



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N.º 0007-2016-PI/TC
EXP N.º 0003-2017-PI/TC (Acumulados)
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE
AREQUIPA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0007-2016-PI y Expediente 0003-2017-PI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13 de febrero de 2020

Caso Ley de Saneamiento

Municipalidad Provincial de Arequipa C. Poder Ejecutivo

Asunto

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra artículos del Decreto Legislativo 1240 y del Decreto Legislativo 1280

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TABLA DE CONTENIDOS

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

B-1. Demandas

B-1.1. Expediente 0007-2016-PI

B-1.2. Expediente 0003-2017-PI

B-2. Contestación de la Demanda

B-2.1. Expediente 0007-2016-PI/TC

B-2.2. Expediente 0003-2017-PI

II. FUNDAMENTOS

§ 1. CUESTIONES PRELIMINARES

1.1. Acumulación de procesos por conexión de pretensiones

1.2. Inexistencia de sustracción de la materia

§ 2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD APLICABLE AL PRESENTE CASO

§ 3. EL ACCESO AL AGUA POTABLE COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

§ 4. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SANEAMIENTO

4.1. Empresas Prestadoras de Servicio de Saneamiento

4.2. Unidades de Gestión Municipal

4.3. Operadores Especializados

4.4. Organizaciones Comunales

§ 5. LAS EMPRESAS PRESTADORES DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO

5.1 La Junta General de Accionistas

5.2. El Directorio

5.3 La Gerencia

§ 6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

III. FALLO



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de febrero de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Ferrero Costa (vicepresidente), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Blume Fortini, que se agregan.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

En las demandas de inconstitucionalidad de fechas 06 de mayo de 2016 y 31 de marzo de 2017, ambas interpuestas por el alcalde de la Municipalidad Provincial de Arequipa, se alega que el artículo 2 del Decreto Legislativo 1240 (que modifica el artículo 19 de la Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento), así como el artículo 49.1 del Decreto Legislativo 1280, contravienen los artículos 188, 189, 194 y 195 de la Constitución.

~~En defensa de la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, con fechas 20 de octubre de 2017 y 20 de diciembre del mismo año, el apoderado del Poder Ejecutivo contesta las demandas y solicita que estas sean declaradas infundadas.~~

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas que se resumen a continuación.

B-1. Demandas

Los argumentos que contienen las respectivas demandas son los siguientes:

B-1.1. Expediente 0007-2016-PI

- La Municipalidad Provincial de Arequipa alega que el artículo 2 del Decreto Legislativo 1240, que modifica el artículo 19 de la Ley 26338, es inconstitucional, toda vez que vulnera el artículo 195 de la Constitución al desconocer la competencia de los gobiernos locales en materia de saneamiento, al establecer que la titularidad del accionariado de las empresas prestadoras del servicio recaerá únicamente en las municipalidades provinciales, mas no en las distritales.
- Por otro lado, el demandante aduce que se vulnera el inciso 29 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que define como atribución del Concejo



REPÚBLICA DEL PERÚ

Municipal, la de aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales.

- Asimismo, se alega que al despojar de la titularidad del accionariado de la empresas prestadoras del servicio de saneamiento a las municipalidades distritales, se impedirá el adecuado servicio y satisfacción que se debe brindar a la comunidad dado que los gobiernos locales son canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos que gestionan los intereses propios de estos sectores.

B-1.2. Expediente 0003-2017-PI

- La municipalidad demandante sostiene que con la vigencia del numeral 49.1 del artículo 49 del Decreto Legislativo 1280, se está vulnerando la autonomía de las municipalidades distritales establecida en el artículo 194 de la Constitución al no poder formar parte del accionariado de las empresas de saneamiento. Dicha disposición vulnera, además, lo establecido en los artículos 188, 189 y 195 de la Constitución.
- Por otro lado, argumenta que se infringe lo establecido en los numerales 4.1 y 4.2 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades como parte del bloque de constitucionalidad, ya que en dichas disposiciones se establecen las funciones específicas compartidas de administrar y reglamentar en materia de saneamiento, salubridad y salud, de las municipalidades distritales con las municipalidades provinciales.

B-2. Contestación de la Demanda

La contestación de la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

B-2.1. Expediente 0007-2016-PI

- La Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos contesta la demanda observando que ésta carece de argumentos jurídicos sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada, dado que se ha limitado a mencionar la posible vulneración del artículo 195 de la Constitución y el inciso 29 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades, exponiendo tan solo una discrepancia subjetiva y particular sobre su modificación.
- Asimismo, se alega que el sustento de la modificación del artículo 19 de la Ley General de Servicios de Saneamiento se encuentra en el artículo 5 de la misma norma, donde se dispone que las municipalidades provinciales son responsables de la prestación eficiente y adecuada de los servicios de saneamiento, además, en la exposición de motivos se establece que no hay razón que justifique la



intervención de municipalidades distritales en el accionariado de las entidades prestadoras municipales.

- Por otro lado, sobre la supuesta vulneración del artículo 195 de la Constitución, el demandado alega que dicho artículo se refiere a las competencias de los gobiernos locales de forma general, sin establecer distinción entre municipalidades distritales y provinciales, por ello, se debe interpretar de manera conjunta con la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades.
- En relación a la supuesta vulneración del inciso 29 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades se advierte que dicha norma hace referencia a la competencia de los Concejos Municipales en general, sin diferenciar entre las municipalidades provinciales y las distritales. Asimismo, se argumenta que no existe relación alguna entre esta disposición y el marco normativoreferente al accionariado de las entidades prestadoras del servicio de saneamiento.

B-2.2. Expediente 0003-2017-PI

- MPL*
- (P)*
- La parte demandada señala que la norma impugnada, como parte del Decreto Legislativo 1280, tiene por objeto la implementación de una medida que favorece la gestión de las empresas prestadoras de saneamiento de competencia de las municipalidades provinciales, con el fin de que el servicio resulte más eficiente y efectivo, por lo que no supone una afectación a las competencias de las municipalidades distritales.
 - Asimismo, sostiene que el artículo 195 de la Constitución atribuye competencias en materia de servicios públicos a los gobiernos locales; sin embargo, son las normas legales las que establecen cuáles serán estas y en qué instancia son responsabilidad de las municipalidades provinciales y/o distritales. Este artículo constitucional establece que ambas se superponen en todas las funciones que se desprenden de esta competencia.
 - Por otra parte, alega que el numeral 4 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades debe ser interpretado de forma conjunta con el numeral 2 de la misma disposición, los cuales prevén funciones específicas compartidas entre las municipalidades distritales y provinciales. Añade que son las normas de desarrollo las que establecerán los alcances de esas funciones.
 - En la contestación de la demanda se sostiene que es justamente por ello que el Decreto Legislativo 1280 ha otorgado funciones a las municipalidades provinciales y distritales en la prestación del servicio de saneamiento. Por lo tanto, a través de esta norma se han distribuido las atribuciones específicas que concretizan las competencias de los gobiernos locales.



Finalmente, el Poder Ejecutivo advierte que el artículo 14 del Decreto Legislativo 1280, establece que las municipalidades distritales prestan el servicio de saneamiento a través de Unidades de Gestión Municipal y Organizaciones Comunales, por lo que la norma impugnada no afecta su competencia.

II. FUNDAMENTOS

§ I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de ingresar al análisis de las objeciones de constitucionalidad planteadas resulta indispensable realizar algunas consideraciones previas en torno a la acumulación de los expedientes y la derogatoria de la Ley General de Servicios de Saneamiento, modificada por uno de los Decretos Legislativos impugnados.
2. En primer lugar, corresponde tomar en cuenta que el mismo demandante, la Municipalidad Provincial de Arequipa, cuestiona la constitucionalidad de dos disposiciones; una incorporada en el Decreto Legislativo 1240 (expediente 00007-2016-PI) y otra en el Decreto Legislativo 1280 (expediente 00003-2017-PI) pero en ambos casos la norma que se deriva es esencialmente la misma.
3. Efectivamente, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1240, que modifica el artículo 19 de la Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento establecía que

Artículo 19.- Titularidad de las Acciones

Cuando el ámbito de la entidad prestadora municipal, constituida como Sociedad Anónima, comprenda una o más provincias, la titularidad de las acciones que representan su capital social corresponde a las Municipalidades Provinciales en una parte proporcional al número de habitantes de su respectiva jurisdicción.

Las acciones de propiedad municipal son intransferibles, inembargables y no son sujeto de gravámenes, medida cautelar, medida judicial o de ser objeto de contratación alguno o pasible de derecho real o personal.

Sólo se puede efectuar la transferencia de acciones entre los propios accionistas o para la constitución de fideicomiso u otros actos jurídicos, por razones expresamente señaladas en el reglamento de la presente ley o en las normas sectoriales, siendo necesario contar previamente con la opinión favorable del Organismo Técnico de la Administración de Servicios de Saneamiento - OTASS y del Ente Rector.

El Reglamento de la Ley establece los procedimientos y la modalidad de aplicación del presente artículo.



La implementación de lo señalado en los párrafos precedentes, es efectuada por el OTASS, de forma gradual y conforme se determine en el reglamento de la presente ley y normas sectoriales.

4. Por otra parte, el artículo artículo 49.1 del Decreto Legislativo 1280 dispone que
 - 9.1. El capital social de las empresas prestadoras públicas de accionariado municipal está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de la(s) municipalidad(es) provincial(es) accionista(s) en dinero u otros bienes.
 5. Las disposiciones impugnadas comparten una misma norma, pues de ambas se deriva que el accionariado de las empresas de saneamiento corresponde a las municipalidades provinciales y que en este ámbito no tienen participación las municipalidades distritales.
 6. Por último, corresponde advertir que las dos demandas interpuestas se fundamentan en cuestionamientos semejantes y que la entidad recurrente, la Municipalidad Provincial de Arequipa, invoca un bloque de constitucionalidad uniforme en uno y otro caso.
 7. La identidad de la materia a resolver y de las razones en las que la recurrente funda sus cuestionamientos en estos dos procesos de inconstitucionalidad ha justificado que el Tribunal, de conformidad con el artículo 117 del Código Procesal Constitucional y el artículo 14 de su Reglamento Normativo, mediante auto de fecha 16 de enero de 2018, haya ordenado la acumulación.
 8. ~~Estando a lo expuesto, se resolverá en la presente sentencia tanto el Expediente 0007-2016-PI como el Expediente 0003-2017-PI, que se acumuló al anterior por ser el que ingresó en primer lugar al Tribunal Constitucional.~~
- #### 1.2. Inexistencia de sustracción de la materia
9. El Tribunal Constitucional advierte que la Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, cuyo artículo 19 fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1240, ha sido derogada en su totalidad por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo 1280, que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2016.
 10. Sin embargo, a pesar de haberse derogado la disposición materia de debate, el Tribunal puede examinar la presunta inconstitucionalidad del artículo 2, que modifica el artículo 19 de la Ley 26338, puesto que, como se ha establecido en reiterada jurisprudencia, es posible realizar el juicio de validez de una norma



derogada cuando ésta continúa desplegando sus efectos (STC 00004-2004-PI, fundamento 2 y STC 00019-2005-PI, fundamento 5, entre otras).

11. En el caso de autos, la disposición impugnada de la Ley 26338 continúa desplegando sus efectos ya que hasta la fecha se mantiene el impedimento para que las municipalidades distritales participen en el accionariado de las empresas prestadoras del servicio de saneamiento. En efecto, en el artículo 49 del Decreto Legislativo 1280, que también se impugna en autos, se reproduce la misma prohibición que se impugna en este proceso.
12. Teniendo en cuenta los hechos referidos, el Tribunal Constitucional, en el auto de fecha 18 de julio de 2017, resolvió que debía realizarse el juicio de validez sustantiva de la norma derogada toda vez que continúa desplegando sus efectos.

2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD APLICABLE AL PRESENTE CASO

13. El artículo 79 del Código Procesal Constitucional establece que al resolver un proceso de inconstitucionalidad, este Tribunal Constitucional tomará en cuenta además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado.
14. Este Tribunal ha señalado que el bloque de constitucionalidad:

" [...] puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v. g., la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de 'normas sobre la producción jurídica'" (STC 00007-2002-AI, 00017-2006-AI, 00022-2010-PI, entre otras).
15. En resumen, el parámetro de control a emplear estará integrado por las normas de rango legal a las que haya que acudir por remisión de la Constitución, o por tratarse de aquellas que, desarrollando disposiciones constitucionales, atribuyan competencias a distintos niveles de gobierno o entidades del Estado.
16. El artículo 106 de la Constitución establece, en su parte pertinente, que "[m]ediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución".
17. En el caso de autos, se integrará como parte del parámetro de control de constitucionalidad a la Ley Orgánica de Municipalidades dado que la demanda



gira en torno a la posible vulneración del artículo 195 de la Constitución, el cual, en lo que aquí interesa, es dotado de contenido por el artículo 80de dicha norma.

18. Por otra parte, debe tomarse en cuenta también la Ley de Bases de Descentralizaciónen cuanto prevé como parte del proceso la transferencia de funciones y servicios en materia de saneamiento hacia los gobiernos locales y regionales, según corresponda.
19. Es en dicho contexto que se analizará la competencia compartida de las municipalidades en materia de saneamiento.

§3. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SANEAMIENTO

20. Corresponde comenzar tomando en cuenta que en el Perú no existe un único y excluyente modelo para llevar a cabo la prestación del servicio de saneamiento.Incluso, cuando el servicio se brinde por medio de empresas prestadoras, éstas pueden ser públicas, privadas o mixtas.
21. Adicionalmente, cuando la prestación se lleve a cabo por medio de empresas públicas, el accionariado de las mismas puede corresponder a los gobiernos locales, pero también a otros organismos estatales.
22. Efectivamente, el artículo 15del Decreto Legislativo 1280 establece que el servicio de saneamiento puede ser prestado por:
 - a. Empresas prestadoras de servicios de saneamiento, que pueden ser públicas de accionariado estatal, públicas de accionariado municipal, privadas o mixtas;
 - b. Unidades de Gestión Municipal;
 - c. Operadores Especializados; y,
 - d. Organizaciones Comunales.
23. Como podrá apreciarse, de acuerdo con las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, la prestación del servicio de saneamiento se puede llevar a cabo por medio de diferentes formas asociativas en cuya administración pueden participar los gobiernos locales en sus diversos niveles.
24. Por último, corresponde advertir que el inciso 2 del mismo artículo 15 (norma no impugnada en autos) establece que el contenido, alcances, características y condiciones de los prestadores de servicios de saneamiento sería definido por el Reglamento que se aprobó más tarde mediante el Decreto Supremo 019-2017-



VIVIENDA, y que posteriormente sería modificado por los decretos supremos 008-2018-VIVIENDA y 001-2019-VIVIENDA.

3.1. Empresas Prestadoras de Servicio de Saneamiento

25. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1280 establece que las municipalidades provinciales son responsables de la prestación eficiente y sostenible de los servicios de saneamiento en el ámbito urbano a través de empresas prestadoras.
- Para constituir una sociedad en dicho ámbito, se debe contar previamente con la opinión favorable de la Sunass.
26. Las municipalidades provinciales son titulares de las acciones de estas empresas de saneamiento que de acuerdo con el artículo 48.1 del Decreto Legislativo se constituyen como sociedades anónimas.

3.2. Unidades de Gestión Municipal

27. Por otro lado, la prestación del servicio de saneamiento puede llevarse a cabo por medio de Unidades de Gestión Municipal, las cuales pueden operar tanto en el ámbito urbano como en el rural. En el primer escenario, cuando la Sunass determine que aún no es viable la integración de las empresas prestadoras, autoriza la prestación de los servicios de saneamiento a las municipalidades provinciales o distritales mediante estos órganos.
28. En esta línea, el Reglamento del Decreto Legislativo 1280 las define como:

Artículo 17.- Unidades de Gestión Municipal

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

17.2 La constitución de Unidades de Gestión Municipal para la prestación directa de los servicios de saneamiento en pequeñas ciudades se realiza previa autorización de la Sunass a la municipalidad competente, en aquellos casos que el área bajo su prestación no pueda ser integrada al ámbito de responsabilidad de una empresa prestadora con cargo a su posterior integración, según lo establecido en el párrafo 21.8 de artículo 21 del presente Reglamento (texto según el artículo 2 del Decreto Supremo 008-2018-VIVIENDA)

3.3. Operadores Especializados

29. En tercer lugar, el servicio de saneamiento puede ser prestado por Operadores Especializados, las cuales son definidos como personas jurídicas de derecho



privado constituidas y reguladas por la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, que realizan la prestación de los servicios de saneamiento en las pequeñas ciudades en virtud de un contrato de prestación de servicios o similar, suscrito con la municipalidad provincial competente.

30. Como se deriva del artículo 18 del Decreto Supremo 019-2017-VIVIENDA este tipo organización solo puede operar en pequeñas ciudades y sujeto a la existencia de un contrato suscrito con las municipalidades provinciales.

3.4. Organizaciones Comunales

31. Finalmente, la prestación del servicio de saneamiento puede llevarse a cabo por medio de Organizaciones Comunales, que se constituyen sin fines de lucro y adquieren capacidad y personería jurídica de derecho privado, exclusivamente para la prestación de servicios de saneamiento en el ámbito rural a partir de la autorización de las municipalidades distritales o provinciales, según corresponda.

32. Estas Organizaciones Comunales se constituyen con el propósito de administrar, operar y mantener los servicios de saneamiento en uno o más centros poblados del ámbito rural, y pueden adoptar la forma asociativa de Junta Administradora de Servicios de Saneamiento, Asociación, Comité, Cooperativa, Junta de Vecinos u otra modalidad elegida voluntariamente por la comunidad.

33. Son reconocidas por la municipalidad competente de la jurisdicción en la que realizan sus actividades.

§4. LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO

34. En el Perú existen, en la actualidad, 50 empresas prestadoras de servicios de saneamiento (en adelante EPS), de las cuales 48 son de accionariado municipal, una se encuentra concesionada en la ciudad de Tumbes y por último se encuentra la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), administrada por el Estado a través del FONAFE.

35. En la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1280 se pone de relieve que: "Son las EPS quienes realizan la prestación de los servicios en poblaciones urbanas mayores a 15,000 habitantes dentro de su ámbito de responsabilidad, para ello deben contar con la organización, los recursos, personal técnico y profesional necesario para asegurar su adecuada administración, la eficiente operación y mantenimiento de los sistemas, la buena calidad de los servicios prestados, la ampliación de su cobertura y el cabal cumplimiento de la normativa establecida".



36. Las EPS, que como ya se pusiera de relieve se constituyen como sociedades anónimas, cuentan con accionariado municipal y se rigen por el régimen legal especial societario establecido en el Decreto Legislativo 1280, modificado por el Decreto de Urgencia 11-2020, publicado el 16 de enero de 2020 en el diario oficial "El Peruano", sujetándose asimismo a lo dispuesto en su Reglamento, las normas sectoriales y supletoriamente por la Ley General de Sociedades.
37. Desde la perspectiva de la estructura de los órganos societarios de las EPS cabe advertir que cuentan con una junta general de accionistas, un directorio y la gerencia que, según se establezca en el estatuto, puede ser solo gerencia general o contar además con gerencias de línea.
38. Cada uno de estos órganos desarrollan diversas funciones de acuerdo a las normas que los regulan que deben ser tomadas en cuenta para determinar si la exclusión de las municipalidades distritales del accionariado resulta contraria al bloque de constitucionalidad ya analizado.

4.1 La Junta General de Accionistas

39. La Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento y la Ley General de Sociedades establecen que la Junta General de Accionistas es el órgano de mayor jerarquía de la empresa.
40. El ~~inciso~~ 1 del artículo 50 del Decreto Legislativo 1280, modificado por el artículo 2 del Decreto de Urgencia 11-2020, previamente citado, establece, además, que en el caso de las EPS, la Junta General de Accionistas está conformada por el representante legal de la o las municipalidades provinciales en cuyo ámbito opera la empresa, o por quien estas designen para tal efecto y tiene como competencias las de:
 - a. Elegir y remover a los miembros del Directorio propuestos por la(s) municipalidad(es) accionista(s);
 - b. Efectuar la declaración de vacancia del (los) miembro(s) del Directorio propuestos por la(s) municipalidad(es) accionista(s);
 - c. Efectuar la declaración de vacancia del(los) miembro(s) del Directorio propuestos por el Gobierno Regional y la Sociedad Civil, en caso que el Directorio no lo efectúe.
41. El artículo 152 de la Ley General de Sociedades, correspondiente al Título Segundo, establece que "[l]a administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes" y añade que si, de acuerdo con el estatuto, la



sociedad no tuviese directorio la función de administración corresponde a la gerencia.

42. Del marco normativo descrito se deriva que la administración de las EPS no es una atribución que corresponda a la Junta General de Accionistas, que es el órgano máximo de la sociedad, sino al directorio y la gerencia o solo a ésta a falta del anterior.

4.2. El Directorio

43. El Directorio de las EPS que cuenten con accionariado municipal es responsable de la gestión y administración de la prestación de los servicios a su cargo. Concordante con lo anterior, el ya citado artículo 152 de la Ley General de Sociedades establece que la administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes.

44. En relación con este órgano, la Ley 28870, Ley para optimizar la gestión de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento establecía en su artículo 2 que

[e]l Directorio de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento Municipales estará constituido por un máximo de cinco (5) miembros para las Entidades Prestadoras de mayor tamaño, el cual deberá incluir necesariamente a un (1) miembro del gobierno regional y dos (2) miembros de la sociedad civil garantizando la presencia de los usuarios; y para las Entidades Prestadoras Municipales de menor tamaño tres (3) miembros, el cual deberá incluir necesariamente a un (1) representante del gobierno regional y un (1) representante de la sociedad civil. Los Directores son responsables de la gestión. Los Directores son responsables de la gestión.

Lo dispuesto por el presente artículo guarda concordancia con lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Respecto de la organización y funcionamiento de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento, se aplicarán supletoriamente las normas contenidas en la Ley General de Sociedades.

45. La Municipalidad Provincial de Castilla interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra esta disposición que fue resuelta en definitiva por este Tribunal Constitucional en las STC 0008-2007-PI y 0020-2007-PI. La discusión giraba en torno a la composición del directorio de las empresas prestadoras del servicio de saneamiento, en el cual no se incluía a las municipalidades distritales como miembro, por lo que se alegaba una vulneración de los incisos 3 y 5 del artículo 195 de la Constitución.

46. En dichos casos, este órgano de control de la Constitución declaró infundada la demanda señalando que "[...] si los gobiernos locales son entidades básicas de organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal



en los asuntos públicos (artículo I del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972), la presencia de representantes de la sociedad civil en los directorios de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamientos Municipales no afecta su autonomía" (STC 0008-2007-PI, fundamento 17).

47. Añade, de otra parte que "... en la medida que los gobiernos locales representan al vecindario y promueve la adecuada prestación de los servicios públicos locales, la participación de la sociedad en dichos directorios, a juicio del Tribunal Constitucional, es una forma también de garantizar que los vecinos, en tanto destinatarios de los servicios públicos locales, velen por que estos, mantengan un estándar mínimo de calidad, y que el acceso a ellos se dé en condiciones de igualdad" (STC 0008-2007-PI, fundamento 18).
48. Actualmente, la conformación del directorio de las empresas prestadoras del servicio público de saneamiento de accionariado municipal se encuentra regulado por el inciso 1 del artículo 52 del Decreto Legislativo 1280, modificado por el Decreto Legislativo 1357 y posteriormente por el artículo 2 del Decreto de Urgencia 011-2020, el cual establece que

- 52.1. El Directorio de las empresas prestadoras públicas de accionariado municipal está compuesto de la siguiente manera:
1. Un (1) director, titular y suplente, propuesto por las municipalidades accionistas, a través de Acuerdo de Concejo Municipal;
 2. Un (1) director, titular y suplente, propuesto por el Gobierno Regional a través del Acuerdo de Consejo Regional;
 3. Un (1) director, titular y suplente, propuesto por la Sociedad Civil, esto es por los colegios profesionales, cámaras de comercio y universidades, según sus estatutos o normas pertinentes.

49. La disposición vigente no solo mantiene la participación de la sociedad civil en el directorio, sino que añade un representante de las municipalidades accionistas salvo para el caso de las EPS incorporadas al Régimen de Apoyo Transitorio.

4.3 La Gerencia

50. De acuerdo con el artículo 58 del Decreto Legislativo 1280, modificado por el artículo 2 del Decreto de Urgencia 011-2020 antes mencionado, el gerente general es el ejecutor de las decisiones adoptadas por el directorio de las EPS y sus atribuciones y obligaciones se rigen por las normas sectoriales y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley General de Sociedades.
51. El artículo 188 de esta última establece que entre las atribuciones del Gerente General se encuentra la de "Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social", es decir llevar a cabo los actos de administración de la empresa.



52. Esta disposición resulta concordante con el ya citado artículo 152 de la Ley General de Sociedades que pone la administración a cargo del directorio y de la gerencia y a falta del primero solo de ésta última.

5. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

53. La Constitución, en su artículo 43, adopta el modelo de estado unitario descentralizado, y este presupone un proceso de desarrollo integral y armónico del país, donde los gobiernos locales adquieren un rol protagónico.

54. El legislador constituyente en los artículos 188, 189 y 194 establece que la descentralización es un proceso de desarrollo integral y armónico, llevado a cabo a través de la asignación de competencias a los gobiernos regionales y locales.

55. En referencia a estos últimos, la Constitución les ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Asimismo, son los encargados de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales, así como planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, y, ejecutar los planes y programas correspondientes; lo cual es instrumento básico de tal proceso.

56. Este Tribunal ha afirmado que los gobiernos locales ejercen descentralizadamente el poder del Estado en las distintas provincias y distritos del país, orientados por los intereses y necesidades particulares de los vecinos. La ley fundamental, así como las normas de rango legal que desarrollan los preceptos constitucionales aplicables a la materia, establecen expresamente cuáles son sus atribuciones y competencias, las mismas que serán ejercidas dentro del ámbito territorial previamente delimitado por el Congreso de la República (STC 00008-2010-PI, fundamento 6).

57. Las disposiciones cuestionadas, como ya se ha puesto de relieve, establecen que la titularidad de las acciones de las EPS, recaerá únicamente en las municipalidades provinciales, como parte de los gobiernos locales.

58. Este Tribunal entiende que la norma que se desprende de dichas disposiciones no vulnera los artículos constitucionales citados en tanto que estos se refieren, de manera genérica, al proceso de descentralización y la autonomía de los gobiernos Locales.

59. Los gobiernos locales, abstractamente considerados, mantienen inalterada su potestad en los ámbitos político, económico y administrativo y, por ende, no se afecta el proceso de descentralización ni sus competencias debiendo



desestimarse la demanda en este extremo.

60. Resta analizar si las disposiciones objeto de las demandas que dan lugar a esta sentencia afectan la competencia de las municipalidades distritales en torno a la reglamentación y administración del servicio de saneamiento de conformidad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad analizado *supra*.
61. Corresponde comenzar tomando en cuenta que los gobiernos locales cuentan con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia y se les encarga la promoción del desarrollo y de la economía local.
62. Efectivamente, el artículo 195 de la Constitución, establece 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.

Son competentes para:

[...]

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.

[...]

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, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.

63. Al respecto, este Tribunal tiene establecido que "[...] si bien es reconocida la capacidad de autogobierno municipal y su potestad de emitir normas jurídicas destinadas a promover los planes de desarrollo local y la satisfacción de los intereses de su jurisdicción, el resguardo constitucional no sólo se centrará en garantizar la autonomía local, sino también en salvaguardar la estructura general de la cual forma parte dicho gobierno local, preservando así el ordenamiento jurídico establecido, que se materializa en el respeto irrestricto de las competencias asignadas" (STC 0009-2011-PI, fundamento 13).
64. El detalle de la estructura y funcionamiento de los órganos en el Estado unitario y descentralizado, se desarrolla por medio de las leyes orgánicas a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 106 de la Constitución.



65. En el caso de autos, la demandante alega que la norma impugnada, en cuanto excluye a las municipalidades distritales del accionariado de las EPS, vulnerados artículos de la Ley Orgánica de Municipalidades. En primer lugar, invoca el inciso 29 del artículo 9y, en segundo término, alega la vulneración de los numerales 2.1 y 4.1 del artículo 80.
66. En relación con lo primero, corresponde poner de relieve que el inciso 29 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que son atribuciones del Concejo Municipal, entre otras, las de "[aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales".
67. Cabe advertir que el citado artículo se refiere a la competencia de los Concejos Municipales en general, sin hacer una diferenciación entre las municipalidades distritales o provinciales, y, por lo tanto, queda claro que la disposición impugnada del Decreto Legislativo 1280 no infringe este artículo toda vez que mantiene la participación de las municipalidades provinciales en el accionariado de las EPS.
68. Por otra parte, y en relación con el alegato de vulneración del bloque de constitucionalidad compuesto por el artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades, corresponde advertir que el numeral 2.1 regula como funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales, entre otras, la 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].
69. A su turno, el numeral 4.1 del mismo dispositivo establece como funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales, entre otras, la de [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].
70. La Ley de Bases de la Descentralización, en su artículo 13.2, define las competencias compartidas como aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. Añade que la ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.



71. Asimismo, en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que "Las funciones específicas municipales que se derivan de las competencias se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley orgánica".
72. En ese sentido, los numerales 2.1 y 4.1 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Municipalidades regulan atribuciones compartidas entre las municipalidades provinciales y distritales en referencia al servicio de saneamiento.
73. Al respecto, la última de las disposiciones glosadas establece la posibilidad de que las municipalidades distritales administren y reglamenten el servicio de agua potable, pero también es clara en cuanto a que pueden hacerlo directamente o por concesión y sujeto a que tengan la capacidad indispensable para hacerlo.
74. Corresponde entonces determinar si las disposiciones impugnadas que establecen que la titularidad del accionariado de las EPS recaerá únicamente en las municipalidades provinciales, vacía de contenido las competencias de participar en la administración y reglamentación del servicio de agua que se asigna a las municipalidades distritales.
75. En primer lugar corresponde recordar que, como se ha puesto de relieve *supra*, la prestación del servicio de saneamiento no se lleva a cabo solo por medio de EPS sino también a través de Unidades de Gestión Municipal, Operadores Especializados y Organizaciones Comunales y que las disposiciones tachadas de inconstitucionalidad no impiden en ninguna forma la participación de las municipalidades distritales en la administración de estas tres últimas y por lo tanto no se vacía de contenido las disposiciones del bloque de constitucionalidad.
76. De este modo, las municipalidades distritales mantienen inalterada su competencia para participar en la administración de las Unidades de Gestión Municipal, en los Operadores Especializados y en las Organizaciones Comunales dedicadas al servicio de saneamiento. De este modo, este Tribunal considera que la decisión adoptada a través del Decreto Legislativo impugnado se encuentra dentro del marco legítimo de acción para regular los aspectos concernientes a la participación de las municipalidades distritales en el accionariado.
77. Además, la exclusión de las municipalidades distritales del accionariado de las EPS no impide que participen en su administración, por cuanto la Junta General de accionistas no lleva a cabo la administración de la empresa, tal y como se pusiera de relieve al analizar la estructura y funciones de los órganos societarios.



78. Efectivamente, se ha dejado establecido *supra* que tanto el directorio como la gerencia son los órganos encargados de la administración de las sociedades anónimas, por lo que corresponde desestimar la demanda en este extremo.
79. Por último, este Tribunal entiende que la potestad de reglamentar, entendida como capacidad para expedir normas, no ha sido limitada por la disposición que excluye a las municipalidades distritales del accionariado de las EPS. En ese sentido, no se advierte alguna vulneración en este extremo.
80. Por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que no se ha verificado transgresión alguna del marco constitucional, corresponde desestimar la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. n.º 00007-2016-PI/TC y 00003-2017-PI/TC (Acumulados)

Caso Ley Marco de Servicios de Saneamiento

FUNDAMENTOS DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, deseo hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de Estado y el proceso de descentralización territorial, a la luz de lo prescrito en nuestra Constitución y lo precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto:

1. A lo largo de nuestra historia la descentralización territorial en el Perú, más que una práctica concreta seguida de manera consecuente, muchas veces ha sido, ante todo, un discurso bien intencionado, o inclusive, aunque sea duro decirlo, una promesa objeto de manipulación por diversos sectores. En dicho escenario, se aprecia cómo hasta la fecha continúa existiendo una serie de imprecisiones y problemas no resueltos en torno a la descentralización territorial, tanto es así que aun no existen posiciones bien definidas en diversos asuntos cuya relevancia es insoslayable. De esta manera, y como cuestión principal, ha sido difícil esclarecer con precisión cuál es la forma de Estado peruano, forma que, por lo demás, ha ido mutando en el tiempo, hasta llegar al modelo previsto en nuestra Constitución de 1993 (el cual, por cierto, ha sido objeto también de algunas importantes reformas).
2. En relación con el proceso de descentralización territorial, este ha sido una preocupación constante para el Tribunal Constitucional, a la cual ha debido atender de manera recurrente, por ejemplo, con ocasión de resolver conflictos de competencias que se presentan entre los diversos niveles de gobierno (nacional, regional y local), fricciones que, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, deben ser canalizados a través de los procesos competenciales y los procesos de inconstitucionalidad (estos últimos, cuando el conflicto de competencias se sustenta en normas con rango de ley).
3. Respecto al asunto de fondo, tenemos que, y muy a despecho de ciertos esfuerzos históricamente seguidos en otro sentido, lamentablemente en el Perú el ejercicio del poder a nivel territorial se ha encontrado concentrado y centralizado en Lima, con indudables consecuencias a nivel social, político y económico. Esto, ciertamente, es de lamentar pues los ciudadanos y las autoridades de gran parte del país en muchas ocasiones se han encontrado (y se encuentran) alejadas de muchas decisiones importantes que les involucran directamente, y respecto a las cuales tienen importantes consideraciones que aportar, tanto a nivel social, político y técnico.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. n.º 00007-2016-PI/TC y 00003-2017-PI/TC (Acumulados)

Caso Ley Marco de Servicios de Saneamiento

4. En ese marco, es claro que la descentralización territorial implica un redimensionamiento completo respecto del ejercicio del poder político. De este modo, la descentralización constituye una importante opción para acercar el gobierno a los ciudadanos, democratizando la toma de aquellas decisiones que, en líneas generales, pueden ser consideradas como la de mayor relevancia en nuestra sociedad, o también aquellas que tienden a apuntalar modelos alternativos de desarrollo social y económico. Así, y manteniéndonos en el contexto propio de la forma de Estado unitario, la descentralización territorial se presenta entonces en el Perú como una necesidad estrechamente vinculada con la democracia y el desarrollo social, que merece una atención y materialización impostergable.
5. Ya en el ámbito normativo, vemos que, de una lectura conjunta de los artículos 43 (el gobierno peruano es unitario y descentralizado) y 188 (sobre el proceso de descentralización) de la Constitución, la forma del Estado peruano puede ser calificada, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional, de *Estado unitario y descentralizado*, o, dicho con otras palabras, de un Estado que se encuentra incursa en un *proceso de descentralización territorial*, el cual es una política permanente del Estado y cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.
6. Ahora bien, nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado* no debe confundirse con la de un *Estado unitario con cuotas de desconcentración*, tal como pasará a explicar. Al respecto, y en primer lugar, respecto a la noción de Estado unitario, se trata de aquella forma estatal que cuenta con un centro de gobierno único o principal, desde el cual se toman las decisiones más importantes dentro de un Estado. En este eventualmente, buscándose tal vez una mejor distribución de competencias, alguna cuota de democratización del ejercicio del poder estatal o quizás el apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en especial, puede ocurrir que se concedan o transfieran determinadas de competencias a entes descentralizados, con ciertas, aunque usualmente acotadas, cuotas de autonomía.
7. La desconcentración, por su parte, fue descrita por Hauriou en su momento como una técnica administrativa, la cual es sin duda diferente de la descentralización. Y es que si bien la desconcentración tiene en común con la descentralización que en ambas existe una tendencia centrífuga, que aproxima la Administración al administrado, sin embargo, la desconcentración se encuentra tan solo limitada a delegar ciertas competencias administrativas, en lo que se constituye antes bien una “técnica de autoridad” y no una “técnica de libertad”¹. De este modo, la desconcentración mantiene el centralismo, y si bien no supone que toda la

¹ HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 185.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. n.º 00007-2016-PI/TC y 00003-2017-PI/TC (Acumulados)

Caso Ley Marco de Servicios de Saneamiento

actividad pública se realice en el centro político estatal, únicamente otorga potestades administrativas y, en algunos casos testimoniales, a los niveles subnacionales de gobierno. De esta manera, en un *Estado unitario con desconcentración* no se transfieren competencias ni recursos, pues las dinámicas de reparto y transferencia de competencias, con vocación permanente además, es patrimonio de los procesos de descentralización.

8. Ya respecto a la *descentralización territorial*, que caracteriza a nuestro *Estado unitario y descentralizado*, antes que ser una técnica administrativa para trasladar los beneficios del centro político hacia las poblaciones periféricas expectantes, es principalmente una forma de distribución el poder del Estado dentro del territorio. Más específicamente, la descentralización territorial implica la transferencia (y no solo la delegación) de competencias, que pasan del tradicional centro político a las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales en el caso peruano). Así considerado, las regiones y los municipios se erigen como ejes propios de desarrollo, y cuentan con plena autonomía y con espacios propios de participación y de decisión política.
9. En este sentido, el actual artículo 188 de nuestra Constitución es muy claro cuando 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”.
10. En este orden de ideas, el desarrollo integral del país –objetivo constitucionalmente consagrado– implica que cada espacio subnacional cuente con las garantías suficientes para plantear sus propias líneas de desarrollo. Con ese propósito, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que “(...) nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regional y local) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución)” (STC Exp. n.º 00020-2005-PI, f. j. 38; STC Exp. n.º 00034-2009-PI, f. j. 7).
11. Así considerado, los gobiernos regionales y locales deben contar con condiciones que les permitan decidir y generar su propio desarrollo, tanto a partir de las políticas que adopten de manera autónoma, como también de las relaciones que entablen con el centro y también entre ellas. La descentralización territorial,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. n.º 00007-2016-PI/TC y 00003-2017-PI/TC (Acumulados)

Caso Ley Marco de Servicios de Saneamiento

entonces, queda vinculada a la posibilidad de que cada localidad pueda gozar de autonomía, así como de generar sus propias dinámicas de desarrollo de acuerdo a sus propias decisiones, en un marco de subsidiariedad.

12. Ahora, lo que he anotado hasta el momento sobre nuestra forma de Estado y sobre el proceso de descentralización debe tenerse en cuenta al momento de enfrentar conflictos competenciales como el presente. De manera más específica, en lo que se refiere al llamado “test de competencia”, por ejemplo, al cual suele hacer referencia el Tribunal Constitucional para resolver este tipo de controversias, debemos indicar que este no puede entenderse como un test que arrojará, indubitablemente, una respuesta correcta para cada caso. Por el contrario, el uso de criterios como los de *unidad, cooperación y lealtad* (nacional y regional), o *taxatividad y cláusula de residualidad*, deberán ser entendidos y aplicados siempre respetando nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado*. Dicho con otros términos: y es que si bien el nuestro es un Estado unitario (por lo cual opera a favor del gobierno nacional la cláusula de residualidad de las competencias), está inmerso en un proceso de descentralización en el cual existen verdaderas autonomías (que en ningún caso deben ser minimizadas o soslayadas).
13. Así considerado, las respuestas que brinde el Tribunal Constitucional a estas cuestiones no pueden partir de asumir que el gobierno nacional detenta, prima facie, algo así como una jerarquía superior frente a los demás niveles de gobierno, y que ello se traduzca, por ejemplo, en la primacía de las decisiones del gobierno central, al margen o en perjuicio de las competencias constitucionales y legales establecidas para los diversos niveles de gobierno; o que debe entenderse que es mayor la lealtad constitucional en dirección hacia el gobierno nacional, que hacia los gobiernos regionales o locales; o, finalmente, que todas las decisiones importantes para nuestra comunidad deben ser de competencia del gobierno nacional.
14. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que lo que manda en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno territorial más bien son las competencias establecidas (expresas, aunque a veces tácitas o implícitas), la residualidad en los supuestos en los que las competencias que no hayan sido reguladas, así como el deber de colaboración y lealtad mutua entre diversos los gobiernos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00007-2016-PI/TC Y
00003-2017-PI/TC (acumulados)
Caso Ley Marco de Servicios de
Saneamiento

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO POR DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA E INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 2 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1240, QUE MODIFICÓ EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY 26338, Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1280 EN CUANTO RECORTA LA FACULTAD CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS MUNICIPIOS DE ORGANIZAR, REGLAMENTAR Y ADMINISTRAR EL SERVICIO PÚBLICO DE SANEAMIENTO

Discrepo, respetuosamente, de la sentencia de mayoría que ha decidido declarar INFUNDADA la demanda promovida por la Municipalidad Provincial de Arequipa contra el Poder Ejecutivo, por cuando, a mi consideración, debe declararse FUNDADA, ya que la normativa impugnada presenta vicios de constitucionalidad.

A continuación, procedo a expresar las razones de mi posición.

1. El actual modelo de Estado Unitario se fortalece y garantiza su supervivencia a través de la descentralización, que es el fundamento de la modernización y democratización del Estado. Así, “el Estado, al desarrollar una política de descentralización, transfiriendo poder y competencias hacia niveles intermedios de gobierno territorial y las que corresponda, hacia los gobiernos locales, lejos de debilitarse, se fortalece, no sólo porque puede concentrar su actividad como Estado nacional, a lo que tiene que ser verdaderamente de ese nivel nacional, sino porque pueden cumplirse las tareas públicas que le son propias, más eficientemente y con más presencia en los niveles intermedios y locales de gobierno. Un Estado nacional sobrecargado y sobrepasado en sus posibilidades, lejos de debilitarse con la descentralización política, logra su fortalecimiento al poder reconducir sus esfuerzos, a atender los asuntos nacionales y poder prestar más eficientemente los servicios y tareas esenciales mediante su transferencia a los niveles político-territoriales intermedios o locales”¹
2. Nuestro Texto Constitucional en su artículo 43 ha establecido lo siguiente:

La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. “Reflexiones sobre a descentralización política y el Estado Contemporáneo”. Documento preparado para el Congreso Internacional sobre “Derecho Público y Filosofía del Derecho: perspectivas para el próximo milenio”, llevado a cabo del 12 al 16 de Agosto de 1996 en la Universidad Externado de Colombia, Santa Fé de Bogotá, D.C.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00007-2016-PI/TC Y
00003-2017-PI/TC (acumulados)
Caso Ley Marco de Servicios de
Saneamiento

3. Siguiendo dicho diseño constitucional, nuestra Carta Política desde sus artículos 188 a 199, regula el proceso de descentralización como aquel proceso progresivo y ordenado tendiente al desarrollo integral de nuestro país. Vale decir, la descentralización es un proceso que permite que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanística ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.
4. En tal sentido, a mi juicio, dicho proceso implica el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada en procura del desarrollo integral del país, que, sin romper el concepto unitario de Estado, debe reconocer órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad.
5. Asimismo, desde mi perspectiva la Constitución ha establecido que el proceso de descentralización se da básicamente a través y a partir de las municipalidades, a las cuales va a considerar instrumentos de la descentralización del país. Por ello, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se debe concebir como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local; a las cuales, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, se les ha otorgado plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia.
6. Esta autonomía otorgada a los municipios es tal que incluso el propio Texto Constitucional en su artículo 194 reconoce la existencia de los Consejos Municipales como órganos normativos y fiscalizadores (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local y en los asuntos de su competencia), mientras que a la Alcaldía como un órgano ejecutivo (equivalente al Poder Ejecutivo).
7. Por ello, si como país aspiramos a un auténtico Estado Constitucional Unitario y Descentralizado moderno y eficiente, en el cual se hayan radicado entes territoriales cuyas autoridades emergan del mandato popular y que gocen de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, es necesario fortalecer a el proceso de descentralización dentro de la estructura estatal, con la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00007-2016-PI/TC Y
00003-2017-PI/TC (acumulados)
Caso Ley Marco de Servicios de
Saneamiento

finalidad de procurar el desarrollo integral del país a través de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

8. Adicionalmente a ello, considero importante señalar que nuestro diseño de Estado Unitario y Descentralista resulta *sui géneris*, pues dentro de un modelo de Estado Unitario, es conocido que el gobierno nacional es el único que ostenta autonomía política. Sin embargo, a partir de la Carta de 1993, el constituyente peruano ha otorgado a los Gobiernos Regionales y Locales –en tanto entes territoriales básicos–, a través de sus órganos de gobierno local autonomía política, inaugurando dentro del Estado peruano una modalidad especial, que conjuga una autonomía política general, inherente y exclusiva de gobierno nacional en el clásico Estado Unitario, con una autonomía política constreñida a los asuntos competenciales propios, que entendemos como comprensiva de la gestión de sus respectivos intereses.
9. En este orden, la consagración de la autonomía política, administrativa y económica de los gobiernos locales abarca las potestades, en su ámbito competencial, como poderes autónomos de: autogobernarse por autoridades representativas electas; autonormarse, vía normas dictadas por su órgano normativo integrado por representantes electos; autofiscalizarse, a través del mismo órgano normativo; autoadministrarse, en su organización interna, en su presupuesto y en los servicios públicos que debe atender; y, autogenerar sus recursos, con potestad tributaria. Todo ello en el marco de la Constitución y de su ley orgánica.
10. Dicho esto entonces, el ejercicio de las competencias municipales ya no pueden entenderse como simples facultades regladas y constreñidas a mandatos de competencias literales, sino que en el ejercicio de ellas, será necesario apuntar al desarrollo armónico de cada circunscripción, atendiendo a las propias características del territorio y las necesidades de la población que administra (de infraestructura, de seguridad, de comercio, de transporte, entre otros).
11. Entonces, la participación del Tribunal Constitucional como supremo órgano de control de la constitucionalidad resulta importante ante el estudio y análisis de las competencias constitucionalmente asignadas a las entidades de gobiernos en todos sus niveles de cara a la materialización del Estado Unitario y Descentralista, pues su participación debe circunscribirse a promover el ejercicio de dichas competencias a favor del bienestar social y de la realización de la persona, por lo que corresponderá efectuar en dicho análisis, una identificación real de acciones u omisiones que en el ejercicio de competencias, realmente supongan una interferencia para la gobernabilidad, el desarrollo y bienestar de la población.
12. En el caso concreto, conforme se desprende de las demandas acumuladas, la parte recurrente cuestiona el artículo 2 del Decreto Legislativo 1240, posteriormente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00007-2016-PI/TC Y
00003-2017-PI/TC (acumulados)
Caso Ley Marco de Servicios de
Saneamiento

recogido por el Decreto Legislativo 1280 –que derogó la norma impugnada–, por considerar que dicha norma contraviene la Constitución (el artículo 195) y la Ley Orgánica de Municipalidades, al debilitar la participación de los gobiernos locales en la gestión y administración de los servicios públicos de saneamiento.

13. En efecto, la norma cuestionada establece como ente rector en materia de saneamiento al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (artículo 8 modificado). Sin embargo, pese a que dicha situación ha sido argumentada como una contravención a la Constitución y a la Ley Orgánica de Municipalidades, el proyecto de mayoría omite pronunciarse sobre tal aspecto.
14. Conforme lo he mencionado en los considerados *supra*, el proceso de descentralización es uno de tipo progresivo y ordenado, que permite a cada nivel de gobierno, afrontar la problemática interna de su circunscripción. En tal sentido, y de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de bases de la Descentralización, este proceso es irreversible, porque debe garantizar, en el largo plazo, un país espacialmente mejor organizado, poblacionalmente mejor distribuido, económica y socialmente más justo y equitativo, ambientalmente sostenible, así como políticamente institucionalizado (Cfr. inciso c).
15. En el caso de autos, se aprecia que el servicio público de saneamiento ha ido progresivamente cedido a los gobiernos locales. En efecto, como es de verse, en un primer momento el gobierno nacional creó la Empresa Servicio Nacional de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado (SENAPA) a través del Decreto Legislativo 150 –publicada el 15 de junio de 1981–, con la finalidad de proveer de servicios de agua potable y alcantarillado a nivel nacional, de manera directa o a través de sucursales (Sedalambayeque, Sedeloreto, Sedatacna, Sedacajamarca, por ejemplo).
16. Posteriormente, en el marco de la Constitución de 1979, el gobierno nacional en atención del proceso de descentralización invocando el artículo 254, inciso 6 de su texto, transfirió a título gratuito los bienes y recursos del SENAPA a favor de los municipios provinciales (Cfr. Decreto Supremo 130-90-PCM, Decreto Supremo 132-90-PCM, Decreto Supremo 137-90-PCM, Decreto Supremo 138-90-PCM, Decreto Supremo 139-90-PCM, Decreto Supremo 027-91-PCM, Decreto Supremo 028-91-PCM, Decreto Supremo 030-91-PCM, Decreto Supremo 031-91-PCM, Decreto Supremo 032-91-PCM, Decreto Supremo 158-1-91-PCM, Decreto Supremo 051-92-PCM, Decreto Supremo 052-92-PCM, Decreto Supremo 053-92-PCM, Decreto Supremo 07-94-PRES y Decreto Supremo 20-94-PRES).
17. Dicha sesión también implicó la transferencia del accionariado de SENAPA y sus filiales a favor de las municipalidades provinciales (Véase Decreto Supremo 112-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00007-2016-PI/TC Y
00003-2017-PI/TC (acumulados)
Caso Ley Marco de Servicios de
Saneamiento

90-PCM, Decreto Supremo 113-90-PCM, Decreto Supremo 114-90-PCM, Decreto Supremo 116-90-PCM, Decreto Supremo 117-90-PCM).

18. A través del Decreto Ley 25973 (publicado el 21 de diciembre de 1992), se dispuso la disolución y liquidación de la SENAPA, proceso que culminó el 30 de junio de 1999, por disposición del último plazo de ampliación de dicho proceso, dispuesto por la Resolución Suprema 070-99-PRES.
19. Teniendo en cuenta esta situación materializada a lo largo de más de 29 años y los diversos gobiernos nacionales que se han sucedido por elección popular, es evidente que el proceso de descentralización del servicio de saneamiento, hoy, a la luz de la Constitución de 1993, la Ley de Bases de Descentralización y la Ley Orgánica de Municipalidades, resulta irreversible en cuanto a las competencias que en su momento sí tuvo el gobierno nacional, por cuanto estas fueron transferidas a los gobiernos locales (provinciales).
20. En tal sentido, el contenido normativo del artículo 2 del Decreto Legislativo 1240, al pretender recuperar la competencia del servicio público de saneamiento a favor del gobierno nacional y establecer al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento como ente rector, desconoce todo el proceso progresivo e irreversible de descentralización que se ha venido dando a lo largo de más de 29 años – conforme lo he precisado en los considerandos 16 y 17–, en la transferencia de esta competencia del gobierno nacional hacia el gobierno local, lo cual a todas luces contraviene de manera directa la Constitución en sus artículos 188 y 195, inciso 5; y de manera indirecta los principios de irreversibilidad y gradualidad de la Ley de Bases de la Descentralización, así como la autonomía municipal en cuanto a la gestión y sistemas de administración del servicio de saneamiento regulada por la Ley Orgánica de Municipalidades.
21. En esa dirección, y en la medida que la norma impugnada, en sí misma, atribuye la rectoría del servicio público de saneamiento a favor del gobierno central, somete a los gobiernos locales a un conjunto de normas que resultan ajenas al modelo societario y organizativo del que gozaban con anterioridad a su dación (incorporación al Directorio de las empresas de saneamiento un representante del Ministerio de Vivienda, crea un régimen especial para las empresas prestadoras privadas, y su propia organización y administración), contraviniendo su autonomía e incluso el principio de subsidiariedad estatal.
22. Por ello, soy de la opinión que la norma impugnada en su totalidad, resulta inconstitucional al menoscabar la competencia de los gobiernos locales con relación a su autonomía en la administración y organización de las empresas de saneamiento, en tanto son bienes de su propiedad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00007-2016-PI/TC Y
00003-2017-PI/TC (acumulados)
Caso Ley Marco de Servicios de
Saneamiento

23. En la medida que el contenido normativo impugnado ha sido reproducido por el Decreto Legislativo 1280, corresponde declarar inconstitucional su contenido en lo que corresponda.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** el artículo 2 del Decreto Legislativo 1240, y por conexidad el Decreto Legislativo 1280, en cuanto al contenido normativo que reproduce los términos del decreto legislativo impugnado.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL