamiento de agua para consumo humano y plantas de tratamiento de aguas residuales, así como el servicio de tratamiento de aguas residuales tratadas, con fines de reúso, cumpliendo con las normas vigentes y de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Reglamento de la presente Ley.

3. Las EPS deben elaborar planes de adaptación al cambio climático, para lo cual cuentan con la asistencia técnica del OTASS.

16 Ley No.30045, publicada el 29 de noviembre de 2013.

17 Aprobado por Decreto Supremo No. 15-2013-VIVIENDA.

18 Esta es una conclusión propia que se basa en: (i) que el objeto del Proyecto, según el artículo I de su Título Preliminar, señala: “La presente Ley tiene por objeto establecer medidas orientadas al incremento de la cobertura y al aseguramiento de la calidad y la sostenibilidad de los servicios de saneamiento a nivel nacional, promoviendo el desarrollo, la protección ambiental y la inclusión social”; y (ii) que el artículo 15° se encuentra en el Título II del Proyecto, titulado “Administración de los Servicios de Saneamiento”.

4. La SUNASS, en coordinación con las EPS, debe incluir en la tarifa mecanismos de compensación ambiental destinados a promover la eficiencia en el uso del agua y el tratamiento de aguas residuales.”(Subrayado agregado)

Es decir, aunque a primera vista no lo parecería, el artículo 15° del Proyecto sufrió un cambio significativo antes de convertirse en Ley. Este cambio está justamente en el segundo párrafo y está referido a las actividades que las EPS quedan facultadas a realizar, en adición a lo previsto en la Ley de Saneamiento.

En virtud del indicado cambio, las actividades adicionales que las EPS pueden desarrollar son: (i) la comercialización de los residuos sólidos generados en los procesos de potabilización y tratamiento de aguas residuales (no sólo en el proceso de tratamiento de aguas residuales, como lo señalaba el Proyecto); y (ii) la comercialización -o prestación- del servicio de tratamiento de aguas residuales (no la comercialización de agua residual tratada, como lo señalaba el Proyecto).

Este cambio entre el contenido del Proyecto y el de la Ley de Modernización es claro. El legislador decidió no ampliar las actividades que taxativamente pueden desarrollar las EPS, con la inclusión de la comercialización de agua tratada. En nuestra opinión, la exclusión de esta actividad respecto de lo propuesto en el Proyecto no deja lugar a dudas: La Ley de Modernización no faculta a las EPS a comercializar (vender a cualquier tercero) el agua tratada que generan en sus plantas de tratamiento.

En esa misma línea, la entrega del agua residual tratada por parte de las EPS a terceros no es una venta, sino simplemente una entrega que es posible -procede como alternativa a la disposición final de dicha agua a través de su vertimiento a una fuente natural- cuando los terceros cuentan con autorización de reúso otorgada por la ANA. Si tal autorización de reúso no existiera, las EPS estarían obligadas a verter el agua residual tratada.

Dicho todo lo anterior, es necesario ahora revisar qué dice el Reglamento de la Ley de Modernización, el cual tiene un rango normativo menor a ley.

5. El reglamento de la ley de modernización excede lo previsto en dicha norma en lo que se refiere a la comercialización de agua residual tratada

Como hemos visto, resulta claro que la Ley de Modernización no faculta a las EPS a comercializar el agua residual tratada. Sin embargo, el

Reglamento de dicha norma, en una redacción poco clara, sí prevé esa posibilidad, tal como vemos a continuación:

“Comercialización de agua residual tratada y residuos sólidos

Para efectos del presente Reglamento, entiéndase por aguas residuales tratadas para fines de reúso a las procesadas en sistemas de tratamiento según el fin para el que se destine la misma.

Del mismo modo, entiéndase como residuos sólidos a aquellas sustancias, productos o subproductos en estado sólidos o semisólidos generados en el proceso de tratamiento de agua para consumo humano y sistemas de tratamiento de aguas residuales.

Las EPS podrán comercializar el agua residual tratada y residuos sólidos generados por la infraestructura de tratamiento de agua potable y de aguas residuales, cumpliendo la normatividad sanitaria aplicable, mediante la suscripción de contratos como resultado de alguno de los siguientes procedimientos orientados a obtener el máximo beneficio para la EPS y la población:

- Invitación a ofertar:

Las EPS publicarán en su portal institucional y en un medio de prensa escrita a nivel local o nacional avisos de convocatoria para la presentación de ofertas para la comercialización de agua residual tratada para fines de reúso y lodos u otros residuos sólidos generados por las plantas de tratamiento de aguas residuales operadas por las EPS, respectivamente. Dichas convocatorias podrán ser referidas al íntegro o a una parte de los residuos sólidos generados por la infraestructura operada por la EPS, a todos o alguno de los tipos de residuos sólidos, o corresponder a una o más plantas de tratamiento.

En caso exista interés de más de un postor por una parte o el íntegro de determinado tipo de residuo, la EPS celebrará el contrato respectivo con aquel postor que ofrezca el mayor monto dinerario como contraprestación a favor de la EPS.

Las condiciones para la presentación de ofertas y condiciones centrales del contrato serán indicadas en el aviso de convocatoria respectiva, pudiendo contemplarse contraprestaciones no dinerarias a favor de la EPS.

- Venta directa:

Las EPS podrán negociar y suscribir contratos de suministro en forma directa, prescindiendo del procedimiento descrito precedentemente,

cuando el suministrado acredite que el recurso será utilizado en un proyecto o actividad previamente declarado de interés público por la entidad pública competente.

- Convenios de prestaciones recíprocas:

Alternativamente, las EPS pueden ejercer la iniciativa de proponer, o mantener si es que se encuentran vigentes, convenios de prestaciones recíprocas con personas jurídicas o naturales, que impliquen la entrega de determinados residuos del tratamiento a cambio de prestaciones en beneficio de las EPS o de la comunidad, siempre que haya razonable correspondencia entre los recursos entregados y los beneficios obtenidos. Los contratos o convenios podrán celebrarse por plazos mensuales, anuales u otros, con observancia de lo establecido en el Código Civil. Deberán considerar entre otras cláusulas, la obligación de los suministradores de obtener los permisos y autorizaciones que resulten necesarios para la ejecución de los contratos.

La vigencia efectiva de dichos contratos o convenios se encontrará condicionada a la obtención de la autorización de reuso del recurso por parte de la Autoridad Nacional del Agua - ANA.
(...)

Los contratos suscritos bajo el marco del presente artículo deberán enmarcarse en lo dispuesto por

la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-AG; así como, la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM.

Los contratos o convenios suscritos antes de la entrada vigencia de la presente norma continuarán vigentes y se regirán por las disposiciones acordadas por las partes.”(Subrayado agregado)¹⁹

Varios aspectos de este artículo merecen ser destacados. En primer lugar, claramente se refiere a la comercialización de agua residual tratada por parte de las EPS, a pesar de que eso, como hemos visto en los acápite precedentes, no tiene respaldo en la Ley de Modernización. Es decir, se trata de un aspecto reglamentario que claramente excede lo previsto en la norma legal que le sirve de sustento y que es, por lo tanto, ilegal.

Para entender cuál puede haber sido la causal de esta ilegalidad, podemos observar la similitud que existe entre el segundo párrafo del artículo 15° como estaba redactado en el Proyecto y el tercer párrafo del artículo 32° del Reglamento de la Ley de Modernización. En contraste con esta similitud, cabe mirar nuevamente lo señalado en el inciso 2 del artículo 15° de la Ley de Modernización tal y como fue aprobado y se encuentra vigente:

Artículo 15° del Proyecto	Artículo 32° del Reglamento de la Ley de Modernización	Artículo 15° de la Ley de Modernización
Los Prestadores de los Servicios de Saneamiento quedan facultados a <u>comercializar los residuos sólidos generados en el proceso de tratamiento de aguas residuales, así como el agua residual tratada, con fines de reuso, cumpliendo con la normatividad vigente, y de acuerdo a los procedimientos que serán establecidos en el Reglamento de la presente Ley</u>	Las EPS podrán <u>comercializar el agua residual tratada y residuos sólidos generados por la infraestructura de tratamiento de agua potable y de aguas residuales, cumpliendo la normatividad sanitaria aplicable, mediante la suscripción de contratos como resultado de alguno de los siguientes procedimientos orientados a obtener el máximo beneficio para la EPS y la población</u>	Los prestadores de servicios de saneamiento quedan facultados a <u>comercializar los residuos sólidos generados en el proceso de tratamiento de agua para consumo humano y plantas de tratamiento de aguas residuales, así como el servicio de tratamiento de aguas residuales tratadas, con fines de reuso, cumpliendo con las normas vigentes y de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Reglamento de la presente Ley.</u>

Como se puede apreciar, el artículo 32° del Reglamento de la Ley de Modernización guarda coherencia o se encuentra dentro de los alcances del artículo 15° de lo que fue el Proyecto, pero claramente excede lo previsto en el artículo 15° de la Ley. En nuestra opinión, esto implica que la disposición del Reglamento de la Ley de Modernización que faculta a las EPS a comercializar agua tratada, es ilegal.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo nace de la Constitución y, específicamente, del artículo 118° inciso 8, que establece que corresponde al Presidente de la República “ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”²⁰.

19 Artículo 32° del Reglamento de la Ley de Modernización.
20 El subrayado es nuestro.

Este precepto constitucional consagra el Principio de Primacía de la Ley y determina el carácter subordinado de los reglamentos. En el Derecho peruano no existe ningún ámbito que pertenezca exclusivamente al nivel reglamentario y en el que se puedan dictar este tipo de normas al margen o prescindiendo de lo que señala la ley que se está desarrollando. El Reglamento de la Ley de Saneamiento, por tanto, complementa dicha ley, pero no puede derogarla, suplirla, limitarla, excluirla y mucho menos superarla, porque eso implica su ilegalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, un segundo aspecto que cabe notar del artículo 32° del Reglamento de la Ley de Modernización, es que establece que los contratos que las EPS suscriban con terceros para la comercialización del agua residual tratada, deberán sujetarse a lo previsto en la Ley de Recursos Hídricos y su Reglamento. En nuestra opinión, esta remisión también deja claro que cualquier eventual contrato de comercialización de agua residual tratada por parte de la EPS, será nulo, en tanto implique venta y con ello transferencia de propiedad de dicha agua, sin una norma con rango de ley que lo respalde y yendo en contra de lo dispuesto en la Ley de Recursos Hídricos, que establece:

“Dominio y uso público sobre el agua

El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua.” (Subrayado agregado)²¹

Esta disposición de la Ley de Recursos Hídricos tiene, además, respaldo directo, en la Constitución, según el cual: “[l]os recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”²².

Este es un punto de gran relevancia porque la disposición del Reglamento de la Ley de Modernización que se refiere a la comercialización de agua residual tratada por parte de las EPS no sólo excede la norma legal que le sirve de sustento, sino, además, va directamente en contra de una norma con rango legal distinta y de la propia Constitución. El efecto práctico de esto es la nulidad de los contratos de comercialización de agua residual tratada por contravención a la ley, aún cuando el Reglamento de la Ley de Saneamiento se encuentre vigente.

Un tercer aspecto que también es importante destacar es que el artículo 32° del Reglamento de la Ley de Modernización tiene importantes inconsistencia en su propio texto. Así, por ejemplo, si bien se menciona expresamente la posibilidad de comercializar agua residual tratada, al momento de desarrollar los mecanismos para desarrollar esta actividad se observa que en la denominada “invitación a ofertar” se señala:

“Las EPS publicarán en su portal institucional y en un medio de prensa escrita a nivel local o nacional avisos de convocatoria para la presentación de ofertas para la comercialización de agua residual tratada para fines de reúso y lodos u otros residuos sólidos generados por las plantas de tratamiento de aguas residuales operadas por las EPS”

Sin embargo, en el resto de la norma no se vuelve a mencionar al agua residual tratada, lo que constituye una deficiencia importante y permite desconfiar de su legitimidad y de la verdadera intención del redactor de la disposición. En efecto, la norma citada, dentro del mismo mecanismo de oferta a terceros, continúa señalando:

“Dichas convocatorias podrán ser referidas al íntegro o a una parte de los residuos sólidos generados por la infraestructura operada por la EPS, a todos o alguno de los tipos de residuos sólidos, o corresponder a una o más plantas de tratamiento. En caso exista interés de más de un postor por una parte o el íntegro de determinado tipo de residuo, la EPS celebrará el contrato respectivo con aquel postor que ofrezca el mayor monto dinerario como contraprestación a favor de la EPS.” (Subrayado agregado)

Lo que no queda claro es cómo se procede en el caso de agua residual tratada, específicamente: ¿las convocatorias pueden estar referidas también a toda el agua que se genere o sólo a una parte? El resto del texto no ofrece claridad para superar esta omisión.

Lo mismo sucede con las modalidades de “venta directa” y “convenios de prestaciones recíprocas” también contenidas en el artículo 32° del Reglamento de la Ley de Modernización. En el primer caso, no se menciona al agua residual tratada ni a los residuos sólidos y en el segundo caso se menciona únicamente a los residuos del tratamiento:

“Venta directa:

Las EPS podrán negociar y suscribir contratos de suministro en forma directa, prescindiendo

21 Artículo 2° de la Ley de Recursos Hídricos.

22 Artículo 66° de la Constitución.

del procedimiento descrito precedentemente, cuando el suministrado acredite que el recurso será utilizado en un proyecto o actividad previamente declarado de interés público por la entidad pública competente.

Convenios de prestaciones recíprocas:

Alternativamente, las EPS pueden ejercer la iniciativa de proponer, o mantener si es que se encuentran vigentes, convenios de prestaciones recíprocas con personas jurídicas o naturales, que impliquen la entrega de determinados residuos del tratamiento a cambio de prestaciones en beneficio de las EPS o de la comunidad, siempre que haya razonable correspondencia entre los recursos entregados y los beneficios obtenidos. (Subrayado agregado)

Diversas preguntas surgen, siendo las principales: ¿es el agua residual tratada el “recurso” al que se refiere la modalidad de venta directa? ¿el agua residual tratada podría ser comercializada mediante convenios con prestaciones recíprocas? Nuevamente, se trata de importantes deficiencias para las cuales la norma no ofrece solución.

En nuestra opinión, estas inconsistencias generan problemas prácticos adicionales al de la ilegalidad de la norma y que son importantes incluso en el escenario en el que, pasando por alto dicha ilegalidad del artículo 32° del Reglamento de la Ley de Modernización, cualquier EPS pretenda vender agua residual tratada.

6. Conclusiones

De acuerdo a lo señalado, es posible concluir que:

- Las EPS tienen un ámbito de acción restringido a la prestación de los servicios públicos de saneamiento, la comercialización de residuos y la prestación del servicio de tratamiento de aguas residuales.
- Las EPS no tienen dentro de su ámbito de acción la comercialización de agua residual tratada.
- Sólo la ANA ejerce potestades administrativas respecto del agua residual tratada, por eso la reutilización por persona distinta al titular del sistema de tratamiento es posible únicamente previa autorización otorgada por dicha entidad.
- Para efectos de autorizar la reutilización de agua residual tratada, se requiere contar con un convenio de interconexión con el titular del sistema de tratamiento. En el marco de este convenio, la EPS podrá requerir el reconocimiento de los costos que demande la interconexión, pero no podrá vender el agua residual tratada.
- El régimen antes explicado tiene sustento en normas con rango de ley, por lo tanto, el Reglamento de la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento no puede modificarlo. ☒