

Tarifa por uso infraestructura hidráulica: ¿Cuántas veces hay que pagarla y cuánto puede subir de año a año? La problemática de los generadores hidroeléctricos



CARLOS MONTEZA

Abogado por la Universidad de Piura.
Máster en Análisis Económico del Derecho por las Universidades de Rotterdam y
Hamburgo.

FIGRELLA MONGE

Abogada por la Universidad de Lima.

JENNY ALIAGA

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La regulación del uso de Infraestructura Hidráulica antes y después de la Ley.
- III. Procedimiento actual de fijación tarifaria para los usuarios hidroeléctricos y los principios que lo sustentan.
- IV. La problemática de la tarifa aplicable a los usuarios energéticos.
 1. El doble cobro de la tarifa.
 2. Incremento de la tarifa sin justificación.
- V. Consideraciones a tomar en cuenta frente a esta problemática.
 1. Los operadores de Infraestructura Hidráulica no pueden cobrar dos veces por los mismos conceptos.
 2. Los operadores de infraestructura hidráulica no pueden incrementar arbitrariamente la tarifa de un año a otro.
 3. La ANA y sus órganos desconcentrados tienen la responsabilidad de velar por la correcta determinación, aprobación y aplicación de las tarifas.
- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El agua es un recurso escaso, indispensable para la vida humana y para el desarrollo de, prácticamente, todas las actividades productivas; por eso es importante que el Estado la administre correctamente para asegurar su sostenibilidad y su decisiva contribución al crecimiento económico del país.

En tanto responsabilidad del Estado, la administración del agua comprende dos grandes rubros: (i) la gestión misma del recurso, que está referida a la organización de las entidades que ejercen algún tipo de autoridad o control sobre el agua y que incluye la administración de la infraestructura de uso público que sirve para su aprovechamiento; y (ii) la regulación del uso del agua, que está referida a la exigencia de títulos habilitantes, el establecimiento de normas de conducta y la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento. En nuestro país, esta regulación es cada vez más profusa, pero es posible considerar que las normas principales son la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos (en adelante la "Ley") y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-2010-AG (en adelante el "Reglamento").

Para ubicar mejor al lector en el tema a desarrollar, podemos decir que dentro de los dos grandes rubros mencionados en el párrafo anterior, la normativa vigente abarca todos los aspectos que necesitan ser regulados para el aprovechamiento óptimo del agua. Únicamente para fines de sistematización, podemos clasificar estos ámbitos de regulación en los siguientes: (i) las autoridades competentes, que son fundamentalmente la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y sus órganos desconcentrados denominados Autoridades Administrativas del Agua (AAA) y Administraciones Locales del Agua (ALA); (ii) los bienes asociados al agua (naturales y artificiales, privados y de dominio público), que son los bienes necesarios para la existencia y el aprovechamiento del recurso; (iii) los títulos

habilitantes y reglas aplicables al uso del agua; y (iv) el régimen económico del uso de agua.

En este trabajo nos centraremos en el régimen económico del uso de infraestructura hidráulica.

La infraestructura hidráulica está compuesta principalmente por bienes artificiales (construidos por el hombre) que permiten las actividades de captación, regulación, conducción, distribución y abastecimiento de agua para la satisfacción de la demanda para un objeto determinado y dentro de un ámbito definido¹. En otras palabras, la infraestructura hidráulica se construye artificialmente para poder proveer de agua a los usuarios de manera más eficiente a aquella que es posible a partir del solo aprovechamiento de los cauces naturales.

Por su parte, en lo que se refiere al régimen económico, el ordenamiento prevé tarifas que deben pagar los usuarios como contraprestación por la utilización de la infraestructura hidráulica. Estas tarifas, naturalmente, deben ser pagadas a quienes operan y mantienen la infraestructura hidráulica, esto es, a los denominados "operadores de infraestructura hidráulica".

La regulación del agua en nuestro país ha sufrido un cambio importante que inició en el año 2008, con la creación de la ANA. A nuestro juicio, entre los principales objetivos de este cambio se pueden identificar los siguientes: dotar de mayor institucionalidad a este importante sector, garantizando el control centralizado y el establecimiento de criterios uniformes por parte del Estado; mejorar técnicamente la regulación aplicable siguiendo las tendencias internacionales y equilibrar los intereses públicos y privados involucrados en la gestión del recurso para que el agua contribuya al crecimiento de la economía en todos los sectores y sin privilegiar injustificadamente a ninguno en particular.

Desde el punto de vista institucional y de políticas públicas, este cambio es relativamente

1. Artículo 210° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos.

reciente y todavía nos encontramos en medio de lo que podría considerarse un proceso de transición, pasando de cómo se hacían las cosas cuando el sector estaba regido por la Ley General de Aguas y controlado por las Administraciones Técnicas de los Distritos de Riego, a cómo se deben hacer de acuerdo con los principios contemplados en la Ley y bajo el control centralizado de la ANA.

Como es natural, en este proceso de transición la aplicación práctica de las nuevas normas, hace que surjan espacios de interpretación que deben ser llenados por sus protagonistas. Estos espacios no son necesariamente vacíos normativos, sino que son parte misma del ámbito de aplicación que las normas han previsto y que no siempre es necesario –o posible– regular específicamente de forma anticipada. Como es sabido, las normas nunca son –ni serán– lo suficientemente detalladas para ofrecer respuestas expresas a todos los problemas que se presentan en la realidad y esa es la razón fundamental por la que las disposiciones marco de los sectores y las normas de carácter general –como la Ley del Procedimiento Administrativo General y el propio Código Civil– suelen ofrecer principios rectores que sirven para orientar la toma de decisiones, justamente en los casos en los que las normas sectoriales no ofrecen solución expresa, o no lo hacen de la manera más clara. Si esto no fuera así, el rol de las autoridades sería menos importante de lo que es en la realidad, ya que no habría espacio para interpretaciones en los casos concretos y cuando existen discrepancias entre los diversos actores. En esa línea, este artículo parte de una premisa fundamental: este tipo de problemas no se soluciona con más regulación porque nunca se puede abarcar toda la realidad con más normas, sino a través de la correcta interpretación y aplicación de las normas existentes y de los principios generales que las inspiran.

La legislación del agua no es ajena a esta realidad y en este artículo nos referiremos a un problema que ha surgido luego de la modernización del marco normativo a partir de la entrada en vigencia de la Ley y sus normas reglamentarias. Se trata del caso de la tarifa por

uso de infraestructura hidráulica aplicable a los generadores hidroeléctricos.

Esta tarifa es el precio que pagan los generadores hidroeléctricos a los operadores de infraestructura hidráulica (básicamente de represas y acueductos) para que dicha infraestructura pueda ser utilizada con el objeto de brindarles el suministro de agua que sus centrales necesitan para el desarrollo de su proceso productivo.

En la actualidad, dos problemas serios se presentan en torno a esta tarifa: (i) determinados operadores pretenden cobrar dos veces por el mismo concepto ya que, además de la tarifa regulada, continúan cobrando los montos pactados con los generadores por los mismos servicios que remunera la tarifa, antes de la entrada en vigencia de la Ley; y (ii) incrementan la tarifa exponencialmente de un año a otro, sin sustento técnico o económico y yendo contra límites expresamente previstos en la regulación.

Nosotros sostenemos que este problema no ha surgido como consecuencia de una deficiente o incompleta regulación, sino debido a una incorrecta interpretación y aplicación de las normas por parte de los operadores de infraestructura hidráulica y de los órganos desconcentrados de la ANA (AAA y ALA). Como consecuencia de lo anterior, exponemos las razones legales por las que consideramos que no se requiere de ningún cambio normativo para garantizar que los generadores hidroeléctricos paguen por el uso de infraestructura hidráulica, únicamente, el monto que, debidamente calculado, remunere los costos de inversión, operación, mantenimiento, reposición y gestión de riesgos de la infraestructura hidráulica, con prescindencia de cómo se denomine ese pago. En esta línea, proponemos una serie de lineamientos que los órganos resolutores de la ANA y, eventualmente, los órganos jurisdiccionales, deben tomar en cuenta para resolver la problemática de los generadores hidroeléctricos en este tema.

De acuerdo con lo antes explicado, este artículo se estructura de la siguiente manera: en la primera sección se explica el modelo regulatorio del uso de infraestructura hidráulica antes y

después de la emisión de la Ley y demás normas reglamentarias a partir del año 2009. En la segunda sección se resume el actual procedimiento de fijación tarifaria. En la tercera sección se desarrolla la problemática presente de los usuarios hidroeléctricos respecto al cobro de la tarifa por uso de infraestructura hidráulica, a la luz de los Lineamientos Tarifarios Transitorios aprobados para cada año por la ANA. En la cuarta sección se proponen ciertas consideraciones que los órganos resolutivos de la ANA, en nuestra opinión, deben tomar en cuenta para resolver la problemática de los generadores hidroeléctricos. Finalmente, en la quinta sección se resumen las conclusiones de este trabajo.

II. LA REGULACIÓN DEL USO DE INFRAESTRUCTURA HIDRÁULICA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY

La legislación en materia de aguas previa a la entrada en vigencia de la Ley, no ofrecía a los usuarios energéticos, mecanismos específicos para obtener de los operadores de infraestructura hidráulica el acceso a sus instalaciones y las demás prestaciones necesarias (coordinaciones operativas, por ejemplo) para recibir el caudal de agua requerido para sus actividades. Este marco legal tampoco regulaba el régimen económico de las prestaciones que los mencionados operadores debían proporcionar a los usuarios de agua.

En efecto, la antigua Ley de Aguas (vigente desde 1969) no reguló el uso de la infraestructura hidráulica ni un régimen tarifario específico por la prestación de servicios utilizando dicha infraestructura. Existieron únicamente normas sectoriales de naturaleza fundamentalmente agraria que regularon los ingresos de las juntas de usuarios y de las antiguas Autoridades Autónomas de Cuenca.

En estas circunstancias, los usuarios de agua con fines energéticos se encontraban en la necesidad de llegar a acuerdos directos con

los operadores de infraestructura hidráulica, valiéndose de las normas sectoriales que regulan su actividad. Así, los usuarios energéticos y, específicamente, las empresas de generación eléctrica, se vieron en la necesidad de obtener "servidumbres de acueductos, embalses y obras hidroeléctricas", al amparo del inciso a) del artículo 110° de la Ley de Concesiones Eléctricas².

Bajo este marco legal, la denominada "servidumbre eléctrica", no se configura como un derecho real de naturaleza predial y no remunera necesariamente una afectación a los derechos del titular del bien "sirviente" –quien mantiene todos sus atributos sobre el bien–, sino que se trata de la fuente de obligaciones vinculadas a la prestación de un servicio (inversión en desarrollo, operación, mantenimiento y gestión de riesgos de la infraestructura para el suministro de agua en determinadas condiciones) y en ella se paga por la prestación de tal servicio en función al aprovechamiento o beneficio económico que se genera para los usuarios.

El análisis de este marco legal anterior, nos lleva a concluir que los operadores de infraestructura hidráulica y los usuarios energéticos utilizaron la figura de la servidumbre de acueducto, embalses y obras hidroeléctricas principalmente porque, en ese tiempo, era la figura que más se ajustaba a la relación contractual que debían establecer para lograr el suministro de agua necesario y, porque, además, las servidumbres reguladas en la Ley de Concesiones Eléctricas pueden ser impuestas por el Estado en caso de negativa del titular del bien sirviente. Esta última característica resulta especialmente importante para garantizar la viabilidad de los proyectos de inversión en generación hidroeléctrica basada en el aprovechamiento de infraestructura hidráulica existente.

Con la creación de la ANA y la promulgación de la Ley, surgió un nuevo y específico régimen legal aplicable a la relación existente entre los operadores de infraestructura hidráulica y

2. Aprobada por Decreto Ley 25844 publicado el 19 de noviembre de 1992.

los usuarios de agua, sin que esto implique la derogación de las servidumbres de acueducto, embalses y obras hidroeléctricas reguladas en la Ley de Concesiones Eléctricas. Bajo este nuevo régimen se precisó que siendo que lo relevante desde el punto de vista de la finalidad de la relación entre las operadoras de infraestructura eléctrica y los generadores, es la entrega de agua en determinadas condiciones según los requerimientos del usuario, lo que el operador de infraestructura hidráulica realiza no es otra cosa que la prestación de un servicio de suministro de agua que, por su naturaleza, comprende –o puede comprender– el desarrollo de la infraestructura necesaria, la operación, mantenimiento, reposición y la gestión de los riesgos de la mencionada infraestructura. Este servicio es llamado en el nuevo marco legal y en lo que sigue de este trabajo, como el “Servicio de Suministro”. Así se desprende de lo previsto en el artículo 15° inciso 4, el artículo 90° inciso 4 y el artículo 93° de la Ley. Cabe agregar que el Servicio de Suministro es calificado como servicio público³ por los artículos 17° y 33° del Reglamento de la Ley y el artículo 1° del Reglamento de Operadores de Infraestructura Hidráulica, aprobado por Resolución Jefatural N° 892-2011-ANA (Reglamento de Operadores).

Como consecuencia de la calificación de servicio público que se ha atribuido al Servicio de Suministro a partir de la entrada en vigencia de la Ley y sus normas reglamentarias, también se estableció que la contraprestación que se paga por recibir ese servicio tiene naturaleza de tarifa⁴ y está sujeta a un régimen regulado caracterizado, fundamentalmente, por lo siguiente: (i) la tarifa es aprobada administrativamente por las ALA a propuesta de los operadores de infraestructura hidráulica; y (ii) la tarifa está orientada a costos y comprende la remuneración por inversión de desarrollo, operación, mantenimiento, reposi-

ción y administración de riesgos de la infraestructura hidráulica.

Si bien la legislación no ha regulado el procedimiento de contratación que tendría que existir para la provisión del Servicio de Suministro, resulta evidente la existencia de una relación contractual. Este tema deberá perfeccionarse paulatinamente, teniendo en cuenta que la calificación de esta actividad como servicio público, la dota de caracteres importantes, como la obligatoriedad de prestación (y de contratación) en tanto sea técnicamente factible.

Finalmente, como parte de esta nueva caracterización legal del Servicio de Suministro, la Ley también establece, en su artículo 90°, que el pago de la tarifa es obligatorio para todos los usuarios de agua que utilicen infraestructura hidráulica. Como resulta evidente, la obligación de los usuarios creada en el artículo 90° de la Ley, tiene como correlato necesario el derecho de los operadores de infraestructura hidráulica a percibir las tarifas por el Servicio de Suministro que prestan.

A manera de conclusión de esta sección, podemos decir que bajo el régimen legal vigente, los operadores de infraestructura hidráulica prestan a los usuarios energéticos el servicio público de suministro de agua y que a cambio de dicho servicio, los usuarios están obligados a pagar a los operadores una tarifa regulada por la ALA competente.

III. PROCEDIMIENTO ACTUAL DE FIJACIÓN TARIFARIA PARA LOS USUARIOS HIDROELÉCTRICOS Y LOS PRINCIPIOS QUE LO SUSTENTAN

Teniendo en cuenta que los usuarios están obligados a pagar una tarifa y que ésta es aprobada

3. No es objeto de este trabajo analizar la calificación de servicio público que ha recibido el Servicio de Suministro en nuestro ordenamiento.
4. Artículo 93 de la Ley: “Artículo 93.- Tarifa por la utilización de infraestructura hidráulica mayor y menor.- La tarifa por la utilización de infraestructura hidráulica mayor y menor es el pago que el titular del derecho efectúa a la entidad pública a cargo de la infraestructura o la entidad que lo realice por delegación expresa de la primera, por concepto de operación, mantenimiento, reposición, administración y la recuperación de la inversión pública empleada, conforme a ley.”

por el ALA, es necesario que exista un procedimiento determinado que permita una adecuada fijación de los montos, que garantice que los costos de las actividades ejecutadas por los operadores de la infraestructura para la provisión del Servicio de Suministro estén cubiertos y, a la vez, que el usuario no asuma más de lo que le corresponde según el ordenamiento.

En esta línea, existe un procedimiento regulado para la fijación de tarifas, el cual se ha delineado sobre los que consideramos son los principios básicos de la regulación tarifaria.

En primer lugar, la tarifa debe cubrir todos los costos en los que incurre el operador de infraestructura hidráulica para prestar a los usuarios el Servicio de Suministro. La Ley señala que la tarifa remunera los costos de inversión, operación, mantenimiento y gestión de riesgos de la infraestructura. En esta línea, la tarifa debe considerar costos razonables, proporcionados y reales⁵, de tal manera que el usuario pueda asumirlos y, finalmente, utilizar el agua para sus actividades.

En segundo lugar, bajo la regulación actual, se privilegia la participación de los actores que operan y utilizan la infraestructura hidráulica. En efecto, el ANA, a través las ALA, aprueba las tarifas por uso de la infraestructura hidráulica, que son propuestas por los operadores de infraestructura hidráulica. Y, para garantizar la transparencia en el proceso de aprobación, el régimen legal establece que los usuarios de dicha infraestructura tienen el derecho y el deber de participar (consulta sin derecho a veto) en el proceso que realiza el operador, para la formación de su propuesta tarifaria.

En efecto, el Reglamento de Operadores establece distintos mecanismos de participación de

los usuarios en el proceso de toma de decisión de los operadores referido a la determinación de la tarifa que se propondrá para aprobación de la ALA. Es voluntad de dicha norma que la aprobación de las tarifas, sea realizada de manera participativa, vinculando a los distintos actores que intervienen en el sector.

En tercer lugar, existe una secuencia específica para el procedimiento de fijación de la tarifa, la cual privilegia la planificación de los recursos hídricos. Este planeamiento debería ser el sustento del monto que sea aprobado anualmente como tarifa. La secuencia para la aprobación de las tarifas por uso de infraestructura hidráulica es la siguiente:

- (i) Como primera etapa, el operador elabora el Plan de Operación, Mantenimiento y Desarrollo de la Infraestructura Hidráulica (POMDIH) con un horizonte de cinco años. Este procedimiento de elaboración es participativo, es decir, el operador debe someter su propuesta a un proceso de consulta con los usuarios (artículo 27° del Reglamento de Operadores).
- (ii) Como segunda etapa, el operador presenta el POMDIH a la ALA para su revisión y aprobación (artículo 23° del Reglamento de Operadores).
- (iii) Como tercera etapa, sobre la base del POMDIH aprobado, el operador desarrolla y presenta para aprobación, el Plan Anual de Operaciones (PAO) que contiene la propuesta de tarifa para el respectivo año. Con la aprobación de este plan anual, queda también aprobada la tarifa (artículo 29° del Reglamento de Operadores).

A fin de fijar una tarifa en función de parámetros objetivos, la ANA, a través de la Resolución

5. "Que (...) resulta pertinente aprobar los "Lineamientos generales de tarifas por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor, por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas", a fin de que los operadores de infraestructura hidráulica y de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas cuenten con instrumentos y herramientas de gestión que garanticen el cálculo real del valor de la tarifa que permita cubrir los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica, así como para que esta Autoridad (ANA) ejerza un adecuado seguimiento y control del cumplimiento de las normas en materia de tarifas (...)" (Énfasis agregado). Considerando de la Resolución Jefatural N° 419-2012-ANA, que aprueba los Lineamientos generales de tarifas por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor, y por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas.

Jefatural N° 216-2011-ANA, aprobó el Estudio que Determina la Metodología de Cálculo de la Tarifa por Utilización de Infraestructura Hidráulica Mayor y Menor y por Monitoreo y Gestión de Aguas Subterráneas (Metodología)⁶, encargándose a la Dirección de Administración de Recursos Hídricos (DARH) la implementación de una herramienta informática que facilite a los operadores de infraestructura hidráulica el cálculo de la tarifa.

Esta Metodología debía permitir calcular los costos de prestación del Servicio de Suministro por cada operador y, sobre la base de dicha información, cuánto debe pagar cada usuario.

El punto de partida de esta Metodología es la determinación de los conceptos que deben ser cubiertos por la tarifa, de acuerdo con lo establecido en la Ley, cuyo artículo 95° señala que los valores de las tarifas deben ser fijados bajo los siguientes criterios: (i) que se cubran los costos de operación, mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento y reposición de la infraestructura existente y el desarrollo de nueva infraestructura; (ii) que se mejore la situación socioeconómica de la cuenca hidrográfica; y (iii) que se establezca el monto según rentabilidad de la actividad económica a la que se destina el uso del agua.

Teniendo esto en cuenta, la Metodología se sustenta sobre tres principios económicos: (i) sostenibilidad, (ii) eficiencia económica, y (iii) equidad⁷. Como lo señala la Metodología, *“la eficiencia económica se preocupa por la cantidad de riqueza que puede ser generada por una dotación de recursos dada; la equidad, por su parte, se refiere a la distribución de la riqueza entre los sectores e individuos de la sociedad; y, por último,*

la sostenibilidad involucra la recuperación de costos, para asegurar la provisión del servicio”.

Sobre la base de lo anterior, mediante Resolución Jefatural N° 419-2012-ANA, se aprobaron los “Lineamientos generales de tarifas por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor, y por monitoreo y gestión de aguas subterráneas” (Lineamientos Generales); estableciéndose en el artículo 6° que los operadores determinarán anualmente el valor de las tarifas mediante la aplicación de la Metodología aprobada por la ANA. Sin embargo, los precitados lineamientos generales no han podido ser aplicados hasta la fecha, al no haber concluido la DARH con la implementación de la herramienta informática que permita la incorporación de la Metodología al procedimiento tarifario.

Es por ello que para el año 2013, se aprobaron Lineamientos Tarifarios transitorios para la aprobación del valor de las tarifas, los cuales no requieren de la aplicación de la Metodología. Estos Lineamientos Transitorios fueron aprobados a través de la Resolución Jefatural N° 478-2012-ANA, la cual ha venido siendo prorrogada para los años 2014 y 2015 (en adelante conjuntamente denominados “Lineamientos Tarifarios Transitorios”). Es así que el procedimiento vigente para la determinación de la tarifa está regulado principalmente en los Lineamientos Tarifarios Transitorios y el Reglamento de Operadores, sin perjuicio de la inminente implementación de la Metodología y, por lo tanto, la entrada en vigencia de los Lineamientos Generales el próximo año⁸.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA TARIFA APLICABLE A LOS USUARIOS ENERGÉTICOS

6. La referida Metodología fue elaborada por consultores del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, quienes entregaron la versión final el 22 de julio del 2010. El documento en el cual se plasmó dicha Metodología fue denominado “Desarrollo del Estudio que determine la metodología de cálculo de las tarifas por utilización de la infraestructura hidráulica menor y mayor y por el servicio de monitoreo y gestión de aguas subterráneas”.
7. Estos principios están desarrollados en las páginas 5 y 6 de la Metodología.
8. Páginas 5 y 6 de la Metodología.
9. El artículo 6° de La Resolución Jefatural N° 365-2014-ANA especificó que la aplicación de la Metodología debería ser factible a partir del año 2016.

Como hemos detallado en el acápite anterior, la tarifa debe aprobarse en función de ciertos criterios especificados en la regulación hídrica descrita, los cuales están relacionados a la eficiencia y equidad en el aprovechamiento del agua, a la orientación a costos de la tarifa pagada por dicho uso y a la participación de los usuarios de infraestructura hidráulica en la fijación de dicha tarifa. A pesar de ello, para los usuarios hidroeléctricos hoy en día se presentan dos problemas absolutamente incompatibles con el espíritu de la normativa tarifaria: (i) los operadores pretenden cobrar dos veces por el mismo concepto ya que, además de la tarifa regulada, continúan cobrando los montos pactados con los generadores –antes de la entrada en vigencia de la Ley– por los mismos servicios que remunera la tarifa; y (ii) la tarifa se incrementa exponencialmente de un año a otro, sin sustento en los costos incurridos para la prestación del Servicio de Suministro y yendo contra límites expresamente previstos en la regulación, sin justificación alguna y a propuesta de los operadores de infraestructura hidráulica.

En nuestro entender, el desarrollo normativo descrito en el acápite anterior es suficiente para prevenir cualquiera de las situaciones descritas en el párrafo precedente; sin embargo, subyacente a toda la problemática, se encuentra la falta de corrección y uniformidad en la aplicación de las normas por parte de los funcionarios y órganos desconcentrados de la ANA. Ello es un problema de institucionalidad derivado del proceso de transición en el que consideramos se encuentra el cambio de la normativa hídrica en nuestro país¹⁰. A esta situación se añade el hecho de que los operadores de infraestructura hidráulica no cooperan con respetar el marco normativo, como explicaremos en este acápite.

1. El doble cobro de la tarifa.

Como hemos desarrollado en el primer acápite, antes de la entrada en vigencia de la Ley, los

usuarios y operadores de la infraestructura hidráulica suscribían acuerdos destinados a remunerar la operación, mantenimiento o desarrollo de infraestructura hidráulica, conceptos remunerados en la actualidad por la tarifa por utilización de infraestructura hidráulica.

En consecuencia, el marco normativo actual, respetando los principios que rigen la regulación de los recursos hídricos referidos en el segundo acápite de este trabajo, siempre ha buscado evitar que se fije una tarifa ahí donde ya existe un acuerdo formalmente constituido entre el operador y el usuario, que contemple el pago de la respectiva contraprestación por las actividades de desarrollo, operación y mantenimiento de infraestructura destinadas a la prestación del Servicio de Suministro de agua; es decir, los conceptos tarifarios.

En efecto, la Tercera Disposición Complementaria Final de los Lineamientos Tarifarios Temporales son claros al señalar que si entre el operador de la infraestructura hidráulica y el usuario existe algún acuerdo formal que involucre el pago de dinero o la ejecución de trabajos u obras, destinados a la operación, mantenimiento o desarrollo de infraestructura hidráulica, tal acuerdo permanece vigente y no se fija una tarifa. Si por el contrario, no existe un acuerdo que cumpla con estas características, se fijar una tarifa siguiendo las disposiciones previstas en dicha norma.

Esta disposición se condice con los principios que hemos descrito anteriormente, pues se busca orientar la tarifa a costos, asegurando su recuperación pero sin cobrar más de lo debido por conceptos que vienen siendo pagados bajo otro título; la eficiencia económica, en tanto se logra asignar y recaudar lo que en realidad cuestan las actividades; y, por último, la equidad, pues permite que los usuarios y los operadores obtengan lo que efectivamente necesitan para continuar sus actividades, sin aprovecharse ninguno del otro.

10. No es objeto de este trabajo analizar la institucionalidad de la ANA, pero esperamos poder exponer este tema en otra ocasión.

Ello se condice con lo establecido en los Considerandos de los Lineamientos Generales, respecto a que debe garantizarse el cálculo real del valor de la tarifa que permita cubrir los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura¹¹. Por lo tanto, ningún operador debe pretender cobrar el doble de lo que le cuestan sus actividades como prestador del servicio público de suministro de agua.

A pesar de ello, determinados operadores de infraestructura hidráulica consideran que el marco legal les permite cobrar dos veces por los mismos conceptos (tarifarios), a través de los contratos y a través de las tarifas, pues no lo impide expresamente y porque los Lineamientos Tarifarios Transitorios les otorgan la prerrogativa de decidir si cobra doble por los mismos conceptos a través de los contratos y las tarifas, o si opta solo por uno de ellos. Es decir, dichos operadores consideran que no están obligados a reconocer los acuerdos como pago de tarifa y, por tanto, si es su voluntad, pueden solicitar la aprobación de una tarifa a la ALA.

El razonamiento de estos operadores se sustenta en que la Tercera Disposición Complementaria Final de los Lineamientos Tarifarios Temporales contiene la palabra "pudiendo" y, en tal sentido, consideran que les otorga una facultad, y no les impone la obligación de reconocer que los pagos efectuados en virtud de acuerdos previos son pago de tarifa:

"Tercera.- Tarifas aplicables a usuarios de agua con fines energéticos

Las empresas generadoras de energía eléctrica, que mantengan compromisos, convenios o acuerdos, con los operadores de infraestructura hidráulica que involucren el desembolso económico o ejecución de trabajos u obras, destinados a las actividades de operación, mantenimiento o desarrollo de infraestructuras hidráulica, continuarán vigentes, pudiendo ser considerado como pago de tarifa.

De no darse las condiciones establecidas en el párrafo precedente, el valor de la tarifa no será menor del 8% ni mayor del 10% del valor de la tarifa por utilización de la infraestructura hidráulica correspondiente al año 2013; determinada esta última según lo establecido en los artículos 5, 6 y 7 de los presentes lineamientos, según corresponda." (Énfasis agregado).

Consideramos que dicha interpretación de los Lineamientos Tarifarios Temporales es indebida, equivocada, y vulnera todos los principios tarifarios que hemos explicado. Bajo ningún supuesto puede permitirse el doble cobro de conceptos tarifarios que ya han sido y vienen siendo pagados al amparo de otros títulos.

Debido a que estos operadores han insistido en aprobar una tarifa para usuarios energéticos y a que, inexplicablemente las ALA, han fijado dichas tarifas, los usuarios están siendo cobrados dos veces, de manera confiscatoria, por los mismos conceptos. Esta situación vulnera directamente los Lineamientos Generales y los Lineamientos Tarifarios Transitorios, la regulación hídrica y los principios que la sustentan.

2. Incremento de la tarifa sin justificación.

Como hemos explicado, las ALA tienen la obligación normativa de revisar las propuestas tarifarias presentadas por los operadores, verificar que se ajusten a los costos efectivamente incurridos conforme a los planes de inversión aprobados y que no vulneren el ordenamiento jurídico. Dicho análisis debería estar reflejado en las resoluciones que aprueben las tarifas, y dentro de aquel debería sustentarse porqué se incrementa el valor de la tarifa respecto del año anterior.

El problema es que las ALA no siempre cumplen con sus deberes funcionales y no siempre realizan dicho análisis, y ha ocurrido que en ocasiones el incremento aprobado ha sido excesivo y

11. Ver pie de página N° 6.

más del 100%, sin ninguna justificación material y/o técnica que lo respalde.

Lo señalado contraviene expresamente el derecho a la debida motivación, el cual constituye una garantía mínima e imprescindible de la tutela procesal efectiva que se encuentra reconocida en el artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú.

Sobre el particular, el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, señala que el debido procedimiento administrativo es uno de los principios generales del procedimiento administrativo. En atención a éste, reconoce que: "Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (...)".

A su vez, el artículo 6.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que "La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado". (El subrayado es nuestro).

De conformidad con lo señalado, las resoluciones emitidas por las ALA que fijen tarifas por utilización de infraestructura hidráulica deberían desarrollar los hechos probados que motiven los –a veces, abismales– incrementos tarifarios, así como las razones jurídicas y normativas, que facultan a dicha entidad a aprobar incrementos de tal magnitud.

Lamentablemente, ello no se condice con la realidad, en la cual tanto los operadores como las ALA proponen y aprueban, respectivamente, un incremento muchas veces desproporcionado e irracional, carente de una motivación que lo sustente.

En adición a la problemática descrita, es necesario señalar que existe una complicación adicional transversal: la secuencia normativa para la aprobación de las tarifas descrita en el segundo acápite muchas veces no se cumple. Si bien la secuencia está prevista en el Reglamento de Operadores e incluye plazos y criterios de participación de los usuarios, es a veces obviada por los actores. Esto se revela en el hecho de que hay ocasiones en que la fijación de tarifas se efectúa sin respetar la referida secuencia; por ejemplo, sin la aprobación previa del POMDIH, y/o sin respetar la adecuada participación de los actores.

Al respecto, como hemos explicado, la participación de los administrados es sumamente importante para la regulación hídrica y, además, en este caso, los usuarios de infraestructura hidráulica, como expertos en la materia, podrían ayudar a evitar la arbitrariedad de la actuación administrativa de las ALA.

En este contexto, el no cumplir con el procedimiento de fijación de tarifas es particularmente grave porque muchas veces las ALA no tienen ningún elemento que les permita evaluar apropiadamente la propuesta tarifaria de los operadores de infraestructura hidráulica. Es decir, no tiene información sobre las inversiones que se realizarán en el horizonte de mediano plazo y no tiene información de los costos de operación y mantenimiento que la tarifa debería remunerar. En otras palabras, la falta de aprobación del POMDIH no es un asunto menor, sino que es la causa de que en la práctica el operador de infraestructura hidráulica pueda lograr que se le apruebe una tarifa irracional, ilícita y que puede causar enormes perjuicios a los usuarios de la infraestructura hidráulica a los que les resulte aplicable.

Peor aún, en muchos casos existe un claro incumplimiento normativo en la preparación por parte de los operadores y la revisión por parte de las ALA, de los POMDIH y los PAO, los cuales no consideran los criterios mínimos establecidos normativamente¹².

12. El contenido del POMDIH y el PAO se encuentra regulado en los artículos 23, 24 y 29 del Reglamento de Operadores.

En efecto, la tarifa debería estar fijada en función del POMDIH y del PAO, en tanto será la única manera de que se asigne correctamente según los objetivos previstos en dichos instrumentos, lo cual brindará seguridad a los usuarios de que sus pagos se destinarán a la sostenibilidad de la infraestructura hidráulica.

De esta manera, el incumplimiento de la secuencia normativa de aprobación de POMDIH y PAO, así como la falta de participación de los usuarios en la elaboración del POMDIH –el cual muchas veces no se elabora y aprueba–, contribuye a la existencia de arbitrariedad en el incremento de la tarifa.

Este claro incumplimiento normativo lo único que ocasiona es debilitar el funcionamiento adecuado de la cuenca regulada.

En la situación actual, es fundamental que cada uno de los actores que participan en el procedimiento de determinación de tarifas cumpla con aplicar adecuadamente y con una interpretación acorde a la ley, el procedimiento razonable y equitativo existente para la fijación de tarifas, de tal manera que su ejecución otorgue seguridad tanto a los operadores como los usuarios y que, además, contemple que el usuario no puede pretender pagar menos de los costos necesarios para brindar el Servicio de Suministro y que el operador no puede pretender cobrar más y, peor aún, doble, siendo la autoridad quien está llamada a mediar y actuar conforme a ley. Para tales efectos, proponemos ciertas consideraciones que, en nuestra opinión, los órganos resolutores de la ANA deben tomar en cuenta para resolver la problemática descrita.

V. CONSIDERACIONES A TOMAR EN CUENTA FRENTE A ESTA PROBLEMÁTICA

1. Los operadores de Infraestructura Hidráulica no pueden cobrar dos veces por los mismos conceptos.

Consideramos que las autoridades deben aplicar adecuadamente los Lineamientos Tarifarios Transitorios, en tanto la Tercera Disposición Complementaria Final regula de manera espe-

cífica el régimen aplicable a los usuarios de agua con fines energéticos. Ello debido a que, como es de conocimiento general, la relación de estos usuarios con los operadores de infraestructura hidráulica es anterior al régimen legal introducido en el año 2009 por la Ley y sus normas reglamentarias y eso amerita el tratamiento especial otorgado, conforme a lo siguiente:

Tercera.- Tarifas aplicables a usuarios de agua con fines energéticos

Las empresas generadoras de energía eléctrica, que mantengan compromisos, convenios o acuerdos, con los operadores de infraestructura hidráulica que involucren el desembolso económico o ejecución de trabajos u obras, destinados a las actividades de operación, mantenimiento o desarrollo de infraestructuras hidráulica, continuarán vigentes, pudiendo ser considerado como pago de tarifa.

De no darse las condiciones establecidas en el párrafo precedente, el valor de la tarifa no será menor del 8% ni mayor del 10% del valor de la tarifa por utilización de la infraestructura hidráulica correspondiente al año 2013; determinada esta última según lo establecido en los artículos 5, 6 y 7 de los presentes lineamientos, según corresponda.” (Énfasis agregado).

De la lectura conjunta del primer y segundo párrafo de la citada disposición, resulta evidente que la finalidad de la norma es reconocer como tarifa por uso de infraestructura hidráulica, los pagos que los usuarios energéticos venían realizando a favor de los operadores de infraestructura hidráulica, en virtud de contratos preexistentes al nuevo régimen legal introducido por la Ley, siempre que conforme a los referidos contratos tales pagos estén destinados a remunerar los mismos conceptos que remunera actualmente la tarifa, esto es, las actividades de operación, mantenimiento, desarrollo y gestión de riesgos de la infraestructura hidráulica. Así, únicamente de no existir un contrato o acuerdo con esta finalidad, las ALA podrían fijar una tarifa para dichos usuarios energéticos siguiendo, entre otras, las reglas establecidas en el segundo párrafo de la Tercera Disposición

Complementaria Final de los Lineamientos Tarifarios Transitorios.

El fundamento principal de la citada disposición, es que al existir identidad entre los conceptos remunerados contractualmente antes de la aprobación de las vigentes disposiciones tarifarias y la tarifa introducida por el nuevo marco legal, corresponde a los usuarios energéticos realizar un pago único. De lo contrario, podría ocurrir la exigencia de un doble pago por el mismo servicio, situación inadmisibles desde cualquier punto de vista económico o legal.

En consecuencia, la Tercera Disposición Complementaria Final de los Lineamientos Tarifarios Transitorios tiene por finalidad, específicamente, evitar un doble pago y prevenir el enriquecimiento sin causa por parte de los operadores de infraestructura hidráulica, siempre en el marco del respeto de la autonomía contractual de las partes involucradas.

En este punto cabe mencionar que ante la negativa de los operadores de actuar conforme a lo establecido en las normas tarifarias emitidas por la ANA, esta entidad ha aprobado la Resolución Jefatural N° 365-2014-ANA que establece disposiciones para la determinación y aprobación de la tarifa para el año 2015 por la utilización de infraestructura hidráulica, cuyo artículo 5°, en redacción muy similar a las disposiciones que hemos citado anteriormente, establece:

"Artículo 5°.- Tarifas para usuarios de agua con fines de uso energéticos.

Disponer que las empresas generadoras de energía eléctrica, que mantengan compromisos, convenios o acuerdos, con los operadores de infraestructura hidráulica que involucren el desembolso económico o ejecución de trabajos u obras, destinados a las actividades de operación mantenimiento o desarrollo de infraestructuras hidráulica, continuarán vigentes, debiendo ser considerado como pago de tarifa.

De no presentarse las condiciones establecidas en el párrafo precedente, el valor de

la tarifa no será menor del ocho por ciento (08%) ni mayor del diez por ciento (10%) del valor de la tarifa por utilización de la infraestructura hidráulica determinada para los usuarios de usos consuntivos correspondiente al año 2014 conforme a lo establecido en los artículos 5, 6 y 7 de la Resolución Jefatural N° 478-2012-ANA." (Énfasis agregado).

Como se puede apreciar, el único cambio de esta precisión es el reemplazo de la palabra "pudiendo" por "debiendo". En nuestra opinión, dicha modificación únicamente ratifica el espíritu inicial de la norma citada, ratificando que la posición de la Dirección de Administración de Recursos Hídricos de la ANA siempre ha sido evitar el doble pago por los mismos conceptos (contratos y las tarifas)

En suma, lo importante es enfatizar que las normas tarifarias aprobadas por la ANA desde la entrada en vigencia de la Ley y sus normas reglamentarias siempre han tomado en cuenta los casos de acuerdos preexistentes entre operadores y usuarios, y han incorporado medidas destinadas a evitar que se produzcan pagos dobles por los mismos conceptos de desarrollo, operación y mantenimiento de Infraestructura bajo dos títulos distintos. Esto en la medida que eso implicaría un evidente perjuicio ilegítimo para los usuarios y un enriquecimiento indebido para los operadores.

2. Los operadores de infraestructura hidráulica no pueden incrementar arbitrariamente la tarifa de un año a otro.

Resulta evidente que la tarifa no puede ser establecida de manera discrecional y arbitraria por parte de los operadores, sino en función de criterios y parámetros previstos en la regulación.

Uno de esos parámetros es el límite de 5% de incremento tarifario respecto al año inmediatamente anterior, establecido en el artículo 6.4 de los Lineamientos Tarifarios Transitorios, conforme a lo siguiente:

“Artículo 6°.- Infraestructura hidráulica mayor a cargo de los Proyectos Especiales

Para el año 2013, el valor de las tarifas por los servicios de suministro de agua que prestan los proyectos especiales que operan infraestructura hidráulica mayor, se determina de acuerdo al procedimiento siguiente:
(...)

6.3 Para el año 2013, el valor de las tarifas por los servicios de suministro de agua que prestan los proyectos especiales a cargo de infraestructura hidráulica mayor, será propuesto por él mismo a la Administración Local de Agua, adjuntando el Plan Anual de Operaciones de la Infraestructura Hidráulica Mayor del 2013 y los cálculos sustentatorios respectivos. La propuesta debe considerar un incremento con relación al valor aprobado para el año 2012.

6.4 El incremento para el año 2013, no será menor al dos por ciento (2%) ni mayor al cinco por ciento (5%) del resultado de la suma de los valores aprobados para el año 2012 por los conceptos siguientes: Tarifa de Infraestructura Hidráulica Mayor, Tarifa de Infraestructura Hidráulica Menor y Retribución Económica. (Énfasis agregado).

Como es evidente, la finalidad perseguida por la norma es que no exista un incremento arbitrario o desproporcionado, irracional y basado en los costos reales de la prestación del servicio, que cambie de manera abrupta y unilateral las reglas de juego para los usuarios, teniendo en cuenta que los mismos realizan inversiones para el desarrollo de sus actividades. Lamentablemente, muchos operadores pasan por alto la regla establecida y fijan tarifas que superan largamente el porcentaje de incremento indicado en los Lineamientos Tarifarios, sin ajustarse a los costos reales de su operación.

3. La ANA y sus órganos desconcentrados tienen la responsabilidad de velar por la correcta determinación, aprobación y aplicación de las tarifas.

El alcance de las facultades de la ANA y sus órganos desconcentrados va más allá de la simple

fijación de la tarifa y así lo señala claramente el artículo 36° del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos.

“Supervisión de los servicios y tarifas a cargo de operadores.

La Autoridad Nacional del Agua, mediante sus órganos desconcentrados, ejerce la función supervisora de la calidad del servicio y aplicación del régimen tarifario de los servicios públicos de distribución y abastecimiento de agua que prestan los operadores de infraestructura hidráulica.” (Énfasis agregado).

De acuerdo con este marco legal, es claro que en su calidad de autoridad tarifaria, la ANA y sus órganos desconcentrados, no sólo deben aprobar las tarifas, sino también supervisar la aplicación del régimen tarifario; es decir, de las normas que regulan la forma de aprobación, liquidación y cobro de las tarifas. Parte de esas normas son, precisamente, los Lineamientos Transitorios (eventualmente, los Lineamientos Generales y la Metodología) y, en concreto, las disposiciones que buscan que las tarifas se apliquen de manera adecuada y razonable.

En tal sentido, la ALA, en calidad de órgano desconcentrado de la ANA no solo tiene la potestad de aprobar la tarifa, sino que tiene la obligación de supervisar el cumplimiento del régimen legal tarifario. En consecuencia, no puede aprobar una tarifa simplemente porque así se lo solicita el operador, sino que debe verificar que dicha tarifa haya sido determinada conforme a los criterios previstos en el la Ley, el Reglamento y los Lineamientos Tarifarios Transitorios y de dictar las disposiciones necesarias para asegurar que los usuarios del Servicio de Suministro de agua paguen únicamente montos razonables. La razón es simple: que ello no suceda sería justamente una violación o incumplimiento del régimen legal tarifario que el ordenamiento jurídico obliga a la ANA, y, por ende, la ALA, a supervisar.

Por último, es necesario tener en cuenta que mientras la Metodología pensada para la fijación de tarifas así como los Lineamientos Generales no han podido ser aplicados, el consenso de

las partes ha jugado un papel importante en el procedimiento de fijación de tarifas, conforme a los mecanismos de participación de los usuarios explicados en este trabajo y debido a que esta cooperación es uno de los requisitos para la elaboración del POMDIH. En tal sentido, el rol que les corresponde a las autoridades en todas las instancias ha sido y es favorecer ese consenso con una aplicación clara de las reglas.

El consenso seguirá siendo vital y la participación de los usuarios también, para lograr implementar adecuada y eficazmente la Metodología, la cual esperamos se incorpore satisfactoriamente al procedimiento de fijación de tarifa el próximo año, tal como lo prevé los Lineamientos Tarifarios 2015. Asimismo y sin perjuicio de ello, la autoridad deberá seguir garantizando la ejecución y aplicación debida de las normas y de los principios regulatorios.

VI. CONCLUSIONES

- El régimen de uso de la infraestructura hidráulica ha sido modificado sustancialmente desde la entrada en vigencia de la Ley y sus normas reglamentarias, pasándose de casi inexistencia de regulación a un modelo de servicio público con regulación tarifaria.
- Antes de la entrada en vigencia de este cambio, sin embargo, ya existían relaciones contractuales establecidas entre usuarios energéticos y operadores de infraestructura hidráulica. Estas relaciones se construyeron, principalmente, como servidumbres de acueducto, embalses y obras hidroeléctricas en aplicación de la Ley de Concesiones Eléctricas porque eran la única alternativa aplicable.
- Actualmente, las servidumbres no están derogadas, pero la Ley ofrece a los generadores eléctricos la posibilidad de solicitar la suscripción de contratos por la prestación del Servicio [público] de Suministro. Este servicio no sólo está sujeto a tarifa regulada sino que, como todo servicio público, deberá ser prestado cuando se solicite salvo que existan condiciones técnicas que lo impidan.
- La Ley y sus normas reglamentarias, han optado por respetar los contratos existentes antes de su entrada en vigencia y han establecido que en el caso que tales contratos contemplen el pago en dinero o en especie de los conceptos que son remunerados por la tarifa, no se fijará tarifa hasta que dichos contratos venzan. Cuando eso suceda, la relación entre los operadores de infraestructura hidráulica y los generadores, podrá mantenerse y estará sujeta al pago de la respectiva tarifa.
- El marco legal es lo suficientemente claro al establecer el régimen transitorio aplicable en materia tarifaria, en tanto existan contratos vigentes. Se prevé que no se aprobarán tarifas, de modo que si se opta por aprobarlas, no serán eficaces respecto a los generadores que cuentan con contratos vigentes.
- Finalmente, el marco legal también es lo suficientemente claro en establecer que las tarifas deben estar orientadas a los costos de actividades específicas y que los ajustes que se produzcan cada año, deben limitarse a los rangos de ajustes que la ANA aprueba anualmente. Ajustes por encima de esos límites son nulos y su cobro configura una ilegalidad.