



PERÚ

Ministerio
de Vivienda, Construcción
y Saneamiento

Despacho Ministerial

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"



San Isidro, 25 NOV. 2016

OFICIO N° 1714 -2016-VIVIENDA/DM

0 22956



Señora Congresista

ALEJANDRA ARAMAYO GAONA

Presidenta de la Comisión de Descentralización,
Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización
de la Gestión del Estado

Congreso de la República

Presente.

Asunto : Opinión legal sobre Proyecto de Ley N° 362/2016-CR, "Ley que deroga el Decreto Legislativo N° 1240"

Referencia : Oficio P.O. N° 204-2016-2017/CDRGLMGE/CR del 19 de octubre de 2016

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual la Comisión que preside, solicita la opinión institucional del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, respecto del Proyecto de Ley N° 362/2016-CR, "Ley que deroga el Decreto Legislativo N° 1240, que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento".

Al respecto, adjunto al presente, para su conocimiento y fines, el Memorandum N° 826-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS en virtud del cual la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento remite al Viceministerio de Construcción y Saneamiento copia del Informe N° 355-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS elaborado por la Dirección de Saneamiento y el Informe N° 932-2016-VIVIENDA/OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica de este Ministerio, mediante los cuales, se emite opinión en relación a lo solicitado.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que en el marco de la delegación de facultades establecida mediante la Ley N° 30506, se está evaluando un nuevo texto que reemplace el Decreto Legislativo N° 1240, a fin de fortalecer la prestación de los servicios de saneamiento, la gestión de los prestadores y el rol de las entidades públicas respectivas.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi consideración y estima.

Atentamente,

EDMER TRUJILLO MORI
Ministro de Vivienda,
Construcción y Saneamiento

www.vivienda.gob.pe

Av. Paseo de la República 3361 San
Isidro, Lima 27, Perú
T(511) 211-7930

INFORME N° 932 -2016-VIVIENDA/OGAJ

A : **EDUARDO MARTÍN GONZÁLEZ CHÁVEZ**
Jefe de Gabinete de Asesores

Cc. : **GUSTAVO OLIVAS ARANDA**
Viceministro de Construcción y Saneamiento

Asunto : Remite opinión legal sobre Proyecto de Ley N° 362/2016-CR, "Ley que deroga el Decreto Legislativo N° 1240".

Ref. : a) Oficio P.O. N° 204-2016-2017/CDRGLMGE-CR
b) Memorándum N° 826-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS
(HT N° 00190174-2016 Externo)

Fecha : 14 de noviembre de 2016

Por el presente me dirijo a usted con relación al asunto, a fin de emitir la opinión legal correspondiente:

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Mediante Oficio P.O. N° 204-2016-2017/CDRGLMGE-CR, la Presidenta de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado del Congreso de la República solicita opinión respecto del Proyecto de Ley N° 362/2016-CR, "Ley que deroga el Decreto Legislativo N° 1240", en adelante el Proyecto de Ley.
- 1.2. Por Memorándum N° 826-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS, la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento remite al Viceministerio de Construcción y Saneamiento copia del Informe N° 355-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS, a través del cual la Dirección de Saneamiento se pronuncia respecto al Proyecto de Ley¹.

II. ANÁLISIS:

SOBRE EL OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

- 2.1 El Proyecto de Ley tiene por objeto derogar el Decreto Legislativo N° 1240, que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento y restituir la vigencia del contenido de los artículos de la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, que hayan sido modificados por el mencionado Decreto Legislativo.

DEL INFORME TÉCNICO

- 2.2 Con Informe N° 355-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS, elaborado por la Dirección de Saneamiento y cuyo contenido hace suyo el Director General de la

¹ Cabe señalar que con Memorándum N° 815-2016/DGPRCS de fecha 07.11.2016, la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento, remitió el Informe N° 355-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS, elaborado por la Dirección de Saneamiento, en virtud del cual se emitió opinión técnico-legal respecto del Proyecto de Ley y cuyo contenido hace suyo.

Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento con Memorandum N° 815-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS, se indica lo siguiente:

(...)

- 4.3.5 En tal sentido, se observa que el marco legal dispone que **el diseño de las políticas nacionales y sectoriales es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional**, y que, **las competencias de los gobiernos regionales y locales** en materia de prestación de servicios de saneamiento, por ejemplo, **deben ser ejercidas en observancia a las políticas nacionales y sectoriales establecidas por el Gobierno Nacional, las cuales persiguen intereses de orden nacional**. Ello no desnaturaliza el proceso de descentralización consagrado en el [sic] Constitución Política del Perú, sino por el contrario, es acorde con lo establecido en el artículo 195° de la Constitución Política del Perú y el artículo VII del Título Preliminar de la LOM.
- 4.3.6 En efecto, **el Gobierno Nacional establece la política nacional y sectorial en materia de saneamiento, en función a los intereses generales del Estado como unidad**, y a los objetivos que persigue el Sector Saneamiento, **como es continuar con la política de modernización de los servicios de saneamiento, que busca el incremento de la cobertura y al aseguramiento de la calidad y la sostenibilidad de los servicios de saneamiento a nivel nacional**, y que dentro de sus objetivos tiene, **la mejora de la administración y gestión integral de las EPS que busca lograr, en consecuencia, la mejora y eficiencia en la prestación de los servicios de saneamiento, beneficiando a los usuarios del servicio**.

(...)

- 4.3.9 En cuanto a la afirmación señalada en el Proyecto en Ley materia de análisis, respecto a que en virtud del Decreto Legislativo N° 1240 **el MVCS tiene amplias competencias sobre la prestación de los servicio [sic] de saneamiento en desmedro de las competencias de los gobiernos locales**, es preciso indicar que dicha afirmación resulta errónea puesto que la norma cuestionada señala todo lo contrario, conforme se aprecia de la lectura conjunta de los artículo 4, 5 y 8 de la LGSS, modificada por Decreto Legislativo N° 1240:

Artículo 4.- Rol de Estado en materia de saneamiento

Corresponde al Estado **a través de sus entidades competentes ejercer la rectoría, la potestad de concedente**, regular las tarifas, supervisar y fiscalizar la calidad de la prestación de los servicios de saneamiento, ejecutar la política del Estado en materia de administración de la prestación de los servicios de saneamiento y la responsabilidad de la prestación de estos servicios públicos, **en cuanto corresponda**.

(...)

Artículo 5.- Responsabilidad de la Prestación de los Servicios

Las **municipalidades provinciales son responsables de la prestación eficiente y adecuada de los servicios de saneamiento, y en consecuencia, están facultadas a ejercer la potestad de concedente** para otorgar el derecho de explotación a las entidades prestadoras, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley, su Reglamento y normas sectoriales.



Artículo 8.- Rector del Sector Saneamiento

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, es el Ente rector del sector saneamiento, le corresponde diseñar, normar, y ejecutar las políticas nacionales y las acciones sectoriales dentro de su ámbito de competencia.

Asimismo, en los casos de delegación expresa de las **Municipalidades Provinciales**, le corresponde al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios de saneamiento.

El **ejercicio de la potestad de concedente** por las **Municipalidades Provinciales** y **por el Ente Rector se efectúa de acuerdo a lo que señale el Reglamento y las normas sectoriales.** (Resaltado nuestro)

- 4.3.10 Del análisis e interpretación conjunta de estos artículos, se desprende que la potestad de concedente para otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios de saneamiento en el ámbito de las provincias (distintas de Lima y Callao), corresponde originariamente a las municipalidades provinciales, y que para que el Ente Rector pueda otorgar el derecho de explotación de la prestación de servicios requiere necesariamente de la delegación expresas de las municipalidades provinciales; lo cual dependerá de la voluntariedad de las municipalidades y no del Ente Rector y se sujetará al procedimiento establecido en el artículo 139² del Texto Único Ordenado (TUO) del Reglamento de la LGSS, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA.

- 4.3.11 Por otro lado, en cuanto a la supuesta promoción de la privatización en las EPS, es preciso señalar que de acuerdo con la LGSS, el otorgamiento de la explotación de los servicios de saneamiento al sector privado, a lo que erróneamente llaman privatización, no es tal. Por el contrario, con la modificación de la LGSS por el Decreto Legislativo N° 1240 se reafirma la convivencia de diversas formas de participación de gestión empresarial en las EPS, como son las EPS: públicas, municipales, mixtas y privadas³, estableciéndose en la LGSS que la participación privada en la EPS es de carácter facultativo y dependerá de la voluntad de las municipalidades como concedentes y no del Ente Rector.

² Artículo 139.- Las Municipalidades Provinciales o el Gobierno Nacional, según corresponda, podrán otorgar en concesión al sector privado la prestación de uno o más servicios de saneamiento, total o parcialmente, en el área de su jurisdicción. Para tal efecto, la (s) municipalidad (es) provincial (es) podrá(n) delegar sus funciones y competencias en materia de concesiones en temas de saneamiento al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

La delegación a favor del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento se efectúa mediante convenio suscrito entre el citado Ministerio y la (s) municipalidad (es) que efectúa(n) la delegación, previo Acuerdo del Concejo Municipal que la autoriza expresamente, con todas las facultades que señala y refiere la presente norma y por el plazo de vigencia de la concesión.

La delegación a que se refiere el párrafo precedente, otorga al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento el rol de Concedente, en representación de la(s) municipalidad(es) delegante(s), con todas las facultades que la normatividad vigente prevé para el diseño, aprobación e implementación del proyecto de inversión pública, en los casos que corresponda, así como las facultades para el diseño, convocatoria, promoción, otorgamiento y ejecución de la concesión, ya sea a través de su Comité de Inversión o encargando la ejecución del proceso de promoción de la inversión privada a PROINVERSIÓN, estando facultado para suscribir los contratos y sus modificatorias, que resulten de los mencionados procesos, así como la renegociación de los mismos. En estos casos, de requerirlo la concesión, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento asume el cofinanciamiento que corresponda.

La delegación antes indicada comprende las funciones previstas en el artículo 5 del presente reglamento; las que señale la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2013-VIVIENDA que sean aplicables; las relacionadas a la ejecución de los actos de administración, adquisición y disposición de los bienes vinculados a la prestación de los servicios de saneamiento, a cargo de la (s) Municipalidad (es) Provincial (es), conforme a la normatividad vigente; así como las que correspondan según la normativa relacionada a las materias antes indicadas.

³ EPS Privada por Concesión es el caso: EPS Aguas de Tumbes S.A., única empresa concesionada por las municipalidades provinciales de Tumbes, Contralmirante Villar y Zarumilla).

(...)

- 4.3.13 *Asimismo, de acuerdo con el artículo 45° de la LGSS se aprecia que el otorgamiento de la explotación de los servicios de saneamiento al sector privado no tiene carácter imperativo sino por el contrario, carácter facultativo.*
- 4.3.14 *Además, es preciso tener en cuenta que la facultad para promover la inversión privada se amparó y se sigue amparando en la legislación nacional. En efecto, la promoción de la inversión privada no es un tema nuevo regulado recién por el Decreto Legislativo N° 1240, sino que por el contrario, dicha norma legal se sustentó en normas con rango de ley vigentes al momento de su aprobación, como es el caso, del Decreto Legislativo N° 674 que aprueba la Ley de Promoción de la inversión privada de las empresas del estado, del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprobó el Texto Único Ordenado (TUO) de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos⁴ y del Decreto Legislativo N° 1012, Ley marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada⁵.*
- 4.3.15 *Incluso, la actual norma vigente sobre Asociaciones Público - Privadas, el Decreto Legislativo N° 1224 ha declarado de interés nacional la promoción de la inversión privada mediante las APP para efectos de contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo y la competitividad del país; (...)*
- 4.3.16 *En tal sentido, queda claro que **la facultad para promover la inversión privada en el ámbito del servicio público de saneamiento se amparó y se sigue amparando en la legislación nacional especializada en la materia.***
- 4.3.17 *En conclusión, se aprecia que los argumentos que sustentan el proyecto de ley materia de análisis, no tienen respaldo constitucional ni legal, y por el contrario, se evidencia que el Decreto Legislativo N° 1240 es acorde con la Constitución Política del Perú, la LBD, la LOF del MVCS, la LOGR, y la LOM, y fue emitida respetando los alcances de lo establecido en el literal e) del artículo 2 de la Ley N° 30335, (...)*



V. CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto en el análisis del presente Informe, es opinión de esta Dirección que el Proyecto de Ley N° 362/2016-CR no resulta legalmente viable puesto que los argumentos que lo fundamentan carecen de sustento constitucional y legal; y en tal sentido, se ratifica la legalidad y permanencia en el ordenamiento jurídico del Decreto Legislativo N° 1240."

⁴ Norma actualmente derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224, vigente desde el 28.12.2015.

⁵ Normas actualmente derogadas por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, que están vigentes desde el 28.12.2015.

DE LA OPINIÓN LEGAL

2.3 El Decreto Legislativo N° 1240, que modifica la Ley N°26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento establece:

- Una clara definición de los mecanismos para lograr el fortalecimiento de la rectoría del MVCS en materia de saneamiento, tanto en la prestación de los servicios como en la gestión de los mismos y en la infraestructura que sirve para prestarlos.
- Regula a los actores con competencias sectoriales así como la organización del mercado de saneamiento en el ámbito urbano y rural.
- Optimiza los modelos de gestión societaria y administración de dichos servicios a cargo de las EPS.
- Perfecciona los alcances de la política de modernización de los servicios de saneamiento mediante el fortalecimiento de las instituciones y mecanismos regulados para cumplir con dicho proceso, fomenta la prestación de los mismos, así como racionaliza y optimiza la infraestructura que los integra, sea a través del financiamiento de la inversión pública o a través de Asociaciones Público Privadas en obras y/o servicios de saneamiento.

2.4 En este escenario, los principales aspectos que incorpora el Decreto Legislativo N° 1240, son los siguientes:

En la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento

2.4.1 A través de la Ley N° 26338, se establece un régimen legal especial para las EPS públicas, que prevalece sobre lo dispuesto en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, al amparo de lo establecido en el artículo 2 de la mencionada Ley: "(...) *Las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley*".

2.4.2 Este régimen legal especial regula temas relacionados con el accionariado, forma societaria, directorio (conformación, requisitos, designación, inscripción registral, quórum, remoción, vacancia, entre otros), facultades específicas de la Junta General de Accionistas, fortalecimiento de las atribuciones del Directorio, Gerencia General, formulación del estatuto social, entre otros.

2.4.3 Fortalece la gestión directa de las EPS estableciendo: i) Que las EPS municipales, independientemente de ser EPS de mayor o menor tamaño, se constituyan como sociedades anónimas ordinarias con Directorio; y, ii) Disposiciones para mejorar la administración de los servicios de saneamiento, así como ampliar la declaración de necesidad pública a la gestión y a la infraestructura de la prestación de los servicios de saneamiento, ampliar el ámbito de aplicación de la ley a otros actores de la prestación de los servicios a nivel nacional, regular sobre la potestad de concedente de las Municipalidades Provinciales y su calidad de único accionista de las EPS municipales, desarrollar la EPS mixta como opción de modelo de gestión en el ámbito urbano, así como, promover modelos de gestión a través de



modalidades contractuales contempladas en la legislación sobre Asociaciones Público Privadas, entre otro.

En la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento

- 2.4.4 Se refuerzan las funciones del Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento – OTASS, y le otorga la potestad sancionadora en el ámbito de las EPS, en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, con el fin de darle las herramientas suficientes para disuadir el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las EPS, y así puede cumplir con su función de cautelar la ejecución de la política del MVCS.
- 2.4.5 Se reestructura el Régimen de Apoyo Transitorio – RAT, con la finalidad que sea un mecanismo efectivo para reflotar a las EPS. Dentro de las medidas, se ha previsto que el ámbito de evaluación a cargo del OTASS, contemple el aspecto económico financiero de la EPS, la sostenibilidad de la gestión empresarial y de la prestación de los servicios de saneamiento. En ese sentido, las causales para aplicar al RAT están vinculadas con cada aspecto evaluado de manera integral.
- 2.4.6 Se ha ordenado la estructura del proceso y de incorporación al RAT y especificado los instrumentos que sirven para dar inicio y conclusión al mismo:
- Evaluación a cargo del OTASS que determina las EPS que incurren en causal para el RAT así como la propuesta de priorización para el ingreso de estas al RAT.
 - Aprobación del Informe de evaluación mediante Acuerdo del Consejo Directivo del OTASS.
 - Acuerdo del Consejo Directivo del OTASS, que en base a la priorización, declara el inicio del RAT de una EPS, condicionada a su ratificación por el MVCS.
 - Publicación de la Resolución Ministerial que da inicio al RAT y a sus efectos legales.
 - Inscripción de los actos correspondientes en los Registros Públicos.
 - Evaluación post régimen para determinar continuación o conclusión del RAT.
 - Acuerdo del Consejo Directivo del OTASS que declara la conclusión del RAT, sujeto a la ratificación por el MVCS.
 - Publicación de la Resolución Ministerial que ratifica conclusión del Régimen y su inscripción registral.

- 2.5 En este contexto, a través del Decreto Legislativo N° 1240, se busca fortalecer la rectoría en saneamiento del MVCS, así como fomentar, modernizar, racionalizar y optimizar la infraestructura y la prestación de los servicios de saneamiento en el ámbito urbano y rural.

Del Proyecto de Ley 362/2016-CR, Ley que deroga el Decreto Legislativo N° 1240, que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento

- 2.6 El Proyecto de Ley se sustenta en una trasgresión al artículo 188⁶ de la Constitución Política del Perú toda vez que el artículo 8 de la Ley General de

⁶ Constitución Política del Perú:

Servicios de Saneamiento, modificado por el Decreto Legislativo N° 1240, establece que el MVCS tiene amplias competencias en el sector de los servicios de saneamiento.

En ese sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se refiere a una "ofensiva privatizadora de los servicios de agua y saneamiento" toda vez que bajo el argumento de propiciar la participación del sector privado para el mejoramiento de la gestión empresarial de las EPS, se permite el traslado de la responsabilidad y gestión del servicio al sector privado, cuya actuación es eminentemente lucrativo.

- 2.7 Al respecto, la rectoría del sector saneamiento a favor de este Ministerio quedó establecida con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1240, de conformidad con la Ley N° 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, que establece que el MVCS es el órgano rector de las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito de competencia, que son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización, y en todo el territorio nacional.
- 2.8 Ahora bien, con relación al rol concedente para el otorgamiento del derecho de explotación de la prestación en forma total o parcial de uno o más servicios de saneamiento en un determinado ámbito de responsabilidad, téngase presente que dicha condición es ostentada —como regla general— por las municipalidades provinciales, y, excepcionalmente, siempre que exista una delegación expresa, el MVCS puede asumir dicho rol.
- 2.9 En consecuencia, en virtud de la modificación al artículo 8 de la Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, incorporada por el Decreto Legislativo N° 1240, se ratifica que la municipalidades provinciales son responsables de la prestación de los servicios de saneamiento y ejercen el rol concedente para el otorgamiento del derecho de explotación a las EPS; acciones que deben ser desarrolladas en el marco de las políticas nacionales y sectoriales establecidas por el Ente Rector.
- 2.10 Con relación a la "ofensiva privatizadora de los servicios de agua y saneamiento", cabe reiterar lo indicado por la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento en su Informe N° 355-2016—VIVIENDA/MCS-DGPRCS-DS, en el extremo referido a que con la modificación de la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento se reafirma la convivencia de diversas formas de participación de gestión empresarial en las EPS (públicas, municipales, privadas y mixtas), precisándose en el referido dispositivo legal que la promoción de la participación privada en las EPS es de carácter facultativo y depende de la voluntad de la municipalidades provinciales en su condición de concedentes.

Adicionalmente, téngase presente que en virtud del artículo 1 concordado con el 3 del Decreto Legislativo N° 1224, se ha declarado de interés nacional la promoción de la inversión privada mediante las Asociaciones Público Privadas y Proyectos

"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."

en Activos para contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país. En este sentido, mediante este dispositivo legal se establecen los procesos y modalidades de promoción de inversión privada para el desarrollo de infraestructura pública, servicios públicos así como de servicios vinculados a estos.

- 2.11 Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que en el marco de la delegación de facultades establecida mediante la Ley N° 30506, se está evaluando un nuevo texto que reemplace el Decreto Legislativo N° 1240, a fin de fortalecer la prestación de los servicios de saneamiento, la gestión eficiente de los prestadores de los servicios y el rol y competencia de las entidades públicas respectivas.

Respecto de la Técnica Legislativa y calidad normativa del Proyecto de Ley

- 2.12 El artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, dispone que las proposiciones de Ley deben contener una exposición de motivos en la cual se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental.
- 2.13 Al respecto, el Manual de Técnica Legislativa aprobado por el Congreso de la República mediante Acuerdo de Mesa Directiva N° 242-2012-2013/MESA-CR, respecto a los proyectos de ley, señala que, la exposición de motivos, incluye:
- i. Fundamentos de la propuesta, en la que se hace referencia al estado actual de la situación fáctica o jurídica que se pretende regular o modificar y la precisión del marco normativo; y, cuando corresponda, el análisis de las opiniones sobre la propuesta.
 - ii. Efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional.
 - iii. Análisis costo beneficio (costo oportunidad).
 - iv. Incidencia ambiental, cuando corresponda.
 - v. La relación de la iniciativa con la Agenda Legislativa y con las políticas de Estado expresadas en el Acuerdo Nacional, cuando sea el caso.
 - vi. Anexo, cuando corresponda.
- 2.14 Por su parte, la Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, contiene los lineamientos para la elaboración, la denominación y publicación de leyes, con el objeto de sistematizar la legislación, a efecto de lograr su unidad y coherencia para garantizar la estabilidad y la seguridad jurídica en el país, la misma que ha sido reglamentada mediante Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, la misma que debe tenerse en cuenta de manera referencial. Al respecto señala lo siguiente:
- 2.15 El artículo 2 de la Exposición de Motivos:

"La exposición de motivos consiste en la fundamentación jurídica de la necesidad de la propuesta normativa, con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada y doctrina que se ha utilizado para su elaboración.

Asimismo, la fundamentación debe incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico



nacional y con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado".

2.16 El artículo 3 del Análisis Costo Beneficio:

"3.1. El análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos.

3.2. El análisis costo beneficio es obligatorio en los anteproyectos de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas o de reformas del Estado; leyes que incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios; y leyes relacionadas con política social y ambiental.

3.3. Las propuestas que no estén comprendidas dentro de las precitadas categorías sustentarán los alcances, las implicancias y sus consecuencias, identificando a los potenciales beneficiarios y afectados en forma clara y sencilla".

2.17 El artículo 4 del Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional:

"El análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional debe precisar si se trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes. En caso de tener un efecto derogatorio, este se debe precisar expresamente. El análisis debe incluir una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta. Si se modifica o deroga una norma vigente debe analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa."

2.18 Al respecto, el numeral 1.1 del artículo 1 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, establece la estructura normativa de los proyectos de Ley, indicando que los mismos deben integrarse por: "(...) 1.1.3 Análisis costo beneficio; 1.1.4 Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional. (...)".

En este sentido, la exposición de motivos no sigue el orden indicado anteriormente. De otro lado, no contiene la denominación correcta del título "Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional".

2.19 Por su parte, en atención a lo indicado en el artículo 4 del Reglamento, antes mencionado, cabe señalar que de la revisión del proyecto normativo así como de su respectiva Exposición de motivos se verifica que la propuesta tiene como alcance derogar una norma vigente, por lo que, debe considerarse que cuando se deroga una norma corresponde analizar la idoneidad o efectividad, precisando, además, falencias, vacíos o defectos que sean necesarios superar mediante la iniciativa legislativa.

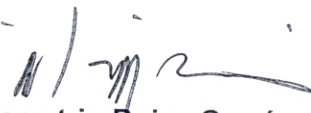
2.20 Finalmente, téngase presente que Al amparo del artículo 109 de la Constitución Política del Perú, "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su

vigencia en todo o en parte", razón por la cual el contenido del artículo 2 resulta innecesario.

III. CONCLUSIÓN:

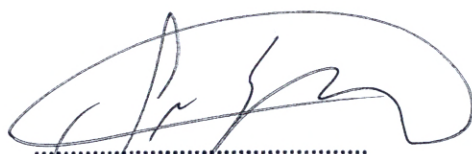
Por lo anteriormente expuesto, esta Oficina General emite opinión al Proyecto de Ley N° 362/2016-CR, "Ley que deroga el Decreto Legislativo N° 1240, que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento", el mismo que considera legalmente inviable.

Atentamente,



Demetrio Rojas García
Abogado

El presente informe cuenta con la conformidad de la suscrita



.....
Abog. Silvana Patricia Elías Naranjo
Directora General
Oficina General de Asesoría Jurídica
Ministerio de Vivienda, Construcción
y Saneamiento

MEMORANDUM N° 826-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS



A : Ing. GUSTAVO PABLO OLIVAS ARANDA
Viceministro
Viceministerio de Construcción y Saneamiento

De : Ing. RICHARD EDUARDO MONTES ESCALANTE
Director General
Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento

Asunto : Opinión sobre Proyecto de Ley N° 362/2016-CR que propone derogar el Decreto Legislativo N° 1240 que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento

Referencia : Oficio N° 204-2016-2017-CDRGLMGE-CR
(H.T.E N° 190174-2016)

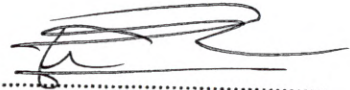
Fecha : San Isidro, 11 NOV. 2016

Me dirijo a usted, con la finalidad de dar atención al documento de la referencia, mediante el cual la Presidenta de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado remite para opinión institucional del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), el Proyecto de Ley N° 362/2016-CR que propone derogar el Decreto Legislativo N° 1240 que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento.

Al respecto, es preciso señalar como antecedente que el precitado Proyecto de ley ha sido objeto de análisis técnico-legal por la Dirección de Saneamiento de esta Dirección General, de modo que con Memorandum N°815-2016/DGPRCS de fecha 07.11.2016, se emitió el Informe N° 355-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS, que contiene la opinión legal de la Dirección de Saneamiento sobre el referido Proyecto de Ley, el cual se encuentra actualmente en la Oficina General de Asesoría Jurídica para el pronunciamiento respectivo.

En ese sentido, remitimos copia del Informe N° 355-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS, a fin de continuar con el trámite respectivo establecido en la Directiva N° 008-2009-VIVIENDA, "Procedimiento para la atención de solicitudes de información efectuadas por entidades públicas", aprobada por Resolución Ministerial N° 132-2009-VIVIENDA.

Atentamente,


.....
RICHARD EDUARDO MONTES ESCALANTE
Director General
Dirección General de Políticas y Regulación
en Construcción y Saneamiento
Viceministerio de Construcción y Saneamiento

CARGO

HTE N° 184134-2016

MEMORANDUM N° 815 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS



A : Ing. GUSTAVO PABLO OLIVAS ARANDA
Viceministro
Viceministerio de Construcción y Saneamiento

De : Ing. RICHARD EDUARDO MONTES ESCALANTE
Director General
Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento

Asunto : Opinión sobre Proyecto de Ley N° 362/2016-CR que propone derogar el Decreto Legislativo N° 1240 que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento

Referencia : Oficio N° 164-2016-2017/CVC-CR
(H.T.E N° 184134-2016)

Fecha : Miraflores, 07 NOV. 2016

Me dirijo a usted, con la finalidad de dar atención al documento de la referencia, mediante el cual el Vicepresidente de la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República remite para opinión institucional del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), el Proyecto de Ley N° 362/2016-CR que propone derogar el Decreto Legislativo N° 1240 que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento.

Al respecto, remito el Informe N° 355-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS, que contiene la opinión legal de la Dirección de Saneamiento sobre el referido Proyecto de Ley, cuyo contenido hago mío, con la finalidad que previo a su conformidad, se sirva derivarlo a la Oficina General de Asesoría Jurídica, para efectos que se pronuncie en el marco de sus competencias, y así, continuar con el trámite respectivo establecido en la Directiva N° 008-2009-VIVIENDA, "Procedimiento para la atención de solicitudes de información efectuadas por entidades públicas", aprobada por Resolución Ministerial N° 132-2009-VIVIENDA.

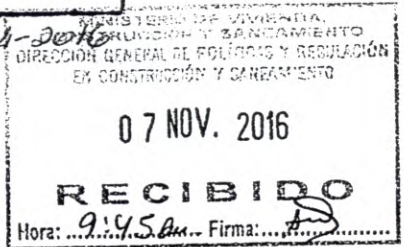
Atentamente,

RICHARD EDUARDO MONTES ESCALANTE
Director General
Dirección General de Políticas y Regulación
en Construcción y Saneamiento
Viceministerio de Construcción y Saneamiento

PPL/Mng



INFORME N° 355 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS



Para : Ing. RICHARD EDUARDO MONTES ESCALANTE
Director General
Dirección General de Políticas y Regulación
en Construcción y Saneamiento

Asunto : Opinión sobre Proyecto de Ley N° 362/2016-CR que propone derogar el Decreto Legislativo N° 1240 que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento

Referencia : Oficio N° 164-2016-2017/CVC-CR
(H.T.E N° 184134-2016)

Fecha : San Isidro,

Me dirijo a usted, en atención al documento de la referencia, con la finalidad de informarle:

I. ANTECEDENTES:

Mediante Oficio de la referencia, ingresado el 21.10.2016, el Vicepresidente de la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República remite para opinión institucional del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), el Proyecto de Ley N° 362/2016-CR que propone derogar el Decreto Legislativo N° 1240 que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento (LGSS) y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento (LMSS). Con fecha 26.10.2016, se remite para opinión de la Dirección de Saneamiento.

Como antecedente es preciso señalar que la materia que es objeto del Proyecto de Ley N° 362/2016-CR ha sido materia de dos propuestas legislativas anteriores, como son los Proyectos de Ley N° 5126/2015-CR y N° 5033/2015-CR, respecto del cual el MVCS, a solicitud de la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República, ha emitido opiniones institucionales 'desfavorables'¹, por considerar que los argumentos que fundamentan la derogatoria del Decreto Legislativo N° 1240 carecen de sustento legal y constitucional; ratificándose su legalidad y permanencia en el ordenamiento jurídico.

II. BASE LEGAL:

- 2.1 Constitución Política del Perú.
- 2.2 Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento.
- 2.3 Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización.
- 2.4 Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- 2.5 Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
- 2.6 Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- 2.7 Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento.
- 2.8 Ley N° 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
- 2.9 Ley N° 30335, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia administrativa, económica y financiera.
- 2.10 Decreto Legislativo N° 1240, que modifica la Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento.
- 2.11 Decreto Supremo N° 010-2014-VIVIENDA que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

¹ Respecto del Proyecto de Ley N° 5126/2015-CR, se emitió el Informe N° 086-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS de la Dirección de Saneamiento y el Informe N° 196-2016-VIVIENDA-OGAJ de la OGAJ. Con Oficio N° 984-2016-VIVIENDA-DM del 21.04.2016 se emitió la respuesta institucional del MVCS al Congreso de la República. Respecto del Proyecto de Ley N° 5033/2015-CR, se emitió el Informe N° 043-2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS de la Dirección de Saneamiento y el Informe N° 198-2016-VIVIENDA-OGAJ de la OGAJ. Con Oficio N° 983-2016-VIVIENDA-DM del 21.04.2016 se emitió la respuesta institucional del MVCS al Congreso de la República.



INFORME N° 355 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS

III. OBJETO:

Emitir opinión legal, en el marco de las competencias de esta Dirección, sobre el Proyecto de Ley N° 362/2016-CR que propone derogar el Decreto Legislativo N° 1240 que modifica la LGSS y la LMSS.

IV. ANÁLISIS:

4.1 Sobre la emisión del Decreto Legislativo N° 1240

4.1.1 Mediante Ley N° 30335, publicada el 01.07.2015, se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de noventa (90) días calendario en materia administrativa, económica y financiera; estando comprendida dentro de las materias delegadas, conforme el literal e) del artículo 2 de la precitada Ley, la facultad para establecer medidas para:

- Fortalecer la rectoría en saneamiento;
- Fomentar, modernizar, racionalizar y optimizar la infraestructura de los servicios de saneamiento.

4.1.2 El MVCS, en su calidad de ente rector del sector saneamiento, acorde con lo establecido en el numeral 1 del artículo 1 de la LMSS y los artículos 5 y 6 de la Ley N° 30156, Ley de Organización y Funciones (LOF) del MVCS, es competente para diseñar, normar y ejecutar la política nacional y las acciones del sector en materia de servicios de saneamiento, en concordancia con la normatividad vigente, la cual es de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado de los tres niveles de gobierno.

4.1.3 En el marco de la delegación de facultades y las competencias del MVCS, se emitió el Decreto Legislativo N° 1240, con el fin de establecer medidas para fortalecer la rectoría en saneamiento, así como para fomentar, modernizar, racionalizar y optimizar la infraestructura y los servicios de saneamiento. En síntesis, la norma se sustentó en la necesidad de:

- Definir los mecanismos para lograr el fortalecimiento de la rectoría del MVCS en materia de saneamiento, tanto en la prestación de los servicios como en la gestión de los mismos y en la infraestructura que sirve para prestarlos.
- Ampliar y precisar la declaración de necesidad pública de los servicios de saneamiento, a la gestión de los mismos y a la infraestructura que sirve para prestarlos.
- Actualizar la LGSS a fin que guarde armonía sistemática con otros dispositivos legales vinculados con los actores y temática regulada en la LGSS, y darle un nuevo enfoque orientado con los objetivos actuales que persigue el Sector.
- Establecer un régimen legal especial para las EPS municipales, que incluye la modificación estructural de aspectos societarios de éstas, con el objetivo de continuar con la mejora de la administración de los servicios de saneamiento.
- Regular adecuadamente a los actores con competencias sectoriales y la organización del mercado de la prestación de los servicios de saneamiento tanto en el ámbito urbano como rural.
- Reforzamiento y reestructuración del Régimen de Apoyo Transitorio para que sea un mecanismo efectivo para el reflotamiento de las EPS municipales.
- Continuar con la política de modernización de los servicios de saneamiento, fomentando la prestación de los mismos en economías de escala; así como racionalizar y optimizar la infraestructura que los comprenden, sea a través del financiamiento de la inversión pública o a través de Asociaciones Público Privadas (APP) en obras y/o servicios de saneamiento.



INFORME N° 355 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS

4.2 Sobre los alcances del Proyecto de Ley N° 362/2016-CR

4.2.1 El Proyecto de Ley N° 362/2016-CR que propone derogar el Decreto Legislativo N° 1240 sustenta su petitorio principalmente en una supuesta colisión de dicha norma con el proceso de descentralización consagrado en el artículo 188 de la Constitución Política del Perú. El citado Proyecto de Ley argumenta, en síntesis, que con el Decreto Legislativo N° 1240:

- Se promueve la privatización de las EPS, trasladando la responsabilidad y gestión de los servicios de saneamiento al sector privado, donde por naturaleza el fin es meramente lucrativo, distinto al interés público que rige la actuación de la Administración Pública.
- Se otorga al MVCS amplias competencias en el ámbito de la prestación de los servicios de saneamiento, vulnerando el principio de descentralización y generando una forma de intervención estatal que conlleva a un centralismo de las EPS.

4.2.2 Corresponde a la Dirección de Saneamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el literal h) del artículo 84° del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del MVCS, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2014-VIVIENDA, opinar sobre iniciativas de políticas, normas, planes, programas y proyectos en las materias de su competencia; y por lo tanto, le corresponde emitir opinión sobre el Proyecto de Ley materia del presente Informe.

4.3 Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 362/2016-CR

4.3.1 Sobre el particular, de acuerdo con la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

4.3.2 De acuerdo con el artículo 5° de la LOPE, el Poder Ejecutivo ejerce competencias compartidas con los gobiernos regionales y los gobiernos locales que se rigen por la Constitución Política del Perú, la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización (LBD), la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), así como por las LOF de los Ministerios y las entidades que componen el Poder Ejecutivo, según corresponda.

4.3.3 De acuerdo con el artículo 6° de la Ley N° 30156, Ley de Organización y Funciones (LOF) del MVCS, éste ejerce competencia en materia de saneamiento. Asimismo, la LOF señala en su artículo 7° que el MVCS ejerce competencias compartidas con los gobiernos regionales y locales en materia de saneamiento, conforme a lo previsto en la LBD, la LOGR y la LOM, respectivamente.

De acuerdo con el numeral 11) del artículo 10° de la LOF del MVCS, una de las funciones compartidas es la de: normar y cautelar la ejecución de la política sectorial relacionada con la administración de los servicios de saneamiento a cargo de las EPS.

4.3.4 Conforme el citado marco legal, esta facultad compartida del MVCS con los gobiernos locales y regionales se debe ejercer en observancia de la Constitución Política del Perú, la LBD, la LOF del MVCS, la LOGR, y la LOM, que al respecto disponen lo siguiente:

Constitución Política del Perú:

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. (...)



INFORME N° 255 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS

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. (...)

Artículo 192°.- Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Artículo 195°.- Los gobiernos locales promueven 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.

LBD:

Artículo 26.- Competencias exclusivas

26.1. Son competencias exclusivas del gobierno nacional:

a) Diseño de políticas nacionales y sectoriales.

26.2. No son objeto de transferencia ni delegación las funciones y atribuciones inherentes a los sectores y materias antes señaladas.

LOF del MVCS:

Artículo 6. Competencias exclusivas

El Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento es el órgano rector de las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito de competencia, que son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización, y en todo el territorio nacional.

Tiene como competencias exclusivas las siguientes:

1. Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial, bajo su responsabilidad.

LOGR:

Artículo 8.- Principios rectores de las políticas y la gestión regional

La gestión de los gobiernos regionales se rige por los siguientes principios:

11. Concordancia de las políticas regionales.- Las políticas de los gobiernos regionales guardan concordancia con las políticas nacionales de Estado.

LOM:

Título Preliminar

Artículo VIII.- Aplicación de leyes generales y políticas y planes nacionales

(...)

Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

4.3.5 En tal sentido, se observa que el marco legal dispone que **el diseño de las políticas nacionales y sectoriales es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional**, y que, **las competencias de los gobiernos regionales y locales en materia de prestación de servicios de saneamiento, por ejemplo, deben ser ejercidas en observancia a las políticas nacionales y sectoriales establecidas por el Gobierno Nacional, las cuales persiguen intereses de orden nacional.** Ello no desnaturaliza el proceso de descentralización consagrado en la Constitución Política del Perú, sino por el contrario, es acorde con lo establecido en el artículo 195° de la Constitución Política del Perú y el artículo VII del Título Preliminar de la LOM.

4.3.6 En efecto, el Gobierno Nacional establece la política nacional y sectorial en materia de saneamiento, en función a los intereses generales del Estado como unidad, y a los objetivos que persigue el Sector Saneamiento, como es continuar con la política de modernización de los servicios de saneamiento, que busca el incremento de la cobertura y al aseguramiento de la calidad y la sostenibilidad de los servicios de



INFORME N° 355 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS

saneamiento a nivel nacional, y que dentro de sus objetivos tiene, la mejora de la administración y gestión integral de las EPS que busca lograr, en consecuencia, la mejora y eficiencia en la prestación de los servicios de saneamiento, beneficiando a los usuarios del servicio.

- 4.3.7 Incluso, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con respecto al principio de descentralización consagrado en la Constitución Política del Perú, señalando lo siguiente:

Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0020-2007-PI/TC²:

"12. (...) la descentralización constituye una forma de organización democrática y constituye una política permanente del Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país (artículo 188° de la Constitución).

13. Pero este mandato constitucional no podría cumplirse plenamente si es que cada gobierno regional o local, confundiendo autonomía con autarquía, decidiera establecer y llevar a cabo políticas de desarrollo de manera aislada porque esto supondría violar los principios constitucionales de integridad y unidad del Estado que reconoce expresamente el artículo 189° de la Norma Fundamental.

14. Es por ello coherente que la propia Constitución establezca en su artículo 195 que "los gobiernos locales promueven 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". (Resaltado nuestro)".

- 4.3.8 En ese sentido, se aprecia que la sujeción de los gobiernos locales y regionales a la política nacional y sectorial establecida por el Gobierno Nacional, como es el caso de las disposiciones legales establecidas por el Decreto Legislativo N° 1240, es acorde con la Constitución Política del Perú, la LBD, la LOGR, la LOM y la LOF del MVCS, y por lo tanto, carece de sustento legal lo señalado en el Proyecto de Ley N° 362/2016-CR puesto que no existe vulneración al principio de descentralización consagrado en el artículo 188 de la Constitución Política del Perú.

- 4.3.9 En cuanto a la afirmación señalada en el Proyecto de Ley materia de análisis, respecto a que en virtud del Decreto Legislativo N° 1240 el MVCS tiene amplias competencias sobre la prestación de los servicios de saneamiento en desmedro de las competencias de los gobiernos locales, es preciso indicar que dicha afirmación resulta errónea puesto que la norma cuestionada señala todo lo contrario, conforme se aprecia de la lectura conjunta de los artículos 4, 5 y 8 de la LGSS, modificada por Decreto Legislativo N° 1240:

Artículo 4.- Rol del Estado en materia de saneamiento

Corresponde al Estado a través de sus entidades competentes ejercer la rectoría, la potestad de concedente, regular las tarifas, supervisar y fiscalizar la calidad de la prestación de los servicios de saneamiento, ejecutar la política del Estado en materia de administración de la prestación de los servicios de saneamiento y la responsabilidad de la prestación de estos servicios públicos, en cuanto corresponda.

(...)

Artículo 5.- Responsabilidad de la Prestación de los Servicios

Las municipalidades provinciales son responsables de la prestación eficiente y adecuada de los servicios de saneamiento, y en consecuencia, están

[Firma manuscrita]

[Firma manuscrita]



Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Huaraz contra el artículo 2° de la Ley 28870, expedida por el Congreso de la República, que regula la composición del Directorio de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento Municipales. STC del 24.10.2007.



INFORME N° 355 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS

facultadas a ejercer la potestad de concedente para otorgar el derecho de explotación a las entidades prestadoras, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley, su Reglamento y normas sectoriales.

Artículo 8.- Rector del Sector Saneamiento

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, es el Ente rector del sector saneamiento, le corresponde diseñar, normar, y ejecutar las políticas nacionales y las acciones sectoriales dentro su ámbito de competencia.

Asimismo, en los casos de delegación expresa de las Municipalidades Provinciales, le corresponde al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios de saneamiento.

El ejercicio de la potestad de concedente por las Municipalidades Provinciales y por el Ente Rector se efectúa de acuerdo a lo que señale el Reglamento y las normas sectoriales. (Resaltado nuestro)

- 4.3.10 Del análisis e interpretación conjunta de estos artículos, se desprende que la potestad de concedente para otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios de saneamiento en el ámbito de las provincias (distintas a Lima y Callao), corresponde originariamente a las municipalidades provinciales, y que para que el Ente Rector pueda otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios requiere necesariamente de la delegación expresa de las municipalidades provinciales; lo cual dependerá de la voluntariedad de las municipalidades y no del Ente Rector y se sujetará al procedimiento establecido en el artículo 139³ del Texto Único Ordenado (TUO) del Reglamento de la LGSS, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA.
- 4.3.11 Por otro lado, en cuanto a la supuesta promoción de la privatización en las EPS, es preciso señalar que de acuerdo con la LGSS, el otorgamiento de la explotación de los servicios de saneamiento al sector privado, a lo que erróneamente llaman privatización, no es tal. Por el contrario, con la modificación de la LGSS por el Decreto Legislativo N° 1240 se reafirma la convivencia de diversas formas de participación de gestión empresarial en las EPS, como son las EPS: públicas, municipales, mixtas y privadas⁴, estableciéndose en la LGSS que la participación privada en las EPS es **de carácter facultativo y dependerá de la voluntad de las municipalidades como concedentes y no del Ente Rector**.
- 4.3.12 En efecto, la LGSS ahora dispone expresamente en su artículo 5° que la potestad de concedente recae en las municipalidades provinciales, las que otorgan el derecho de

³Artículo 139.- Las Municipalidades Provinciales o el Gobierno Nacional, según corresponda, podrán otorgar en concesión al sector privado la prestación de uno o más servicios de saneamiento, total o parcialmente, en el área de su jurisdicción. Para tal efecto, la (s) municipalidad (es) provincial (es) podrá(n) delegar sus funciones y competencias en materia de concesiones en temas de saneamiento al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. La delegación a favor del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento se efectúa mediante convenio suscrito entre el citado Ministerio y la (s) municipalidad (es) que efectúa(n) la delegación, previo Acuerdo del Concejo Municipal que la autoriza expresamente, con todas las facultades que señala y refiere la presente norma y por el plazo de vigencia de la concesión.

La delegación a que se refiere el párrafo precedente, otorga al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento el rol de Concedente, en representación de la(s) municipalidad(es) delegante(s), con todas las facultades que la normatividad vigente prevé para el diseño, aprobación e implementación del proyecto de inversión pública, en los casos que corresponda, así como las facultades para el diseño, convocatoria, promoción, otorgamiento y ejecución de la concesión, ya sea a través de su Comité de Inversión o encargando la ejecución del proceso de promoción de la inversión privada a PROINVERSIÓN, estando facultado para suscribir los contratos y sus modificatorias, que resulten de los mencionados procesos, así como la renegociación de los mismos. En estos casos, de requerir la concesión, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento asume el cofinanciamiento que corresponda.

La delegación antes indicada comprende las funciones previstas en el artículo 5 del presente reglamento; las que señale la Ley N° 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2013-VIVIENDA que sean aplicables; las relacionadas a la ejecución de los actos de administración, adquisición y disposición de los bienes vinculados a la prestación de los servicios de saneamiento, a cargo de la (s) Municipalidad (es) Provincial (es), conforme a la normatividad vigente; así como las que correspondan según la normativa relacionada a las materias antes indicadas.

⁴ EPS Privada por Concesión es el caso: EPS Aguas de Tumbes S.A., única empresa concesionada por las municipalidades provinciales de Tumbes, Contralmirante Villar y Zarumilla).



INFORME N° 355 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS

explotación de la prestación de los servicios de saneamiento en el ámbito de las provincias (distintas a Lima y Callao): *"Las municipalidades provinciales son responsables de la prestación eficiente y adecuada de los servicios de saneamiento, y en consecuencia, están facultadas a ejercer la potestad de concedente para otorgar el derecho de explotación a las entidades prestadoras, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley, su Reglamento y normas sectoriales"*.

4.3.13 Asimismo, de acuerdo con el artículo 45° de la LGSS se aprecia que el otorgamiento de la explotación de los servicios de saneamiento al sector privado no tiene carácter imperativo sino por el contrario, carácter facultativo.

4.3.14 Además, es preciso tener en cuenta que la facultad para promover la inversión privada se amparó y se sigue amparando en la legislación nacional. En efecto, la promoción de la inversión privada no es un tema nuevo regulado recién por el Decreto Legislativo N° 1240, sino que por el contrario, dicha norma legal se sustentó en normas con rango de ley vigentes al momento de su aprobación, como es el caso, del Decreto Legislativo N° 674 que aprueba la Ley de Promoción de la inversión privada de las empresas del estado, del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprobó el Texto Único Ordenado (TUO) de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos⁵ y del Decreto Legislativo N° 1012, Ley marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada⁶.

4.3.15 Incluso, la actual norma vigente sobre Asociaciones Público - Privadas, el Decreto Legislativo N° 1224 ha declarado de interés nacional la promoción de la inversión privada mediante las APP para efectos de contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo y la competitividad del país; siendo que de acuerdo con el artículo 11° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, las modalidades de APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, como la concesión, y pueden comprender bajo su ámbito, de igual manera que la norma anterior, a los servicios públicos de agua y saneamiento.

4.3.16 En tal sentido, queda claro que la facultad para promover la inversión privada en el ámbito del servicio público de saneamiento se amparó y se sigue amparando en la legislación nacional especializada en la materia.

4.3.17 En conclusión, se aprecia que los argumentos que sustentan el proyecto de ley materia de análisis, no tienen respaldo constitucional ni legal, y por el contrario, se evidencia que el Decreto Legislativo N° 1240 es acorde con la Constitución Política del Perú, la LBD, la LOF del MVCS, la LOGR, y la LOM, y fue emitida respetando los alcances de lo establecido en el literal e) del artículo 2 de la Ley N° 30335, en ese sentido, dicha norma:

- No atenta contra el proceso de descentralización establecido en la Constitución Política del Perú sino por el contrario, es acorde con lo establecido en el artículo 195° de la Constitución Política del Perú y el artículo VII del Título Preliminar de la LOM, y por tanto, los gobiernos locales deben ejercer sus competencias en materia de prestación de servicios de saneamiento en observancia a las políticas nacionales y sectoriales establecidas por el Gobierno Nacional, las cuales persiguen intereses de orden nacional.

⁵ Norma actualmente derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224, vigente desde el 28.12.2015.

⁶ Normas actualmente derogadas por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, que son vigentes desde el 28.12.2015.



INFORME N° 355 -2016-VIVIENDA/VMCS-DGPRCS-DS

- La potestad de concedente para otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios de saneamiento en el ámbito de las provincias (distintas a Lima y Callao), corresponde originariamente a las municipalidades provinciales, y que para que el Ente Rector pueda otorgar el derecho de explotación de la prestación de los servicios requiere necesariamente de la delegación expresa de las municipalidades provinciales; lo cual dependerá de la voluntad de las municipalidades y no del Ente Rector.
- El otorgamiento de la explotación de los servicios de saneamiento al sector privado, a lo que erróneamente llaman privatización, no es tal, por el contrario, con la modificación de la LGSS por el Decreto Legislativo N° 1240 se reafirma la convivencia de diversas formas de participación de gestión empresarial en las EPS, como son las EPS: públicas, municipales, mixtas y privadas, estableciéndose en la LGSS que la promoción de la participación privada en las EPS es de carácter facultativo y dependerá de la voluntad de las municipalidades como concedentes. Incluso, la facultad para promover la inversión privada en el ámbito del servicio de saneamiento se sustentó y se sigue amparando en la legislación nacional especial sobre la materia.

V. CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto en el análisis del presente Informe, es opinión de esta Dirección que el Proyecto de Ley N° 362/2016-CR no resulta legalmente viable puesto que los argumentos que lo fundamentan carecen de sustento constitucional y legal; y en tal sentido, se ratifica la legalidad y permanencia en el ordenamiento jurídico del Decreto Legislativo N° 1240.

VI. RECOMENDACIÓN:

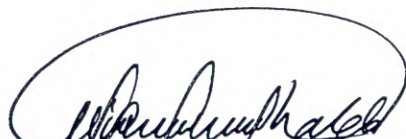
Remitir el presente Informe al Viceministro de Construcción y Saneamiento, para su conformidad y de considerarlo conveniente, traslade el mismo para opinión de la Oficina General de Asesoría Jurídica, en el marco de sus competencias, y de esta manera, continuar con el trámite correspondiente ante Secretaría General, para efectos de la emisión de la respuesta institucional dirigida al Congreso de la República.

Sin otro particular, es todo cuanto informamos a usted, para los fines que estime convenientes.

Atentamente,



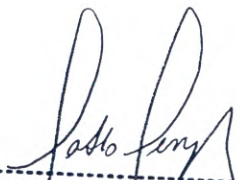
Abog. Carolina de la Vega Sarmiento
Especialista Legal – DS



Abog. Miguel Nalda Gagliardi
Coordinador de Normativa Sectorial

El que suscribe hace suyo el contenido del presente informe y lo eleva a su Despacho para los fines pertinentes.

Atentamente,



ING. PABLO PERRY LAVADO
Director de Saneamiento
Dirección General de Políticas y Regulación
en Construcción y Saneamiento
Viceministerio de Construcción y Saneamiento

RCBL/Mng/Cdlv
Adjunto lo indicado.

Lima, 19 de octubre de 2016

OFICIO P.O. N° 204 -2016-2017/ CDRGLMGE-CR

MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO
SECRETARÍA GENERAL
Oficina de Gestión Documentaria y Archivo
02 NOV. 2016 3
N° 190174
Hora 15:13 Por:
RECIBIDO
SEDE SAN ISIDRO

Señor
EDMER TRUJILLO MORI
Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento
Paseo de la República 3361 - Edificio de Petroperú
San Isidro

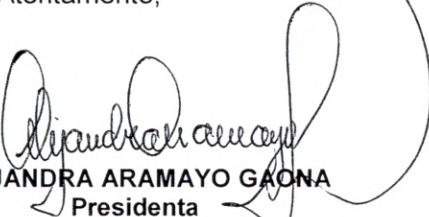
De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, para saludarlo muy cordialmente. Asimismo, solicitarle la opinión técnico legal de su representada sobre el Proyecto de Ley 0362/2016-CR, ley que propone derogar el Decreto Legislativo 1240, Ley General de Servicios de Saneamiento .

Este pedido se formula de acuerdo al artículo 34 del Reglamento del Congreso de la República y el artículo 96 de la Constitución Política del Perú.

Agradeciendo la atención prestada al presente, hago propicia la ocasión para expresar los sentimientos de mi estima personal.

Atentamente,



ALEJANDRA ARAMAYO GAONA
Presidenta
Comisión de Descentralización, Regionalización,
Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado

MINISTERIO DE VIVIENDA,
CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO
DIRECCIÓN DE SANEAMIENTO
07 NOV. 2016
RECIBIDO
Hora: 10:18 Firma: 

MINISTERIO DE VIVIENDA,
CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO
SECRETARÍA GENERAL
02 NOV. 2016
RECIBIDO
Reg N° 73 Hora: 17:32 Firma: 

MINISTERIO DE VIVIENDA,
CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS Y REGULACIÓN
EN CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO
04 NOV. 2016
RECIBIDO
Hora: 11:32 Firma: 