

FENTAP



**FEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES
DEL AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DEL PERÚ**

Fundada el 22 de Marzo de 1,981 - Registrado Oficialmente 06 de Noviembre 1,985
Resol. Divisional N° 107 - D.V. ROS

Afiliado a: La Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP)
Internacional de Servicios Públicos (ISP)

Confederación de Trabajadores del Agua, Saneamiento y Ambiente de las Américas (CONTAGUAS)
GANADOR DEL PREMIO ISP: "Mejor Sindicato Mundial de los Servicios Públicos 2010"

Lima, 27 de enero del 2017.

OFICIO N° 002-2017/FENTAP-SITRASEL

Señor:

MIGUEL ANGEL TORRES MORALES

Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento

Presente.-

De nuestra mayor consideración:

La Federación Nacional de Trabajadores de Agua Potable y Alcantarillado del Perú – **FENTAP**, y el Sindicato de Trabajadores de **SEDAPAL – SITRASEL**, tenemos el agrado de dirigirnos a usted saludándolo muy cordialmente y a la vez hacer propicia la oportunidad para solicitarle que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú, que tan acertadamente usted preside, declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo N° 1240, que modifica la ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y el Decreto Legislativo N° 1280, que deroga la Ley N° 30045 y la Ley N° 26338.

Por vulnerar y lesionar la constitución de tal forma que la totalidad de su contenido está viciado de inconstitucionalidad.

Así como vulneran las normas que constituyen el bloque de constitucionalidad que está integrado principalmente:

- Por la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972,
- Por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867
- Por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158

También vulneran las siguientes normas:

- La Ley General de Sociedades, Ley N° 26887
- La Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N° 26338.

Este conjunto de vulneraciones infringidas, a las normas señaladas líneas arriba, por la Ley N° 30045, por el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280, lesionan abiertamente EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO al que tiene derecho todo ciudadano; así como vulneran la ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL ESTADO QUE LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE, al lesionar directamente al proceso de Descentralización que por mandato constitucional, es un proceso permanente y obligatorio.

36244

Rec. 1029

Jr. Iquique N°061 Breña Telefax: 424-8080

E-mail: fentapperu@yahoo.es - fentap@hotmail.com - Web: www.fentap.org.pe

"Defender el Agua es Defender la Vida"

FENTAP



**FEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES
DEL AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DEL PERÚ**

Fundada el 22 de Marzo de 1,981 - Registrado Oficialmente 06 de Noviembre 1,985

Resol. Divisional N° 107 - D.V. ROS

Afiliado a: La Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP)

Internacional de Servicios Públicos (ISP)

Confederación de Trabajadores del Agua, Saneamiento y Ambiente de las Américas (CONTAGUAS)


GANADOR DEL PREMIO ISP: "Mejor Sindicato Mundial de los Servicios Públicos 2010 "

Por lo antes manifestado, solicitamos a usted nos conceda una audiencia a la brevedad posible con la finalidad de sustentar el documento que adjuntamos al presente.


Atentamente,



LUIS ISARRA DELGADO
Presidente de la FENTAP



JOSEFINA GABRIEL ROSAS
Secretaria General FENTAP



LUIS TORI GENTILE
Secretario General adjunto - FENTAP

Jr. Iquique N°061 Breña Telefax: 424-8080

E-mail: fentapperu@yahoo.es - fentap@hotmail.com - Web: www.fentap.org.pe

"Defender el Agua es Defender la Vida"

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 30045, DECRETO LEGISLATIVO N° 1240 Y DECRETO LEGISLATIVO N° 1280 Y PEDIDO DE DEROGATORIA

Mediante el presente documento, sustentamos y solicitamos ante la Comisión de Constitución del Congreso de la República del Perú, dentro del proceso de revisión de los decretos legislativos publicados por el Ejecutivo, en el marco de la delegación de facultades legislativas otorgadas por el Congreso mediante la Ley N° 30506, la inconstitucionalidad y derogatoria de La Ley N° 30045, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de junio del 2013, el Decreto Legislativo N° 1240 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de septiembre del 2015 y del Decreto Legislativo N° 1280 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de diciembre del 2016.

Las mencionadas normas vulneran derechos fundamentales y constitucionales relativos al agua potable y salubridad a la que tiene derecho todo ciudadano. Asimismo, lesionan la estructura del Estado ya que la Constitución consagra en el Título IV a la Descentralización con carácter Constitucional en el capítulo XV de la misma.

Al respecto, los artículos de la constitución que se encontrarían siendo vulnerados por dichas normas serían los artículos 188°, 189°, 194° y 195°. Estos artículos están referidos a las competencias de los Gobiernos Regionales y Locales, como:

- El art. 58 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales;
- El numeral 29 del art. 9 de la Ley 27972 de la Ley de Municipalidades, así como los artículos 56, 59 y 80 de la misma;
- El art. 18 de la ley de Saneamiento 26338;
- Los siguientes de la Ley General de Sociedades Ley 26887. Art.. 111, 114, 115 y 153,
- El art. 44 de la Ley orgánica del Poder Ejecutivo

I. PEDIDO

Que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú, declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 30045, Ley de modernización de los servicios de saneamiento, Decreto Legislativo N° 1240, que modifica la ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y el Decreto Legislativo N° 1280, que deroga la Ley N° 30045 y la Ley N° 26338.

Por vulnerar y lesionar la constitución de tal forma que la totalidad de su contenido está viciado de inconstitucionalidad;

Así como vulneran las normas que constituyen el bloque de constitucionalidad que está integrado principalmente:

- Por la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972,
- Por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° N° 27867
- Por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158

También vulneran las siguientes normas:

- La Ley General de Sociedades, Ley N° 26887
- La Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N° 26338.

Este conjunto de vulneraciones infringidas, a las normas señaladas líneas arriba, por la Ley N° 30045, por el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280, lesionan abiertamente EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO al que tiene derecho todo ciudadano; así como vulneran la ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL ESTADO QUE LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE, al lesionar directamente al proceso de Descentralización que por mandato constitucional, es un proceso permanente y obligatorio.

II. ANTECEDENTES:

El martes 18 de junio del 2013 se publicó en el diario oficial "el Peruano" la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Ley N° 30045, sin previa consulta con los usuarios del servicio, de los Gobiernos Regionales, ni Gobiernos locales involucrados; tampoco se comunicó de tal hecho a los gremios del sector.

Con posterioridad, el ejecutivo al amparo de las facultades delegadas que le otorgo la Ley N° 30335 de legislar en materia administrativa económica y financiera, a efectos de entre otros, establecer medidas para el fortalecimiento de la rectoría en saneamiento y asegurar la sostenibilidad de los recursos hídricos conforme lo señala el literal e) del artículo 2 de la mencionada ley, promulgó el Decreto Legislativo N° 1240, publicado en el diario oficial el Peruano el 26 de setiembre del 2015, y en su literal e) precisó textualmente.

"e) Establecer medidas que promuevan el acceso a la vivienda y a la formalización de la propiedad; así como fortalecer la rectoría en saneamiento con la finalidad de fomentar, modernizar, racionalizar y optimizar la infraestructura y los servicios de saneamiento y asegurar la sostenibilidad de los recursos hídricos. Así como otorgar incentivos fiscales para promover los fondos de inversión en bienes inmobiliarios, el arrendamiento de inmuebles para vivienda e impulsar el desarrollo del mercado de factoring.

Las normas a ser emitidas en el marco de lo dispuesto en la presente Ley, aseguran el cumplimiento de lo previsto en los artículos 104 y 101 inciso 4, y demás concordantes del texto constitucional y la jurisprudencia que al respecto ha emitido el Tribunal Constitucional"¹ (Subrayado nuestro)

El ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N° 1280, al amparo de las facultades delegadas por el Congreso mediante la Ley N° 30506, publicado el 9 de octubre de 2016, en materia de agua y saneamiento, establecidos en el Art. 2°, numeral 4) Legislar en materia de agua y saneamiento a fin de:

¹ Literal de la Ley 30335.

"a) Establecer medidas que permitan fortalecer las funciones y actividades del organismo regulador y de las entidades involucradas con la prestación de los servicios de saneamiento. A efectos de fortalecer las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, los propietarios de las empresas deben ser integrados progresivamente a su directorio como fecha máxima a partir del tercer año del proceso de apoyo transitorio, garantizando y promoviendo un efectivo proceso de descentralización en el país.

b) Modernizar y fortalecer la gestión de las entidades prestadoras de servicios de agua y saneamiento, la infraestructura y los servicios de saneamiento, así como modificar el marco legal sobre gestión integral de los residuos sólidos, bajo un enfoque de sostenibilidad con la finalidad de asegurar su calidad y continuidad.

c) Promover, facilitar, optimizar, ampliar y agilizar las inversiones públicas en agua y saneamiento y público-privadas en tratamiento de agua, garantizando la continuidad de las empresas públicas que prestan estos servicios e incluyendo mecanismos con el objetivo de apoyar la ejecución de la política del sector y simplificar la ejecución de proyectos en saneamiento, así como agilizar el procedimiento de expropiación de terrenos para la ejecución de proyectos de saneamiento conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú. Dichas medidas no deberán restringir las competencias y atribuciones del Sistema Nacional de Control otorgadas por la Constitución Política del Perú y su ley orgánica."²

III. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE SE PRESENTA POR AFECTAR EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, VIOLACIÓN EXPRESA A LA JERARQUÍA NORMATIVA Y A LA COMPETENCIA.

Si el gobierno pretendía conforme lo ha manifestado en la Ley N° 30335:

"Fortalecer la rectoría en saneamiento con la finalidad de fomentar, modernizar, racionalizar y optimizar la infraestructura y los servicios de saneamiento y asegurar la sostenibilidad de los recursos hídricos."

Así como con la Ley N° 30506:

a) "A efectos de fortalecer las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, los propietarios de las empresas deben ser integrados progresivamente a su directorio como fecha máxima a partir del tercer año del proceso de apoyo transitorio, garantizando y promoviendo un efectivo proceso de descentralización en el país. (Subrayado nuestro)

b) "Modernizar y fortalecer la gestión de las entidades prestadoras de servicios de agua y saneamiento, la infraestructura y los servicios de saneamiento"

c) "Promover, facilitar, optimizar, ampliar y agilizar las inversiones públicas en agua y saneamiento y público-privadas en tratamiento de agua, garantizando la continuidad de las empresas públicas"

² Literal de la Ley 30506

que prestan estos servicios e incluyendo mecanismos con el objetivo de apoyar la ejecución de la política del sector y simplificar la ejecución de proyectos en saneamiento” (Subrayado nuestro)

Debía hacerlo sin lesionar la Constitución y conforme a ella, así ambas normas en su proceso de gestación debieron de respetar lo establecido tanto en el artículo 101 numeral 4, como en el artículo 104, que establecen que son indelegables las materias relativas a Reforma Constitucional, las de Aprobación de Tratados Internacionales, Leyes Orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

Esto es, un Decreto Legislativo no puede modificar, ni la constitución, que regula la estructura del estado ni el proceso de descentralización que la constitución establece, ni tampoco leyes orgánicas por ser el Decreto Legislativo una norma de menor jerarquía.

Se debió respetar la estructura normativa conforme lo establece en el artículo 51 de la Constitución. De tal forma que una norma de menor jerarquía no pueda modificar una de mayor rango, así una ley no puede modificar la constitución, menos un Decreto Legislativo tampoco una Ley Orgánica, que es una ley que se aprueba con mayoría calificada por el Congreso de la República y al que la Constitución le ha reservado para su aprobación el ámbito de competencia al Poder Legislativo y no el del Ejecutivo.

En este caso estamos precisamente ante tres normas que trasgreden derechos fundamentales que la constitución consagra, como son el derecho al agua y al saneamiento por cuanto si bien es cierto que literalmente no los encontramos taxativamente en los numerales que el artículo segundo que la Constitución establece como tales, el artículo tercero de la misma al considerar:

3.1 DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS O INNOMINADOS.

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de la soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho, y de la forma republicana de gobierno. (Art. 3° de la Constitución)

En este mismo orden de ideas el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 6546, del año 2006, estableció que el agua potable en el Perú es un derecho constitucional no enumerado conforme a lo establecido en el artículo 3°, de la constitución, precisando, “En el caso específico del derecho al agua potable considero que aunque dicho atributo no se encuentra consagrado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental ...”

Tratándose de un derecho constitucional cualquier modificación legislativa tiene que hacerse necesariamente respetando el mandato constitucional y el estado democrático de derecho.

3.2 ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES QUE SON VULNERADOS TANTO POR LA LEY N° 30045, POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1240 Y DECRETO LEGISLATIVO N° 1280, QUE VICIAN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU INTEGRIDAD ESTAS NORMAS.

- Artículo N° 66, de la constitución, sobre recursos naturales.

“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 a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

Pese a referirse a la gestión de recursos hídricos y saneamiento, el Ejecutivo emite el Decreto Legislativo N° 1240 y N° 1280, no respetando la disposición constitucional que establece que las condiciones de utilización y concesión solo puede realizarse por ley orgánica.

- Artículo N° 194, de la constitución establece que:

“las municipalidades Provinciales y Distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia...” (Subrayado nuestro)

- Artículo N° 195, que establece y define con rigurosidad jurídica las competencias de las Municipalidades Provinciales respecto a los servicios de saneamiento en su ámbito, del modo siguiente:

“Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local y la prestación de los servicios de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo” (Subrayado nuestro)

Son competentes para:.....

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos de su responsabilidad (Subrayado nuestro)

(...)

8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley. (Subrayado nuestro)

- Artículo N° 51, que establece que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. (Subrayado nuestro)

Las leyes que se dicten sobre la materia de agua potable y saneamiento no pueden contravenir ni pretender modificar normas constitucionales que se regulan por los principios de primacía de la Constitución y Jerarquía normativa, tampoco se puede contravenir normas que son parte integrante del Bloque Constitucional sobre la materia, que son base y sustento del estado democrático de derecho.

3.3 VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS CUANDO SE REFORMA LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA DE DESCENTRALIZACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY DE REFORMA DE CONSTITUCIONAL (LEY N° 27680) DEL CAPÍTULO XIV DEL TÍTULO IV, QUE ESTABLECE EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN COMO FUNDAMENTO DEL ESTADO UNITARIO.

- Artículo N° 188 de la Constitución, que textualmente señala que:

“La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales. Los Poderes del Estado y los Organismos Autónomos así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley” (subrayado nuestro)

Tal como se lee, si bien este artículo de la Constitución establece que el proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada; también establece con claridad que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado de carácter obligatorio. Lo que quiere decir, que la descentralización es un proceso integral e irreversible hacia adelante como lo establece también la Ley de Bases de la Descentralización. Cualquier Ley o Decreto Legislativo que son normas de menor jerarquía que una Ley Orgánica y que apunte en sentido contrario a la descentralización - de hecho - es una norma anticonstitucional

3.4 VULNERACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES (LEY N° 27972)

- Artículo N° 9 referido a las ATRIBUCIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL, en el numeral 29, se establece que corresponde al concejo municipal:
“Aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales” (Subrayado nuestro).
- Artículo N° 56 referido a los BIENES DE PROPIEDAD MUNICIPAL, en el numeral 1, se establece que son bienes de las municipalidades:
“Los bienes inmuebles y muebles de uso público destinados a los servicios públicos locales”. (Subrayado nuestro)
- Artículo N° 59, referido a la DISPOSICIÓN DE BIENES MUNICIPALES, establece que:
“Los bienes municipales pueden ser transferidos, concesionados en uso o explotación, arrendados o modificado su estado de posesión o propiedad mediante cualquier otra modalidad, por acuerdo del concejo municipal”. (Subrayado nuestro)
- Artículo N° 80 referido al SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD, en el inciso 2 se establece las funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:
“Administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando por economías de escala resulte eficiente centralizar provincialmente el servicio....”

... Los procesos de concesión son ejecutados por las municipalidades provinciales del cercado y son coordinados con los órganos nacionales de promoción de la inversión, que ejercen labores de asesoramiento. (Subrayado nuestro)

2.1. Proveer los servicios de saneamiento rural cuando éstos no puedan ser atendidos por las municipalidades distritales o las de los centros poblados rurales, y coordinar con ellas para la realización de campañas de control de epidemias y sanidad animal.

En el mismo artículo en el inciso 4 se establece las Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales

4.1 Administrar y reglamentar, directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando esté en capacidad de hacerlo. (Subrayado nuestro)

4.2 Proveer los servicios de saneamiento rural y coordinar con las municipalidades de centros poblados para la realización de campañas de control de epidemias y control de sanidad animal.

Vistos artículos de la Ley Orgánica de Municipalidades, que tiene rango constitucional, es fácil deducir que por mandato se establece que son atribuciones de las municipalidades provinciales "Aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales", así como respecto al **SANEAMIENTO, SALUBRIDAD Y SALUD**, se establece que su función específica es "Administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe", sino que las municipalidades son propietarias de los (muebles e inmuebles) que se utilizan en los servicios de saneamiento.

De todo ello, se desprende de manera explícita y con la claridad suficiente que los municipios son las únicas instancias gubernamentales que tienen el derecho de otorgar el derecho de explotación y el derecho de capacidad concedente la EPS sean estas públicas, privadas o mixtas. **Trasgredir este mandato es lesionar abiertamente la Ley Orgánica de Municipalidades que con premeditación realiza la ley N° 30045, el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280, ya que el MCVS y la OTASS, no tienen este derecho por mandato constitucional.**

3.5 VULNERACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO, LEY N° 29158

Esta es otra Ley Orgánica que es lesionada por la ley N° 30045, el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280 normas de menor jerarquía, pasando a destacar los principales artículos que son colisionados.

- Artículo VI. Principio de la Competencia, que establece:

“Que el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias **sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por otros niveles de gobierno**” (Subrayado nuestro)

Dicho en otras palabras, las competencias del Poder Ejecutivo terminan cuando comienzan o cuando los gobiernos regionales y locales ejercen sus competencias que les han sido transferidas por mandato constitucional. No pudiendo modificarse el mandato constitucional que otorga competencia a los gobiernos regionales y municipales con una ley ordinaria que es una norma de menor jerarquía que la constitución y que una ley orgánica.

- Artículo N° 44, ENTES RECTORES

“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”.

Ello significa, que de una lectura adecuada y correcta del Artículo N° 44, se establece que:

“El Poder Ejecutivo se reserva su condición de ente rector para los diferentes sistemas, constituyéndose en autoridad técnico-administrativa a nivel nacional, pudiendo dictar normas y establecer procedimientos relacionados con su ámbito, coordinar la operación técnica y responsabilizándose de su correcto funcionamiento. Sin embargo, esta competencia del Poder Ejecutivo pierde vigencia, cuando se produce la transferencia de competencias sectoriales, en este caso de saneamiento, a favor de los gobiernos locales”. (Subrayado nuestro)

Por lo tanto, no corresponde al MVCS Ejecutar políticas nacionales y acciones sectoriales del Sector Saneamiento en los ámbitos provinciales, ya que es una competencia exclusiva de los Municipios provinciales como establece la Constitución. Hacer o imponer lo que establece la Ley N° 30045, el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280, implica colisionar abiertamente con la Ley Orgánica de Municipalidades. Además, una Ley o Decreto legislativo no puede modificar una Ley Orgánica.

3.6 VULNERACIÓN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES, Ley N° 26887 que es una ley especial que regula la marcha de las sociedades como personas jurídicas y que es vulnerada por la Ley N° 30045, Decreto Legislativo N° 1240 y N° 1280. Como sabemos las leyes especiales que regulan sobre una determinada materia prevalecen sobre las leyes generales o leyes especiales que regulan materias distintas como es el caso.

Veamos los artículos de la Ley N° 26887 y que están referidos a los órganos de Gobierno de la sociedad anónima y a la Junta General de Accionistas

- Artículo 111.- Concepto

“La Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la

mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general” (Subrayado nuestro)

Cualquier empresario o cualquier ciudadano mínimamente informado, sabe que al establecerse que la Junta General de Accionistas es el Órgano Supremo de la Sociedad Anónima, este tiene la potestad de elegir al conjunto del Directorio de la empresa, tal como está establecido en el siguiente artículo.

- Artículo 114.- Junta Obligatoria Anual

La junta general se reúne obligatoriamente cuando menos una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico. Tiene por objeto:

1. Pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior.
2. Resolver sobre la aplicación de las utilidades, si las hubiere;
3. Elegir cuando corresponda a los miembros del directorio y fijar su retribución (Subrayado nuestro)
4. Designar o delegar en el directorio la designación de los auditores externos, cuando corresponda; y
5. Resolver sobre los demás asuntos que le sean propios conforme al estatuto y sobre cualquier otro consignado en la convocatoria.

Para desconocer el contenido y letra de estos artículos de la de la Ley N° 26887, el gobierno reduce a la Ley General de Sociedades a una ley supletoria o accesorio. Con este artificio legal se vulnera abiertamente las competencias de las Municipalidades respecto a la Administración y Gestión de las EPS.

En otras palabras, la distorsión de la Ley General de Sociedades está orientada a cercenar las competencias, atribuciones y los mandatos de la Junta General de Accionistas, así como la participación que en estas tienen los representantes de las Municipalidades que les otorga una ley de mayor jerarquía como una ley orgánica. y por tanto, colisiona con la Ley Orgánica de Municipalidades

Cuando una ley trasgrede premeditadamente la Constitución también trasgrede los preceptos constitucionales que están diseñados como principios para establecer el orden jurídico jerárquico.

IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 30045, DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1240 Y DECRETO LEGISLATIVO N° 1280.

Veamos los artículos de cada una de las normas que llevan a la inconstitucionalidad de las mismas.

4.1 ¿POR QUÉ ES INCONSTITUCIONAL LA LEY N° 30045?

Veamos los principales artículos de la Ley N° 30045, que trasgreden la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades, las leyes que conforman el Bloque de Constitucionalidad y la Ley General de Sociedades Anónimas:

Artículo N° 4, que está referido al objeto y funciones, donde el Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS) del MVCS se otorga asimismo un conjunto de funciones de carácter integral y admirativo sobre las Empresas Prestadoras de Servicios (EPS), que termina remplazando o menoscabando las funciones que solo le compete a la Junta General de Accionistas que establece la Ley General de Sociedades, que como sabemos es el máximo Órgano de gobierno de la Sociedad Anónima.

El artículo N° 4, también lesiona el artículo N° 195 de la Constitución que establece que los Municipios tienen la competencia para "Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos de su responsabilidad". Este mandato constitucional (organizar, reglamentar y administrar) no ha sido otorgado ni al Poder Ejecutivo ni mucho menos al MVCS (OTASS), si no a los Municipios Provinciales y distritales.

Del mismo modo, lesiona al Ley Orgánica de Municipalidades que en su artículo N° 80 establece que entre sus funciones específicas compartidas esta: "Administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe..."

Para aquilatar estas trasgresiones del artículo N° 4 veamos - entre otras- las funciones que se otorga asimismo la OTASS y que son las siguientes: Formular las normas relacionadas con la composición de los directorios, que es una función que solo corresponde a la Junta General de Accionistas tal como establece la Ley General de sociedades Anónimas, así como la función de elegir a los miembros de los Directorios y Gerentes de las EPS cuando están el régimen de Apoyo Transitorio, que es también función de la Junta General de Accionistas.

Artículo N° 12, que está referido a la administración de las EPS, donde se establece que los directores y gerentes de las EPS son designados conforme a los requisitos, procedimientos, plazos y de más reglas que para el efecto prueba el OTASS (MVCS). Nuevamente con este artículo N° 12 se le otorga a la OTASS una función (la de administrar) que por mandato constitucional solo le corresponde a los Municipios.

Artículo N° 19, que introduce la calificación de las EPS según el resultado del proceso de evaluación. Con este artículo se establece tres categorías de EPS, que no han sido establecidas ni por la Constitución ni por la Ley Orgánica de Municipalidades, menoscabando las funciones de la Junta General de Accionistas (léase Municipios), que son las instancias que deciden la forma de organización y administración; y que procesa al mismo tiempo, la evaluación de cada EPS que debe responder a las particularidades de cada ámbito. Por tanto, también lesiona la Ley Orgánica de Municipalidades al ser los municipios marginados de este proceso de calificación y evaluación. Con el agravante de que será el Consejo Directivo de la OTASS (conformada tan solo por tres

miembros), los que evaluarán según los parámetros del MVCS y será la instancia que aprobara en que categoría que se ubicara cada EPS.

Artículos N° 22, 23, 24 y 26, referidos a la creación de un Régimen de Apoyo Transitorio (RAT) que constituye un régimen de excepción de carácter intervencionista y corte autoritario, donde quedan suspendidos los derechos y atribuciones de la Junta General de Accionistas o de la Junta de Socios.

También establece que la OTASS, puede hacer en el marco RAT hacer lo que considere conveniente interviniendo de manera directa respecto a su administración y organización, como remover de sus cargos a los directores y gerentes que estén ejerciendo dichas funciones hasta antes de pasar al Régimen de Apoyo Transitorio y nombrar en su remplazo a nuevos directores y gerentes que se ubiquen dentro el perfil que requiere la OTASS, los cuales también pueden ser removidos por el mismo organismo cuando considere conveniente.

A la vista se puede afirmar que este régimen de excepción (RAT) trasgrede abiertamente la Constitución y las leyes que conforman el Bloque de Constitucionalidad, dentro las cuales se encuentra la Ley Orgánica de Municipalidades

Disposición Complementaria Modificatoria que está referida a la composición de los directorios de las EPS.

A través de esta disposición se modifica el artículo 20 de la Ley General de Servicios de Saneamiento (Ley N° 26388), el cual establece que la Junta General de Accionistas es el organismo encargado según ley de nombrar o remover a los miembros que conforman el Directorio de la EPS (6 miembros) quienes se desenvuelven en representación de los Municipios. Con este artículo se mutila las atribuciones de la Junta General de Accionistas que establece la ley de sociedades

4.2 ¿POR QUÉ ES INCONSTITUCIONAL EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1240?

Veamos los principales artículos de este Decreto Legislativo N° 1240 que modifica la Ley General de Modernización de los Servicios de Saneamiento (Ley N° 26388) y La Ley de modernización de los servicios de Saneamiento (Ley N° 30045); Decreto Legislativo que trasgrede la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades, las leyes que conforman el Bloque de Constitucionalidad y la Ley General de sociedades.

Artículo N° 4 (artículo modificado de la Ley N° 26388), referido al Rol del Estado en materia de saneamiento, donde se establece que el MVCS tiene potestad concedente y de ejecutar, que según la Ley Orgánica de Municipalidades, establece que esta potestad es atribución exclusiva de los Municipios y la ejecución también corre a cargo de los municipios bajo su responsabilidad.

Artículo N° 7 (artículo modificado de la Ley N° 26388) que está referido al explotación de los servicios estableciendo que los contratos de explotación también pueden ser celebrados por el Gobierno Nacional (léase MVCS- OTASS), cuando según la Ley Orgánica de Municipalidades, se establece que solo pueden celebrar este tipo contratos de explotación los Municipios en tanto que

son los propietarios de los bienes y son los encargados de organizar y administrar el servicios público de saneamiento en su respectivos ámbitos. Dicho en otros términos, el MVCS, no puede entregar en explotación ni en concesión los bienes (muebles e inmuebles) de uso público y que son bienes que no le pertenecen sino que pertenecen a los Municipios.

Artículo N° 8 (artículo modificado de la Ley N° 26388) que está referido al Ente Rector (MVCS) del servicio de saneamiento, estableciéndose que **"el ejercicio de la potestad de concedente no solo es atribución del municipio, sino también del Ente Rector.**

Artículo N° 19-A (artículo que se incorpora a la Ley N° 26388), referido a las Atribuciones de la Junta General de Accionistas, donde se establece que la Junta General de Accionistas se rigen por normas sectoriales y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

Al amparo de esta modificación establece que la Junta General de Accionistas (de un total de 5 directores para EPS grandes) solo puede elegir dos representantes al directorio, mientras que los otros tres los nombra o los impone el MVCS-OTASS pasando al control y mando del directorio (con el agravante de que no es su atribución).

Artículo N° 21-A (artículo que se incorpora a la Ley N° 26388) que está referido a la remoción y vacancia e los directores de una EPS, donde se establece que la Junta General de Accionistas solo puede remover a los dos directores que nombro no pudiendo remover a los directores que nombra o impone el MVCS- OTASS

Artículo N° 21-B (artículo que se incorpora a la Ley N° 26388) que está referido a las atribuciones del directorio, donde nuevamente se estable que las atribuciones del directorio se rigen por normas sectoriales y supletoria- mente por lo dispuesto en la Ley N° 26887, Ley General de sociedades.

Artículo N° 4 (artículo modificado de la Ley N° 30045) referido a al objeto y funciones, estableciendo que ahora en adelante, el OTASS es el encargado de ejecutar la política del Ente Rector en materia de administración de los servicios de saneamiento en las EPS. Esta norma establece que el MVCS - OTASS deja de ser un ente técnico normativo para convertirse un ente ejecutor - administrativo de las políticas de saneamiento que se implementen en las EPS y contraviene abiertamente a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Artículos N° 23, 24 y 26 (artículos modificados de la Ley N° 30045) que están referidos a la imposición de un régimen de Apoyo Transitorio (RAT) que a su vez es un régimen de excepción de carácter intervencionista y corte autoritario, donde quedan suspendidos los derechos y atribuciones de la Junta General de Accionistas o de la Junta de Socios.

Artículo N° 4-A (artículo que se incorpora a la Ley N° 30045) que está referido al Potestad Sancionadora de la OTASS.

4.3 ¿POR QUÉ ES INCONSTITUCIONAL EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1280?

Veamos los principales artículos del Decreto legislativo N° 1280, que deroga la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, excepto el artículo 3; Decreto Legislativo que trasgrede la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades, las leyes que conforman el Bloque de Constitucionalidad y la Ley General de sociedades.

Artículo N° 8, que está referido a las competencias del OTASS, estableciendo por objetivo no solo el promover la política del Ente rector en materia de gestión y administración de la prestación de los servicios de saneamiento, sino que además se hace de ejecutar estas políticas. Manteniendo lo establecido en el art. N° 4 del D. Leg. 1240, con lo cual éste organismo deja de ser solo un ente técnico normativo para convertirse en un ente ejecutor, contraviene abiertamente a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Artículo N° 18, que está referido a la prohibición y efectos de la desintegración o escisión, se pretende imponer una norma de menor jerarquía a lo establecido por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, donde se ha normado sobre el particular en el Título III ESCISIÓN.

Artículo N° 48, que está referido al régimen legal especial, donde se establece que “las empresas prestadoras públicas de accionariado municipal se rige por el régimen legal especial societario establecido en la presente Ley, sujetándose asimismo a lo dispuesto en su reglamento, normas sectoriales y supletoriamente por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.” (Subrayado nuestro). Esta disposición establece un régimen legal especial que no está dentro del alcance de las facultades delegadas y pretende normar sobre normas de mayor jerarquía como la Ley N° 26887.

Artículo N° 50, que está referido a las atribuciones de la Junta General de Accionistas, donde éstas se sujetan a “las demás que establezca la presente Ley, su Reglamento, las normas sectoriales y supletoriamente la Ley N° 26887, Ley general de Sociedades.”, con esta facultada el D. Leg. 1280 recompone la composición del Directorio de las empresas prestadoras de servicios, pasando de cinco (5) Directores a tres (3), minimizando la participación de los Gobiernos Locales de dos (2) a un (1) director, con el agravante de que solo puede remover al director elegido por la Junta General de Accionistas. Con esta disposición se restringe las atribuciones de la Ley N° 26886 y por su aplicación supletoria, sino que además la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento.

Artículos N° 52, 53, 54, 55, 56, 57, que están referido a la conformación del Directorio, elección, designación, remoción y vacancia, atribuciones y responsabilidades, las mismas que están sujetas a lo que se establezca en el Reglamento, normas sectoriales y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades. Se reestructura la composición del Directorio de

cinco (5) miembros a tres (3) miembros, minimizando la participación de la representación de las municipalidades. Pretendiendo imponer de este modo una norma, sobre lo establecido en una de mayor jerarquía como la Ley N° 26887 y la Ley N° 26338.

Artículo N° 80, que está referido a las funciones del OTASS, donde se establece la función de promover, planificar y ejecutar la integración de los servicios de saneamiento, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley y su Reglamento." (Subrayado nuestro). Así como el de contratar servicios de terceros especializados para las Empresas Prestadora. Esta norma vulnera lo establecido en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades Art. 80, que establece que entre sus funciones específicas compartidas el de "Administrar y Reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe..."

Artículo N° 90, que está referido a la clasificación de las empresas de acuerdo con el resultado del proceso de evaluación, lo cual no está establecido ni por la Constitución, ni por la Ley Orgánica de Municipalidades y ni por la Ley General de Servicios de Saneamiento. Con el agravante de que el D. Leg. N° 1280 establece los causales para la intervención del Régimen de Apoyo Transitorio.

Artículos N° 94, 95, 96, que están referidos a la creación del Régimen de Apoyo Transitorio (RAT) a cargo del OTASS, artículos N° 97, 98, 99, 100, 101, 102, referidos a la aplicación del RAT, artículos N° 103, 104, referidos a la gestión en las empresas prestadoras incorporadas al RAT y régimen concursal, estos artículos constituyen un régimen de excepción de carácter intervencionista y de corte autoritario y centralista, donde el ente rector, crea un organismo como el OTASS para intervenir directamente en la gestión de las Empresas prestadoras de carácter municipal, aplicando el RAT, con lo cual designa a los Directores, Gerentes, tipo de administración por terceros y/o mediante Asociaciones Público-Privadas, donde los Municipios Provinciales, pierden su representación infringiendo la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley General de Servicios de Saneamiento y La Ley general de Sociedades. Atentando contra el proceso de fortalecimiento de la descentralización establecido constitucionalmente.

Estos artículos, transgreden abiertamente la Constitución y las leyes que conforman el Bloque de Constitucionalidad, dentro de los cuales se encuentra la Ley Orgánica de Municipalidades.

Artículo N° 110, que está referido a la facultad de las municipalidades provinciales en la promoción de la inversión privada en los servicios de saneamiento, donde precisa que "conforme lo establezcan las normas aplicables en materia de promoción de la inversión privada y supletoriamente la presente Ley y su Reglamento.", como se puede apreciar esta norma deja abierta la aplicación supletoria al Reglamento del D. Leg. N° 1280, subordinando las normas aplicables en materia de promoción de la inversión privada definido en la Ley Orgánica de Municipalidades en el artículo 32.- Modalidades para la prestación de servicios y artículo 33.- Otorgamiento de Concesión, en concordancia con el artículo 73 de la Constitución Política y en la Ley General de Saneamiento, Título VI, de la participación del sector privado, artículos N° 45, 46 y 47.

Disposiciones complementarias finales, SEGUNDA, que está referido a la titularidad del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en proyectos de tratamiento de aguas residuales, esta norma establece que el Ministerio pueda ejercer el rol de concedente de los servicios establecidos en el artículo 2° numeral 3., referido a los servicios de tratamiento de aguas residuales para disposición final o reúso. Esta norma vulnera lo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que esta potestad es una atribución exclusiva de los Municipios y la ejecución también corre a cargo de los municipios bajo su responsabilidad.

Disposiciones complementarias finales, VIGÉSIMA PRIMERA, que está referido a la composición del directorio de las empresas prestadoras de servicios de saneamiento en Procedimiento Concursal, esta norma de menor jerarquía pretende imponer la presencia en los Directorios de las empresas prestadoras una participación mayoritaria, contraviniendo lo establecido en la Ley N° 27809, donde la máxima autoridad la constituye la Junta de Acreedores y son quienes define la composición del Directorio, no pudiendo otorgarse al Ministerio de Vivienda, una facultad contraria a lo establecido en la Ley general del sistema concursal.

Disposiciones complementarias transitorias, NOVENA, que está referido a la formulación y ejecución de proyectos de inversión en agua y saneamiento en el ámbito de responsabilidad de SEDAPAL, para lo cual se establece la creación de la Unidad Ejecutora "Agua para Lima y Callao", esta disposición atenta contra la autonomía administrativa, económica y financiera de la Empresa Pública de Derecho Privado SEDAPAL, en el ámbito del FONAFE, cuya máxima autoridad es la Junta Empresarial, en concordancia con la Ley General de Sociedad, quienes definen el futuro empresarial.

4.4 CONCLUSIONES NECESARIAS

En medio del desarrollo de la sustentación de inconstitucionalidad que proponemos nos parece oportuno y adecuado arribar a dos conclusiones:

La primera, es necesario señalar con certeza, fuerza y convicción que las Municipalidades Provinciales en el marco de su autonomía otorgada por mandato constitucional tienen la competencia otorgada también por mandato constitucional para: "Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos de su responsabilidad; y por eso, deben desarrollar y regular las actividades y/servicios, entre otros en materia de saneamiento".

En otras palabras, lo que está estableciendo la Constitución es que el **Municipio Provincial es el órgano de gobierno y no otro (ni regional ni nacional)**, el que tiene por mandato constitucional hacerse a cargo de la conducción bajo su responsabilidad de los servicios de saneamiento (incluye las EPS) de su respectivo ámbito

Estos mandatos también determinan que el Municipio Provincial es el único que tiene capacidad de concedente y de otorgar el derecho de explotación a las EPS. Ni el MVCS y ni los gobiernos regionales gozan de esta potestad y atribuciones según el mandato constitucional. Alterar estos mandatos es contravenir y colisionar abiertamente, la Constitución.

La segunda, del texto constitucional sobre todo de Capítulo XIV referido a la Descentralización y en particular del Artículo N° 188, se concluye que la constitución que es la norma de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico establece que el Estado Peruano es único y unitario pero a su vez descentralizado; para lo cual se constitucionaliza esta política de Estado, estableciéndose como permanente y obligatoria.

La promulgación de normas (como La ley N° 30045, Decreto Legislativo N° 1240 y Decreto Legislativo N° 1280) que contravienen la tendencia constitucional de la Descentralización, no hacen sino abrir las puertas para impedir el mandato constitucional de la descentralización y de ese modo abrir también las puertas a la reinstalación de conocido y nefasto centralismo felizmente ya superado.

4.5 RELACIONES Y COMPLEMENTARIEDAD DE INCONSTITUCIONALIDAD ENTRE LA LEY N° 30045, DECRETO LEGISLATIVO N° 1240 Y DECRETO LEGISLATIVO N° 1280, ASÍ COMO CON LA LEY N° 26338, LEY GENERAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO.

EL Decreto Legislativo N° 1240 y Decreto Legislativo N° 1280, es por su naturaleza misma Decretos esencialmente inconstitucional, que sin embargo, tiene dos efectos colaterales de envergadura.

El primero, que profundiza en extremo el Estado de inconstitucionalidad de la Ley N° 30045, que como hemos analizado tiene muchos de sus artículos que vulneran y lesiona la constitución de tal forma que la totalidad de su contenido está viciado de inconstitucionalidad.

El segundo, al modificar el Decreto Legislativo N° 1240, importantes artículos de la Ley N° 26338, la transforma en una norma que contiene varios artículos de contenido inconstitucional que le hacen perder coherencia y legitimidad constitucional, sumado al Decreto Legislativo N° 1280 que la deroga.

V. LOS OBJETIVOS QUE BUSCAN LA LEY N° 30045, EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1240 Y EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1280 Y LA LESIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Señalar con precisión los objetivos que busca la Ley N° 30045, el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280, es de suma importancia; porque si bien no son la razón del presente pedido de inconstitucionalidad y derogación de éstas normas, permiten sin embargo, de un lado señalar la voluntad política de un gobierno como el de Ollanta Humala que se encontraba de salida, de introducir modificaciones en la estructura organizativa del estado nacional que vulneran derechos fundamentales mediante normas abiertamente inconstitucionales. Posteriormente, el actual gobierno, pretende realizar cambios normativos, manteniendo la misma línea política de las normas anteriores, de intervención de las Empresas Prestadoras de Servicios y centralista.

Estando señalados a las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad afectada por las normas Ley N° 30045, Decreto legislativo N° 1240 y Decreto Legislativo N° 1280, abundamos sobre el carácter de tales infracciones.

5.1 La ley N° 30045, el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280, pretenden convertir al MVCS de ente rector en administrador directo y dueño de las EPS.

Del examen y análisis de la Ley N° 30045, del Decreto Legislativo N° 1240 y Decreto Legislativo N° 1280, nos encontramos con un conjunto normativo que constituye una unidad de artículos entrelazadas que están dirigidas a **consolidar una política intervencionista e inconstitucional que busca imponer al MVCS a través de la OTASS como administradores directos y así tener el control vertical de las EPS.**

Aunque hay que señalar que para alcanzar estos fines, el gobierno, haya tenido que vulnerar con premeditación la propia Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley Orgánica de la Descentralización, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Ley General de Sociedades o, como dice el pronunciamiento de fecha 28 de febrero de 2016 de la Asociación Nacional de Entidades Prestadoras de Servicios de Agua Potable y Saneamiento del Perú – ANEPSSA PERÚ, que el Decreto Legislativo N° 1240, transgrede la AUTONOMÍA MUNICIPAL y DESPOJA DE SU PROPIEDAD a las EPS, lo cual demuestra una actitud RECENTRALISTA del MVCS.

En la XLII Asamblea Nacional Extraordinaria de ANEPSSA PERU, realizada el 19 de febrero del 2016, acordó:

- "Plantear una ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, contra el Decreto Legislativo N° 1240,...."
- "Gestionar ante el Congreso de la república la DEROGATORIA del Decreto Legislativo N° 1240". (En anexo adjuntamos el pronunciamiento sobre la materia de la ANEPSSA PERÚ)

VI. LA NATURALEZA DE LA ESTRUCTURA DE LA REPUBLICA DEL PERÚ COMO ESTADO UNITARIO Y DESCENTRALISTA REGIONAL.

6.1 El proceso de Descentralización.

El 07 marzo del 2002 y conforme al procedimiento previsto en la Constitución (art. 206) se aprobó y posteriormente se promulgó y publicó la Ley de Reforma Constitucional del capítulo XIV del título IV sobre la descentralización estableciéndose en el :

- Artículo 188.- La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

Los Poderes del Estado y los Organismos Autónomos así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley.

El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados.", asimismo se establece como está integrado el territorio de la república, en el artículo que se transcribe.

- "Artículo 189.- El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación."

6.2 El proceso de Descentralización y la Autonomía que la Constitución otorga a los gobiernos regionales y municipales

El proceso de descentralización en el país tiene como una de sus características más importantes el de la autonomía el que se encuentra definido en la propia constitución del estado en el art.191. Que literalmente establece:

"Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia."

Seguidamente el art.194 la hace extensiva a los gobiernos locales cuando dice:

"Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia "

Competencia que la propia Constitución establece cuando en el art. 195, faculta a los gobiernos locales a efecto que "promuevan el desarrollo y la economía local y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. El numeral 5 del artículo mencionado faculta a los gobiernos locales ha "organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad" el numeral 8 autoriza por mandato constitucional expreso ha "desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación , saneamiento , medio ambiente , sustentabilidad de los recursos naturales , transporte colectivo , circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos históricos , cultura recreación y deporte conforme a ley."

Como es advertirse debe tenerse en cuenta que las leyes que se dicten sobre materia normada por la constitución no pueden ser modificadas por normas de menor jerarquía por cuanto constitucionalmente hay dos principios que deben tenerse en cuenta al pretender modificarlas que son como hemos desarrollado ut supra el de la primacía de la constitución establecido en el art. 51 y el de la jerarquía normativa en el art. 138 de la misma.

6.3 La Ley N° 30045, el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280, pretenden quebrar el proceso de descentralización abierto en el país.

El proceso de descentralización que se inició en el país, con el reconocimiento constitucional de la materia y su consecuente desarrollo legislativo permitió iniciar el proceso de descentralización que

es y será una justa demanda por equidad de los pueblos del interior del país, por siglos postergados.

Estas mismas normas constitucionales permitieron otorgar las competencias a los municipios en materia de prestación del servicio de saneamiento, constituyen un hecho decisivo que consolida la descentralización; y ahora se ven quebrados por los artículos de la Ley N° 30045, Decreto Legislativo N° 1240 y Decreto Legislativo N° 1280.

Dicho de otra manera estas normas del gobierno, constituyen un todo armónico, por su entrelazamiento; y están orientados a contravenir los mandatos de la constitución en materia de descentralización, así como a contravenir la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley Orgánica de la Descentralización.

Por lo expuesto, podemos arribar a la conclusión de que la Ley N° 30045, el Decreto Legislativo N° 1240 y el Decreto Legislativo N° 1280, son inconstitucionales por transgredir en aspectos medulares de la estructura del Estado. Así, a lo largo del análisis de estas normas se ha detectado la contravención a artículos constituciones y del bloque de constitucionalidad, que modifican potestades y así como aspectos técnicos jurídicos constitucionales vinculados a aspectos vitales de la estructura, organización y funcionamiento del Estado.

6.4 Las normas impugnadas vulneran y lesionan la Ley Orgánica de Municipalidades y de esa manera también se pretende también quebrar el proceso de Descentralización

Ley orgánica, que no sólo es una norma de mayor jerarquía que el Decreto legislativo que impugnamos, sino que adicionalmente forma parte del bloque de constitucionalidad en el entendido de lo conceptualizado por este Tribunal Constitucional y desarrollado en la sentencia (STC 0046-2004-A fundamento 49 in fine) que dice:

“las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos.”

Siendo entonces la ley orgánica de municipalidades N° 27972 integrante del bloque de constitucionalidad y teniendo como competencia, organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad y que por tanto y por mandato de la constitución y de la ley deben desarrollar, y regular actividades y/o servicios, en materia de saneamiento; por ello es que la propia ley de municipalidades a efectos que se implemente adecuadamente estas facultades que le otorga en el ámbito de su autonomía en el numeral 29 del art. 9 de la misma le otorga la facultad de “aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales”.

Se le otorgan también la facultad de disposición de sus bienes que se le otorga en el artículo 59 cuando este establece que:

“los bienes municipales pueden ser transferidos, arrendados, concesionados en uso o en explotación...”

El artículo 80 de la ley orgánica de municipalidades referido al saneamiento salubridad y salud, cabe precisar que en materia de saneamiento salubridad y salud, ejerce funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales de regular y controlar el proceso de disposición final de derechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial.

Dentro de las facultades específicas de las facultades compartidas , en el numeral 2 del art. 80 2.1 establece el de “administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando por economías de escala resulte eficiente centralizar provincialmente el servicio, las Municipalidades distritales dentro de las funciones específicas que desarrollan de manera compartida , están también las de agua potable y saneamiento.

Fuentes normativas que son vulneradas y lesionadas por los decretos legislativos, puesto que con éstas normas, se les sustrae a los gobiernos municipales.

6.5 Modificaciones inconstitucionales a la LEY GENERAL DE SERVICIOS SANEAMIENTO ley 26338.

El Decreto Legislativo N° 1240, no solo modifica y lesiona el bloque de constitucionalidad y a la propia constitución, norma de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, a la Ley Orgánica de Municipalidades, otro tanto lo hace con la Ley General de Servicios de Saneamiento, cuando en su artículo dos modifica los artículos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 39, 40, 45 y 47 de la Ley N° 26338, Ley general de servicios de saneamiento.

El Decreto legislativo N° 1280, dispone la derogatoria de la Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, cuando esta norma es de menor jerarquía, debiendo de contar con la aprobación de una mayoría calificada por el Congreso y al que la Constitución le ha reservado para su aprobación el ámbito de competencia al Poder Legislativo y no al Ejecutivo.

La modificación introduce toda una estructura diferente y distinta a la establecida por normas de mayor jerarquía, que tiene por objeto introducir al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en la administración de la prestación de servicios de saneamiento, restándole competencias que por ley orgánica le corresponden a las municipalidades provinciales y distritales.

Se vulnera lo establecido en la ley general de municipalidades al reservar para si el papel exclusivo de ente rector de saneamiento que la ley otorgaba a las municipalidades, afectándose las competencias de los gobiernos regionales que en los literales a y b del artículo 56 de la ley orgánica de los gobiernos regionales , establece que es de su competencia “a) el formular, aprobar y evaluar los planes y políticas regionales en materia de vivienda y saneamiento, en concordancia con los planes de desarrollo de los gobiernos locales y de conformidad con las políticas nacionales y planes sectoriales.”

Se debe recordar que mediante el art.44 de las ley orgánica del poder ejecutivo ya se transfirió las competencias sectoriales de saneamiento a favor de los gobiernos locales por lo que no corresponde que mediante Decreto Legislativo, se le arrebate esta competencia a los gobiernos municipales que el propio ejecutivo otorgo, para dárselas al Ministerio de Vivienda.

Se reitera la violación a las competencias municipales y se lesiona el bloque constitucionalidad cuando nuevamente con una norma de menor jerarquía se modifica el artículo 19 de la ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento.

Se impone mediante el Decreto Legislativo N° 1240 y N° 1280 que se impugna en los directorios de las empresas prestadoras de los servicios de saneamiento como miembros integrantes del mismo a representantes del ministerio de vivienda, porque estaría yendo más allá de su condición de órgano rector establecido en el artículo 44 del Ley orgánica del Poder Ejecutivo y por qué las competencias sobre la materia ya han sido transferidas a un órgano autónomo.

El artículo 3 del Decreto legislativo 1240 al incorporar a la ley 26338 los artículos 6°, 19A, 20A, 21A, 21B, 21C, 21D y 21E, si bien es cierto que establece que las Empresas prestadoras de Servicio de saneamiento deben constituirse como Sociedades Anónimas, las demás introducen modificaciones a la Ley general de sociedades, ley especial que regula todo tipo de sociedades, convirtiéndola en ley de aplicación supletoria, restringiendo y minimizando la capacidad de gestión que le corresponde en el sector a los gobiernos municipales convirtiendo prácticamente su gestión en una participación mínima y sustrayendo sus facultades como accionista de las referidas empresas que le otorga la ley de municipalidades.

Consolida el poder en la gestión de las empresas prestadoras al Ministerio de Vivienda al otorgar el artículo 20A capacidad y facultades al Ministerio para nombrar a tres o dos miembros del directorio mediante resoluciones ministeriales incrementando su poder de gestión en desmedro de los que la ley le otorga a LAS MUNICIPALIDADES, DE IGUAL MANERA EL ENTE RECTOR INTERVIENE DIRECTAMENTE EN LA ELABORACIÓN DEL ESTATUTO SOCIETARIO, DESCONOCIENDO LAS FACULTADES, COMPETENCIAS, atribuciones y funciones de los accionistas. Adicionalmente, el Decreto Legislativo N° 1280, reduce la participación de los miembros del Directorio de cinco (5) a tres (3), donde el Municipio de dos representantes en el Directorio para a tener un (1) representante, minimizando al participación de los Municipios.

6.6 Se modifica la ley 30045 LEY DE MODERNIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO.

El artículo 4to. Del decreto legislativo al modificar los artículos 4,11 numerales 2) y 4) del artículo 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, numeral 39 del artículo 36 y 37 así, como la denominación del Cap. II de la Ley 30045.

El Decreto Legislativo N° 1280, mantiene el fondo de las modificaciones en la Ley N° 30045 y D. Leg. N° 1240, manteniendo un perfil intervencionista, centralista y autoritario, vulnerando leyes orgánicas.

De tal forma que mediante estas modificaciones se introduce al Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS.) Como un interventor otorgándole facultades en desmedro de las municipalidades afectando su autonomía y capacidad de gestionar sus propios bienes.

Se le otorga la OTASS facultades sancionadoras sobre los trabajadores y funcionarios de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, despojándolas de facultades propias e inherentes a su condición de empresa.

VII. NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL.

7.1 Corresponde ahora realizar un breve análisis de la tipología y naturaleza de las infracciones constitucionales que vulnera el Decreto Legislativo N° 1240 y Decreto legislativo N° 1280.

Así conforme a lo establecido en el artículo 75 del Constitucional que establece que la infracción a la jerarquía normativa de la constitución puede ser a) por la forma y por el fondo, b) parcial o total; y c) directa o indirecta.

Se puede apreciar por el contenido de lo expuesto en la demanda que estamos ante un caso en que por la forma se ha cometido una infracción constitucional por cuanto el decreto legislativo ha incursionado en una materia de tal manera que la norma de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, es decir la constitución ha sido modificada por otra específica fuente formal del derecho, de menor jerarquía puesto que el artículo 106 de la constitución ha establecido que:

“mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del estado previstas en la constitución...”

En este caso vemos como mediante un Decreto legislativo se pretende legislar sobre materia reservada a leyes orgánicas que por lo tanto no son delegables.

Por el fondo también el cuestionando decreto legislativo incurre en vulneración y lesión de derechos fundamentales y artículos constitucionales y del bloque constitucional que regula la estructura del estado nacional de tal forma QUE NO ESTAMOS SOLO ANTE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES POR LA FORMA SINO TAMBIÉN POR EL FONDO .

7.2 Una administración pública eficiente sólo es factible mediante las diferentes formas de dialogo social

Al respecto, deseamos expresar que estamos de acuerdo con que es necesaria una administración pública eficiente que garantice el ejercicio efectivo de los derechos y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

Así mismo reconocemos que una administración pública de calidad es esencial para un desarrollo económico y social sostenible en el largo plazo, lo que requiere que se presten servicios de alta calidad y que cuente con personal altamente calificado y motivado, así como bien remunerado.

Todo ello debe ser parte de una gestión y una cultura administrativa dinámica y despolitizada que favorezcan los valores éticos y la lucha contra la corrupción administrativa, que integren nuevas tecnologías y se basen en los principios de responsabilidad, fiabilidad y transparencia en la gestión.

No obstante, estamos convencidos que tales desafíos sólo pueden ser alcanzados a través de las diferentes formas de diálogo social, y participación de los actores sociales en la elaboración y perfeccionamiento, así como en el cambio de las leyes regulatorias cuando esto es necesario, más aun si se trata de un derecho fundamental que tiene todo ciudadano al agua potable y servicios de saneamiento.

VIII. POR LO EXPUESTO.

A Ud. señor Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, solicito tenga a bien considerar el presente pedido y en su momento y por los fundamentos expuestos se declare la inconstitucionalidad de la Ley 30045, Decretos Legislativos N° 1240 y N° 1280 y su derogatoria.

IX. ADJUNTAMOS

A) Anexo 1: Copia del Decreto legislativo 1280, publicado en el diario oficial el peruano con fecha 29 de diciembre del 2016.

B) Anexo 2: Copia del Decreto legislativo 1240, publicado en el diario oficial el peruano con fecha martes 26 de setiembre del 2015.

C) Anexo 3: Copia de la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento No. 30045 de fecha de publicación en el diario oficial el peruano el martes 18 de junio del 2013.

D) Anexo 4: Copia del PRONUNCIAMIENTO de la ANEPSSA PERÚ de fecha 28 de febrero del 2016.

Lima, 27 enero del 2017.