

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**EL RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN DE AGUAS PÚBLICAS EN EL
PERÚ: ESTUDIO SOBRE LA NATURALEZA CONCESIONAL DE
LA LICENCIA DE USO DE AGUAS**

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:

SANTOS ERNESTO MENDOZA FLORES

Asesor:

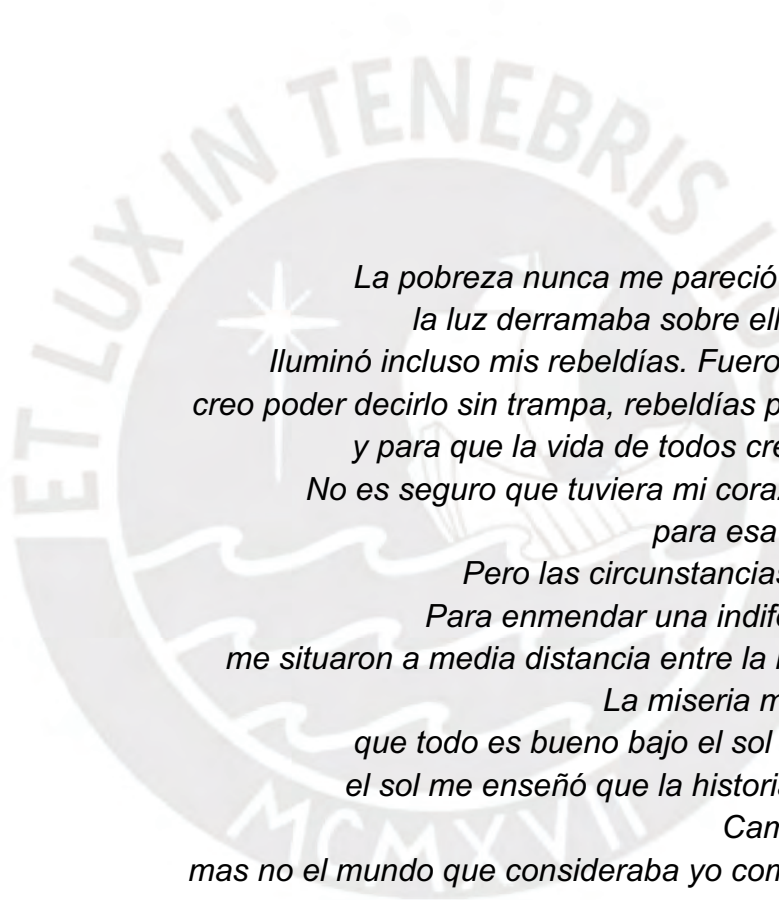
Prof. Ramón Alberto Huapaya Tapia

Lima, 2020



*A mis padres y a mi hermana,
por hacer suyos mis sueños y
estar siempre conmigo.*

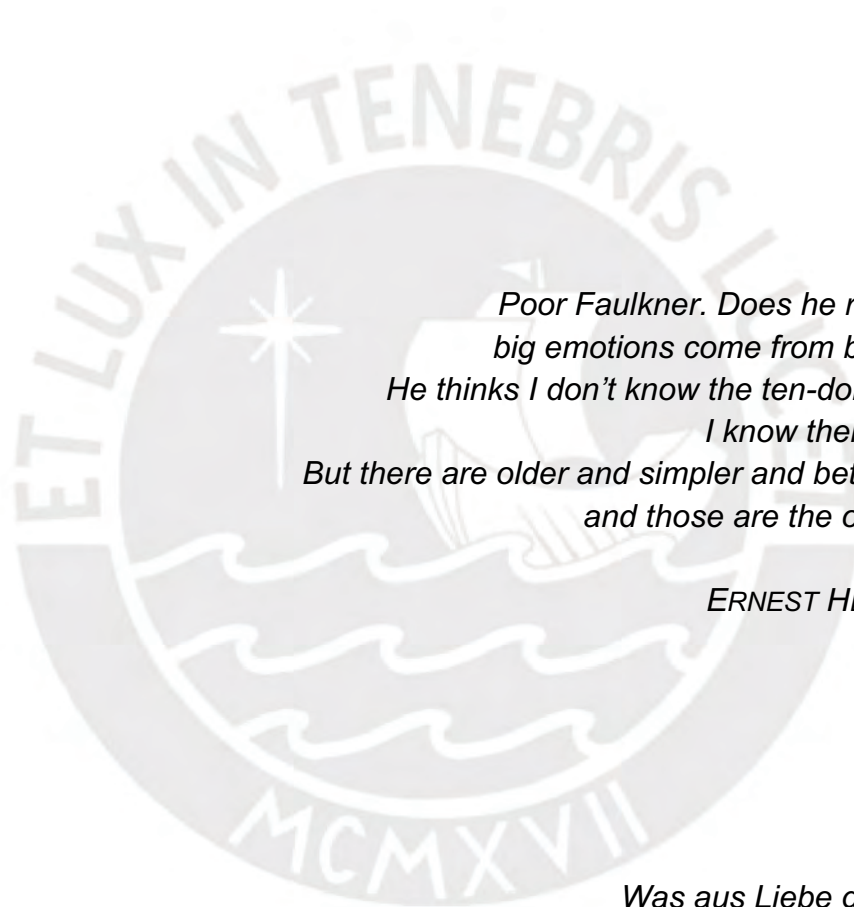
*A la memoria de Irene SP.
Mujer buena, cuyo recuerdo
y enseñanzas aún perduran.*



*La pobreza nunca me pareció una desgracia:
la luz derramaba sobre ella sus riquezas.
Iluminó incluso mis rebeldías. Fueron casi siempre,
creo poder decirlo sin trampa, rebeldías por y para todos
y para que la vida de todos creciera en la luz.
No es seguro que tuviera mi corazón disposición
para esa clase de amor.
Pero las circunstancias me ayudaron.
Para enmendar una indiferencia natural,
me situaron a media distancia entre la miseria y el sol.
La miseria me impidió creer
que todo es bueno bajo el sol y en la historia;
el sol me enseñó que la historia no lo es todo.
Cambiar la vida, sí,
mas no el mundo que consideraba yo como mi divinidad.*

*Dicho de otro modo, me convertí en un artista
si es que es cierto que no hay arte
sin rechazo y sin consentimiento.*

ALBERT CAMUS



*Poor Faulkner. Does he really think
big emotions come from big words?
He thinks I don't know the ten-dollar words.
I know them all right.
But there are older and simpler and better words,
and those are the ones I use.*

ERNEST HEMINGWAY

*Was aus Liebe getan wird,
geschieht immer jenseits von Gut und Böse.*

*Lo que se hace por amor,
siempre está más allá del bien y del mal.*

FRIEDRICH NIETZSCHE

Agradecimientos

En primer lugar, debo agradecer a mi asesor y maestro, el profesor Ramón HUAPAYA, no solo por su incondicional apoyo a lo largo de la elaboración de la presente investigación, sino también por su amistad. Sus recomendaciones y constantes comentarios –no solo jurídicos–, fueron muchas veces el empuje necesario en aquellos momentos donde la debilidad toma ventaja en la partida. Muchas gracias, profesor.

Así también, solo tengo palabras de agradecimientos para el profesor Orlando VIGNOLO, gran amigo y quien me guio en mis primeros periplos en el mundo del derecho administrativo, allá por el año 2015. Sin sus constantes comentarios y acceso a su vasta biblioteca jurídica, quizá no estaría escribiendo estas líneas.

Gratitud también para aquellos profesores que contribuyeron a mi formación personal y jurídica, a quienes me recibieron y escucharon aún cuando el tiempo se mostraba reacio, a quienes contribuyeron para la elaboración de la presente tesis de forma significativa, como son los profesores Jorge DANÓS, Zita AGUILERA, Juan Carlos MORÓN, Diego ZEGARRA, Alberto CAIRAMPOMA y Richard MARTIN.

En esta misma línea, expreso mi más profundo agradecimiento a los profesores Íñigo SANZ, de la *Universidad de Valladolid*, y Marcos ALMEIDA, de la *Universidad Santiago de Compostela*, quienes tuvieron la gentileza de conversar conmigo y señalar sesudos comentarios a mi trabajo. Así también, agradecer profundamente al profesor Hubert ALCARRAZ, de la *Université de Pau et des Pays de l'Adour*, quien me permitió tener el privilegio de asistir en calidad de oyente a la reunión anual de la Red Internacional de Bienes Públicos que se realizó en el año 2018 en Pau, Francia; en la cual expusieron profesores del más alto nivel académico temas relacionados al derecho de aguas.

Desde un lado más íntimo, agradezco a los amigos que estuvieron allí siempre, quienes me vieron – o me escucharon – en mis momentos de mayor flaqueza y cansancio. A veces las palabras sí tienen el valor que representan.

Finalmente, agradezco a mi familia por criarme con amor y entereza. A pesar de darlo todo, mis esfuerzos siempre serán insuficientes ante lo que han hecho por y para mí.

Resumen

Una lectura sistemática de la Constitución Política de 1993 y las leyes de recursos naturales demuestran que el agua es un recurso natural y bien demanial, entendido así como un bien de dominio público funcionalizado dentro de la escala de publicidad de las cosas. Asimismo, su condición demanial conlleva a que la Administración gestione el otorgamiento de títulos administrativos que habiliten su uso y aprovechamiento por parte de los privados, destacando la licencia de uso de aguas. Mediante esta última se habilitan los usos privativos de mayor intensidad y son otorgadas por un plazo indefinido, características que, principalmente, demostrarían su naturaleza concesional y la insuficiencia de la autorización como técnica en estos casos. Finalmente, un estudio de las licencias de uso de aguas con fines de generación de energía eléctrica y de la conservación de los caudales ecológicos confirman la naturaleza concesional de las mencionadas licencias, por lo cual es necesario que la ANA asuma un rol protagónico en toda actividad referida al uso o gestión de los recursos hídricos.

Palabras clave: dominio público, licencia de uso de aguas, proyectos hidroeléctricos, concesiones, caudales ecológicos, planificación hidrológica.

Abstract

A systematic reading of the 1993 Political Constitution and natural resources laws demonstrate that water is a natural resource that is understood as a functionalized public domain good within the public scale of things. In addition, its public domain condition entails the Administration managing the granting of administrative titles that enable their use and take advantage of private uses, highlighting the water use license. The latter enables the most intense private uses and is granted for an indefinite period, characteristics which, in particular, would demonstrate their concessional nature and the inadequacy of authorization as a technical in these cases. Finally, a study of water use licenses for the generation of electricity and the conservation of ecological flows confirm the concessional nature of these licenses, so it is necessary for the ANA to assume a leading role in all activities related to the use or management of water resources.

Key words: public domain, water use license, hydroelectric projects, concessions, ecological flows, hydrological planning.

CONTENIDO

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

1.1. ¿Por qué estudiar el derecho de aguas?

1.2. Planteamiento del problema

1.3. Delimitación, metodología y estructura de la investigación.

CAPÍTULO 2: EL AGUA COMO RECURSO NATURAL Y BIEN DE DOMINIO PÚBLICO

2.1. El agua como recurso natural.

2.1.1. Régimen constitucional de los recursos naturales: recuento de las teorías sobre la relación jurídica entre el Estado y los recursos naturales.

2.1.1.1. La teoría de dominio eminente.

2.1.1.2. La teoría patrimonialista o del dominio estatal.

2.1.1.3. La teoría del dominio público.

2.1.2. La naturaleza jurídica de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano.

2.2. La teoría del dominio público.

2.2.1. Antecedentes históricos de la teoría de las cosas públicas: el nacimiento de la tesis subjetiva o el dominio público como propiedad.

2.2.2. Las transformaciones del concepto de dominio público: la tesis objetiva o funcionalista.

2.2.3. El dominio público en la actualidad: la huida de la clásica dicotomía, el dominio público funcionalizado y la búsqueda de tesis integrales.

2.2.4. El dominio público en el contexto latinoamericano.

- 2.2.4.1. La teoría de los bienes públicos en Chile.
- 2.2.4.2. La teoría de los bienes públicos en Argentina.
- 2.2.4.3. La teoría de los bienes públicos en Perú.

2.3. Conclusiones preliminares: el dominio público hidráulico. La naturaleza de dominio público funcionalizado de los recursos naturales.

- 2.3.1. El agua como bien de dominio público dentro de la escala de la publicidad de las cosas.
- 2.3.2. La naturaleza jurídica del agua como Patrimonio de la Nación según la Constitución: el dominio público funcionalizado.

CAPÍTULO 3: LA NATURALEZA CONCESIONAL DE LA LICENCIA DE USO DE AGUA

3.1. La utilización de aguas pública.

- 3.1.1. Tipos de uso de agua.
 - 3.1.1.1. Los criterios de clasificación tripartitos: los usos comunes, especiales y privativos.
 - 3.1.1.2. Nuestra posición: usos comunes y especiales.
- 3.1.2. La autorización demanial como título administrativo que habilita el uso privativo de menor intensidad de las aguas públicas.

3.2. La concesión de las aguas públicas.

- 3.2.1. Aproximaciones a la noción de concesión
 - 3.2.1.1. La “idea concesional” de VILLAR PALASÍ.
 - 3.2.1.2. Características de la concesión administrativa.
 - 3.2.1.3. Los diversos tipos de concesiones administrativas en la práctica contemporánea.
- 3.2.2. La naturaleza jurídica de la concesión demanial
 - 3.2.2.1. La concesión demanial como acto administrativo.
 - 3.2.2.2. La concesión demanial como contrato administrativo.

- 3.2.2.3. El debate en la actualidad: una aproximación a la naturaleza jurídica de la concesión demanial desde la experiencia peruana.
- 3.2.3. La crisis en la distinción entre las autorizaciones y concesiones demaniales.

3.3. Los derechos de uso según la normativa de aguas en el Perú.

- 3.3.1. El rol de la Autoridad Nacional del Agua – ANA y las competencias en el otorgamiento de los derechos de uso de recursos hídricos: breve comentario sobre la organización administrativa del agua.
 - 3.3.1.1. Las Autoridades Administrativas y Locales del Agua (AAA y ALA).
 - 3.3.1.2. Los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca.
 - 3.3.1.3. Las Organizaciones de Usuarios de Aguas.
- 3.3.2. Los derechos de uso en la LRH.
 - 3.3.2.1. Las “clases de usos de agua” según la LRH y su Reglamento.
 - 3.3.2.2. La licencia.
 - 3.3.2.3. Los permisos.
 - 3.3.2.4. Las autorizaciones.

3.4. Las formas de uso privativo de aguas en la legislación extranjera.

- 3.4.1. El caso español.
- 3.4.2. El caso argentino.
- 3.4.3. El caso chileno.

3.5. Conclusiones preliminares. El contexto actual del régimen de aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú: la naturaleza concesional de la licencia de uso.

CAPÍTULO 4: EL APROVECHAMIENTO DE AGUAS CON FINES ELÉCTRICOS EN EL PERÚ

4.1. El agua y los proyectos hidroeléctricos.

- 4.1.1. El uso productivo del agua para la generación de energía eléctrica.
 - 4.1.1.1. La relación de agua con la generación de energía eléctrica.
 - 4.1.1.2. Los aprovechamientos hidroeléctricos como usos productivos.
- 4.1.2. El marco normativo peruano sobre la generación de energía eléctrica.
 - 4.1.2.1. El marco eléctrico general según la LCE.
 - 4.1.2.2. El marco jurídico especial según la Ley RER.

4.2. La concesión hidroeléctrica: requisitos y consideraciones.

- 4.2.1. El régimen jurídico de los aprovechamientos hidroeléctricos y la actual normativa de protección ambiental en las actividades eléctricas.
- 4.2.2. Algunos temas pendientes: la ausencia de planificación hidrológica a nivel nacional.
 - 4.2.2.1. La planificación como técnica general.
 - 4.2.2.2. En particular, sobre la planificación hidrológica.
 - 4.2.2.1. La incidencia de la planificación hidrológica en el sistema concesional.
- 4.2.3. Sobre el procedimiento regular y los títulos administrativos necesarios: análisis del DS041.
 - 4.2.3.1. Sobre el procedimiento regular para obtener la licencia de uso de aguas con fines de generación de energía eléctrica.
 - 4.2.3.2. Sobre el rol de la ANA en el otorgamiento final de la licencia de uso de aguas.
- 4.2.4. El caudal ecológico y su aplicación en los proyectos hidroeléctricos.
 - 4.2.4.1. Sobre el concepto de los caudales ecológicos.

4.2.4.2. Los caudales ecológicos y las modificaciones de su metodología de cálculo en la normativa peruana: la posibilidad de indemnización en casos de revisión de concesiones.

4.3. Conclusiones preliminares: la naturaleza concesional de la licencia de uso aguas en los proyectos hidroeléctricos.

CONCLUSIONES FINALES.

BIBLIOGRAFÍA.

ANEXOS

Anexo 01: COES. *Estadística de Operación 2018. Parte 01: Estadística relevante del SEIN.* (www.coes.org.pe)

Anexo 02: COES. *Informes Anuales 2018. Cuadro N.º 4.7, Parte 04: Producción de Energía Anual por Central y Tipo de Generación 2018.* (www.coes.org.pe)

Anexo 03: COES. *Informes Anuales 2018. Cuadro N.º 4.10, Evolución Anual de la Producción de Energía por Recurso Energético (GW.h).* (www.coes.org.pe)

Anexo 04: COES. *Estadística de Operación 2018. Parte 07: Producción con Recursos Renovables del SEIN.* (www.coes.org.pe)

Anexo 05: *Estadísticas Anuales. Mapa de Generación Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables 2018.* (www.coes.org.pe)

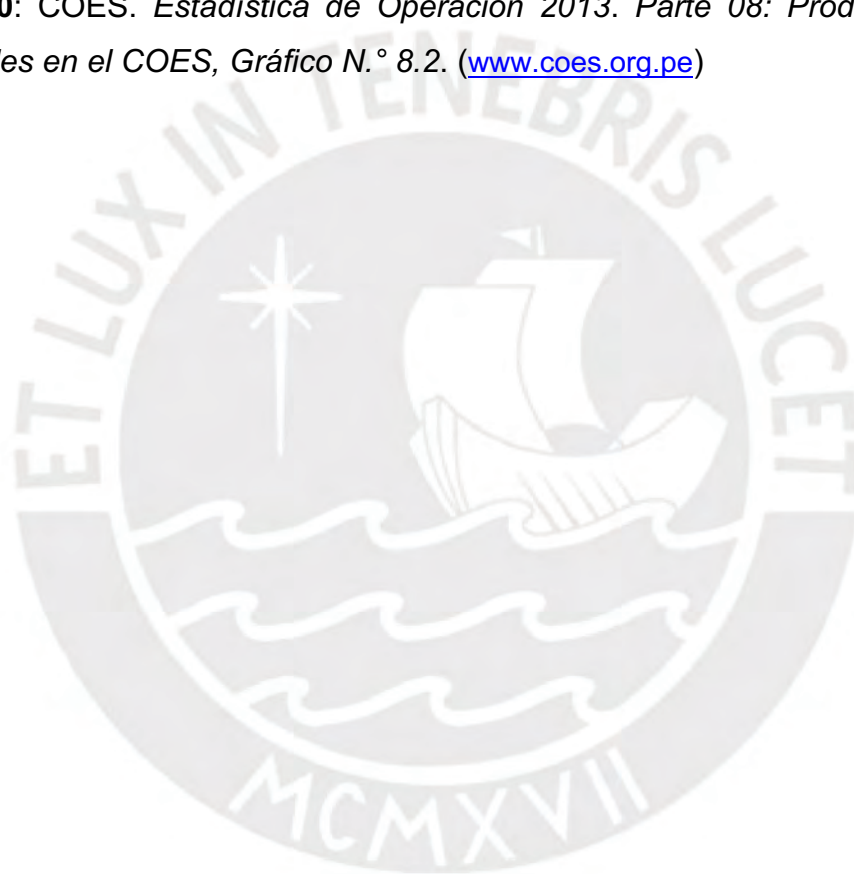
Anexo 06: COES. *Estadística de Operación 2017. Parte 08: Producción con Recursos Renovables del SEIN, Gráfico N.º 8.1.* (www.coes.org.pe)

Anexo 07: COES. *Estadística de Operación 2016. Parte 08: Producción con Recursos Renovables del SEIN*, Gráfico N.º 8.1. (www.coes.org.pe)

Anexo 08: COES. *Estadística de Operación 2015. Parte 08: Producción con Recursos Renovables del SEIN*, Gráfico N.º 8.2. (www.coes.org.pe)

Anexo 09: COES. *Estadística de Operación 2014. Parte 08: Producción con Recursos Renovables del SEIN*, Gráfico N.º 8.2. (www.coes.org.pe)

Anexo 10: COES. *Estadística de Operación 2013. Parte 08: Producción de Renovables en el COES*, Gráfico N.º 8.2. (www.coes.org.pe)





**CAPÍTULO 1
INTRODUCCIÓN**

1.1. ¿Por qué estudiar el derecho de aguas?

1.1.1. El agua como objeto del derecho es un tema que, desde su concepción, reviste atención y cuidado especial dada una condición simple: el agua es un recurso indispensable para la vida del hombre. Por ello, la eficaz gestión de los recursos hídricos requiere no solo de todos los elementos necesarios para cumplir sus objetivos, sino también de una real posibilidad de su implementación y responsabilidad por parte de los principales actores de los órganos de decisión¹.

Sin embargo, debido a los diversos problemas de la gestión del agua, vinculados, sobre todo, a la intensa centralización de su administración así como a la falta de conciencia económica del recurso²; actualmente nos encontramos ante una “crisis de gobernabilidad” del agua, que más que una falta total del recurso, se refiere a imposibilidades técnicas y económicas para su aprovechamiento óptimo³.

Podemos hacer referencia, también, a las situaciones de escasez o estrés hídrico, sobre las cuales las Naciones Unidas han señalado que una zona experimentará el estrés hídrico cuando su suministro anual de agua caiga por debajo de los 1.700 m³ por persona; mientras nos referiremos a escasez hídrica cuando dicho suministro anual por persona caiga por debajo de los 1.000 m³ por persona. Finalmente, la

¹ Al respecto, toma mucha vigencia lo expuesto por Ramón MARTÍN MATEO, quien señalaba que “de nada valdría el que la política hidráulica para un determinado espacio político-administrativo se hubiese adoptado con el mayor cuidado, incorporando estimables aciertos, si posteriormente el ente responsable no tiene la posibilidad de implementarla. No existe política en cuenta tal, en el sentido de decisiones con pretensión de transformación social, si quienes la formulan no están en condiciones de llevarla a la práctica” (MARTÍN MATEO, Ramón. “El agua: bases institucionales”. En: *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*. Núm. 1, 1985, p. 35).

² GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos. “Los retos del derecho del agua”. En: SOSA WAGNER, Francisco (coordinador). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Vol. 3. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 3806-3808.

³ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, Victoria Eugenia. *El agua que bebemos. La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 36-37.

escasez absoluta se manifestará cuando la tasa de agua sea menor a 500 m³ por persona⁴.

En este sentido, se ha previsto que para el año 2025 existan 1.800 millones de personas que vivirán en países o regiones con escasez absoluta de agua, mientras las dos terceras partes de la población mundial podrían hacerlo bajo condiciones propias del estrés hídrico. Asimismo, para el 2030 prácticamente la mitad de la población mundial vivirá en localidades con estrés hídrico debido a la gestión insostenible del agua, es decir, aproximadamente a 3.000 millones de personas⁵.

- 1.1.2. A pesar de los problemas que estas cifras ponen en evidencia, muchos países latinoamericanos, incluido el Perú, no le dan la importancia necesaria a la asignación de aguas y al monitoreo del servicio público de abastecimiento de agua potable y saneamiento⁶, debido a la falta de gobernanza⁷ y gobernabilidad efectiva del agua, manifiesta en reformas parciales de la legislación hídrica, falta de independencia del regulador o autoridad del agua, primacía de intereses económicos, entre otros⁸.

Consideramos que avances importantes para lograr una mejor gobernabilidad del agua parten no solo por mejorar la propia legislación hídrica, sino también relacionar coherentemente los

⁴ Ídem, p. 37.

⁵ Ídem, pp. 37-38.

⁶ SOLANES, Miguel y PEÑA, Humberto. *Gobernabilidad del Agua en la América: una tarea inconclusa*. Ponencia para el Foro Agua de las Américas: México, 2002, pp. 29-35. Recuperado el 28 de octubre de 2019 de: <http://www.bvsde.paho.org/>

⁷ Al respecto, en 2009 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) creó el Programa de Gobernanza del Agua con el objetivo de asesorar a los gobiernos en el desarrollo, diseño e implementación de políticas referidas a la gestión eficiente del agua (Ver MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO. *Indicadores de los principios de gobernanza del agua para la OCDE*. Lima: ANA, 2019, pp. 16-19).

⁸ Íbidem. También en SOLANES, Miguel y JOURAVLEV, Andre. *Integrando economía, legislación y administración en la gestión del agua y sus servicios en América Latina y el Caribe*. Santiago: Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ONU, CEPAL), 2005.

aspectos ambientales⁹ que aseguren la calidad y condición del recurso. Asimismo, garantizar un correcto marco regulatorio en la asignación de títulos habilitantes, considerando las características jurídicas pertinentes, ya que de esto depende la ejecución de los proyectos y el abastecimiento de la población.

En el Perú, al encontrarse la mayor cantidad de población en la costa y, paradójicamente, al existir ahí la menor cantidad de recursos hídricos disponibles; estamos obligados, por un lado, a la ejecución de grandes obras de infraestructuras hidráulicas¹⁰ desde la selva (donde existe la mayor cantidad de agua disponible) a través de embalses, los cuales muchas veces generan un impacto ambiental negativo; y, por otro lado, a la construcción de obras de infraestructura en la costa con fines de irrigación y regulación del recurso¹¹.

⁹ Algunas ideas también en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. “La Directiva Marco, la nueva cultura del agua y el imperativo de evolución de la política hidráulica española hacia un modelo de gestión sostenible”. En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Nuevo derecho de aguas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi, 2007, pp. 131-156.

¹⁰ Sería impensable desconocer la necesidad e importancia de la construcción de obras hidráulicas ante la irregularidad geográfica de disponibilidad del recurso, pues en el caso peruano existen gran cantidad de agua en la selva, siendo escasa en la costa. Sobre el mismo tema ya venía reflexionando el maestro S. MARTÍN-RETORTILLO, señalando que “el tema que se considera es obligado situarlo de este modo en su relación con el siempre polémico de las obras hidráulicas: la obra hidráulica, en definitiva, es la que posibilita el aprovechamiento del recurso” (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Desarrollo sostenible y recursos hidráulicos. Reflexiones en el entorno de la reciente Directiva estableciendo un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 153, 2000, p. 29). Sin embargo, el reto es enmarcar dichas obras en los límites de la protección ambiental y desarrollo sostenible del recurso, protegiendo también las comunidades, el ecosistema y la calidad del agua.

¹¹ PULGAR-VIDAL OTÁROLA, Manuel. “IX. Perú”. En: IZA, Alejandro y ROVERE, Marta (Editores). *Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental*. Gland: UICN, 2006, p. 327.

1.1.3. Por otro lado, no resulta extraño vincular la gestión eficiente del agua con una idea de justicia¹², existiendo ya recientes antecedentes¹³ donde se trata el acceso al agua potable como un deber estatal desde un estudio del Enfoque de Capacidades. Sobre este último concepto, brevemente podemos señalar que sus principales exponentes son A. SEN y M. NUSSBAUM, quienes lo definen como “*las diversas cosas que una persona puede valorar o ser*”¹⁴ y “*el conjunto de oportunidades para elegir y actuar*”¹⁵. De esta forma, esta idea de justicia señala que el desarrollo “*puede concebirse como un proceso de expansión de las libertades reales que disfrutaban los individuos*”¹⁶.

Así, el acceso de las personas al agua, ya sea potable, la necesaria para el riego o para cumplir tareas mínimas vitales; tiene un íntimo vínculo con el desarrollo humano¹⁷, cuyo fundamento teórico es justamente el Enfoque de Capacidades¹⁸. Esta idea valora la libertad de una persona en elegir determinados elementos que le permitan tener una vida digna o de *calidad*, cuyo presupuesto es el respeto de los derechos básicos por parte de los Estados¹⁹. En este orden de ideas, la eficiente gestión del agua en todos sus niveles podrá

¹² Sobre las ideas de justicia es necesario resaltar que la elección de alguna de ellas se relaciona necesariamente con la concepción de individuo que se tenga como objetivo (MACINTYRE, Alasdair. *Justicia y racionalidad. Conceptos y contextos*. 2da edición. Madrid: Eiusa, 2001, p. 374; o NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2007.), por lo que toda concepción de justicia va de la mano con una concepción de persona (RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 2da edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995; o TAYLOR, Charles. *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Barcelona, Paidós, 1996.). Es decir, no existe una concepción única o principal de justicia, sino que se trata de diversos parámetros y concepciones, las cuales si bien no serán antagónicas *per sé*, poseen sus propias virtudes, limitaciones y parámetros. En el presente trabajo, como bien se podrá ir revisando, tomaremos apuntes de las ideas de autores como SEN, NUSSBAUM o RAWLS.

¹³ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. *El acceso al agua potable: un deber estatal. Cómo el servicio público de acueducto garantiza el derecho social fundamental de acceso al agua potable*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

¹⁴ SEN, Amartya. *Desarrollo como libertad*. Barcelona: Planeta, 2000, p. 99.

¹⁵ NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós, 2012, p. 40.

¹⁶ SEN, Amartya. *Óp. Cit.*, p. 19.

¹⁷ NUSSBAUM, Martha. “La ética del desarrollo desde el enfoque de las capacidades. En defensa de valores universales”. En GIUSTI, Miguel (editor). *La filosofía del siglo XX: Balance y perspectivas*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2000.

¹⁸ RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. *Óp. Cit.*, p. 112.

¹⁹ NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 83.

ayudarnos a vivir en una sociedad más *justa*²⁰, donde todos podamos tener la libertad de elegir cómo y para qué utilizar el agua según nuestros intereses, y no limitarnos en su uso dejando insatisfechas muchas necesidades básicas debido a su escasez, producto a su vez, de una gestión ineficiente. Esta idea se desarrolla y complementa con el reconocimiento del acceso al agua como un derecho humano.

Hoy en día es posible observar la necesidad de lograr la igualdad en el acceso al agua y, específicamente, en el precio que pagan los más pobres por dicho servicio. Es conocido que son los más pobres quienes pagan precios mucho más altos por la misma cantidad –y, paradójicamente, inferior calidad– de agua que reciben otros; esto comúnmente en áreas donde no existe una red de tuberías para el abastecimiento de agua potable y esta se tiene que comprar, generalmente, por camiones cisterna²¹. Por ejemplo, en Bombay, India, de un estudio en un área ilegal de barrios marginales se evidenció que el precio medio pagado por el agua por parte de esos residentes era de aproximadamente 2 dólares por metro cúbico de agua, más de 40 veces el costo oficial pagado por residentes de barrios marginados y más de 30 veces el costo pagado por residentes de otras áreas de la ciudad²².

²⁰ Según SEN, la privación de estas libertades es una injusticia. De esta forma, “el foco aquí es la libertad que una persona realmente tiene para hacer esto o aquello, las cosas que le resulta valioso ser o hacer. Obviamente, es muy importante para nosotros ser capaces de lograr las cosas que más valoramos. Pero la idea de la libertad también respeta nuestro ser libre para determinar qué deseamos, qué valoramos y en última instancia qué decidimos escoger. El concepto de capacidad se vincula así muy estrechamente al aspecto de oportunidad de la libertad, visto desde la perspectiva de las oportunidades “comprehensivas” y no solo desde el enfoque de lo que sucede con la culminación”. En: SEN, Amartya. *La idea de justicia*. Madrid: Taurus, 2010, pp. 262-263. Asimismo, un estudio importante sobre el enfoque de capacidades como una idea de justicia en CÁCEDA ADRIANZÉN, Julio. *Alcances y límites de las ideas de justicia en el Enfoque de Capacidades*. Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Desarrollo Humano: Enfoques y Políticas. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

²¹ WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAM – WWAP (Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de la UNESCO). *Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás*. París: UNESCO, 2019, pp. 2, 58. Recuperado de: www.es.unesco.com

²² SUBBARAMAN, Ramnath y MURTHY, Sharmila L. “The right to water in the slums of Mumbai, India”. En: *Bulletin of the World Health Organization*, Volumen 93, Núm. 11, 2015, pp. 815-816. Recuperado de: www.who.int

En cifras, para que una persona pobre pueda acceder a los 50 litros diarios de agua mínimos recomendados por la OMS²³, puede gastar hasta más de la mitad de su salario: por ejemplo, una persona pobre de Port Moresby, Mozambique, gastaría el 54% de sueldo para adquirir 50 litros de agua diario; mientras una persona pobre de Antananarivo, Madagascar, gastaría el 45% de su sueldo²⁴. Por lo expuesto, se puede apreciar una preocupante desigualdad e injusticia en torno al acceso al agua, lo cual es solo un ejemplo más de los problemas de la crisis en la gestión de los recursos hídricos.

Por ello, el estudio del acceso al agua y la gestión eficiente del mismo desde su reconocimiento como derecho humano, la teoría del Enfoque de Capacidades, desarrollo humano y las nociones calidad de vida; es un tema que merece una minuciosa labor de investigación, por lo que la breve mención en este trabajo solo tiene como objetivo evidenciar la importancia económica y política del estudio del agua y su gestión en distintos planos: desde la asignación de derechos de uso hasta la prestación del servicio de agua potable y saneamiento.

- 1.1.4. Por otra parte, entendiendo al derecho administrativo en tanto “derecho común de las Administraciones Públicas”, en palabras de los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ²⁵, el derecho de aguas se presenta como una rama esencial del mismo, cuya regulación jurídica se encuentra a cargo de las autoridades administrativas, que en el caso de Perú es la Autoridad Nacional del Agua-ANA.

Al respecto, existen países donde el estudio del derecho de aguas como rama del derecho administrativo ha sido fundamental y, quizá,

²³ HOWARS, Guy y BARTRAM, Jamie. *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*. Ginebra: World Health Organization, 2003, p. 22. Recuperado de: www.who.int

²⁴ WATERAID. *Water at what cost? The State of the World's Water 2016. Briefing Report*. 2016, p. 4. Recuperado de: www.wateraid.org

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Civitas, 2017, pp. 69-75.

uno de los más importantes dentro de su tradición jurídica. Por la cercanía normativa y la herencia dogmática, nos referiremos específicamente a España²⁶, donde el propio aumento de las necesidades hídricas, una constante evolución de los canales e industria de regadíos, pero sobre todo el desarrollo de los aprovechamientos industriales de las aguas y, particularmente, los hidroeléctricos; han sido razones y factores determinantes en la evolución del derecho de aguas en dicho país²⁷.

Así, en España, la figura del profesor S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER adquiere una posición especial y su nombre se presenta como el más importante estudioso de la materia, papel que actualmente ostenta el profesor A. EMBID IRUJO, quien en palabras de F. LÓPEZ MENUDO, es autor “de una obra de extensión y variedad muy notables [que] ha venido impulsando el estudio del derecho de aguas en los últimos años”²⁸. Asimismo, independientemente de los autores mencionados, existen numerosos expertos en temas puntuales del derecho de aguas como planificación hidrográfica, organización hidráulica, aguas y medio ambiente, entre otros²⁹.

Caso contrario, en el Perú aún existe un novísimo desarrollo del derecho de aguas como objeto de estudio del derecho administrativo,

²⁶ Al respecto, en un histórico trabajo, JORDANA DE POZAS advirtió que en una de las primeras obras escritas sobre las aguas en lengua romance (LIMÓN MONTERO, Alfonso. *Espejo cristalino de las aguas de España*. Alcalá de Henares, 1697), se señalaba que “entre todas las riquezas que el fertilísimo suelo de nuestra nobilísima España posee en beneficio de los hombres, ninguno debe ser de mayor estimación y aprecio para los naturales que la habitamos que la multitud de aguas que produce en común beneficio de todos” (citado por JORDANA DE POZAS, Luis. “La evolución del Derecho de las Aguas en España y en otros países”. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 37, 1962, p. 12).

²⁷ Sobre ello reflexiona con gran profundidad JORDANA DE POZAS, Luis. *Óp. Cit.*, pp. 12-16. Asimismo también revisar el clásico trabajo del MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, Sebastián. “La elaboración de la Ley de Aguas de 1866”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 32, 1960, pp. 11-54.

²⁸ LÓPEZ MENUDO, Francisco. “Las aguas”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 200, mayo-agosto 2016, p. 259.

²⁹ Un recuento de la evolución doctrinaria española en materia de aguas en LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Óp. Cit.*, pp. 251-276. Asimismo, otra obra relevante y de indiscutible referencia en términos históricos y generales del derecho de aguas es el extenso volumen publicado por los profesores GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José. *El Derecho de Aguas en España*. Tomo I. Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, 750 pág.

motivado por una lenta evolución y adaptación de la normativa hídrica a la realidad y necesidades de la población; como también por la falta de cátedras y cursos de *Derecho de Aguas* en las facultades de Derecho.

En nuestro país, incluso, podríamos hablar –de forma más específica– de un *derecho de la escasez del agua*³⁰, pues actualmente uno de los objetivos del derecho de aguas es mejorar la gestión del recurso³¹ y los mecanismos idóneos para su óptima asignación, para lo cual es necesario estudiar figuras como los trasvases, aprovechamientos hidroeléctricos, planificación hidrológica, reutilización de aguas de vertidos, aspectos relacionados con la conservación de caudales ecológicos, sobreexplotación de acuíferos, impactos ambientales producto de embalses, otorgamiento de títulos administrativos que habiliten el uso, entre otros.

Por ello, es evidente que el derecho administrativo es una de las áreas del derecho que mejor explica estos fenómenos y figuras jurídicas, sin perjuicio de que el estudio del agua sea de carácter interdisciplinario, existiendo temas económicos, tributarios, sociales e, incluso, filosóficos; que aporten a su desarrollo y profundización.

- 1.1.5. No podemos finalizar este preámbulo sin realizar ciertos esbozos sobre la consistencia, dogmática y claves dentro de lo que significa realmente el estudio del derecho de aguas. De esta forma, volvemos a la máxima básica de la importancia del estudio de dicho elemento: la trágica dicotomía entre un recurso cada vez con más limitaciones y con demandas poblacionales que cada año crecen de forma exponencial³².

³⁰ Cfr. LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Óp. Cit.*, p. 254.

³¹ Actualmente se habla de una gestión integrada del agua, delimitada por los principios de Integración, Planificación y Sostenibilidad. Cfr. GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos. “Los retos del derecho del agua”. *Óp. Cit.*, pp. 2803-3832.

³² El profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO señalaba dicha *trágica actualidad* como una de las principales razones de su interés por el estudio del derecho de aguas, sobre lo cual reflexiona en las primeras páginas de su clásica obra *Derecho de Aguas*, específicamente en su breve nota

Por lo expuesto, actualmente es inevitable el estudio del derecho de aguas sin tener en cuenta las exigencias ambientales y la búsqueda por la conservación del recurso³³, lo cual podríamos denominar una de las claves determinantes del actual derecho de aguas. Al respecto, el profesor EMBID IRUJO realizó ciertas aproximaciones dogmáticas con el fin de determinar los rasgos características del derecho de aguas. Uno de los primeros, lógicamente, es el objeto material de su estudio, relacionado a las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas; en concordancia con el estudio del cuidado ambiental y la búsqueda de la conservación del buen estado ecológico del recurso³⁴.

Asimismo, entre otros rasgos característicos fundamentales³⁵ podemos señalar al derecho de aguas como un derecho interno que, progresivamente, se viene complementando con directivas e instrumentos propios del Derecho Internacional, como tratados o convenios; así como un derecho relacionado íntimamente con los datos hidrológicos y geográficos de su territorio.

Sin embargo, uno de los rasgos que más relevancia representan para nuestros fines, y que ya hemos adelantado líneas arriba, es que las normas del derecho de aguas se presentan dentro de la categoría de normas de Derecho Administrativo³⁶. Esta característica tiene sus

preliminar e introducción (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho de Aguas*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 23-56).

³³ EMBID IRUJO, Alejandro. "El Derecho de Aguas del Siglo XXI". En: *Actas de Derecho de Aguas*, N.º 2, 2012, p. 79.

³⁴ Ídem, p. 80.

³⁵ Sobre dichos rasgos, *in totum*, Ídem, pp. 80-83.

³⁶ Al respecto, el profesor EMBID IRUJO señala: "las normas de Derecho de aguas pueden ser encuadradas en la mayor parte de las ocasiones dentro de la categoría de normas de "Derecho público", o sea de aquellas que se refieren a la ordenación de relaciones jurídicas en las que una parte de dicha relación es de forma directa (piénsese en la concesión de aguas públicas) o indirecta (téngase ahora la referencia en la autorización de contratos de cesión de derechos de uso de agua suscritos entre usuarios, o sea una relación jurídica puramente privada) un poder público. Y dentro de esta categoría de normas de "Derecho público", la mayor parte de las mismas pertenecerían al sector o área de conocimiento que solemos conocer como Derecho Administrativo" (Ídem, p. 81).

bases en el histórico proceso de *dominialización* o *publificación* de las aguas, es decir, la declaración de las aguas como bienes de dominio público³⁷, justamente dicha intervención administrativa³⁸ como respuesta ante la escasez del recurso y un pertinente uso del mismo³⁹.

En esta línea, diversos autores latinoamericanos también han teorizado sobre las instituciones y principios básicos del derecho de aguas⁴⁰, entre ellos, Líber MARTÍN⁴¹ señala cuatro instituciones marco del derecho de aguas, las cuales son: (i) el dominio público de las aguas; (ii) el permiso y concesión como medio de acceso a los derechos de aguas; (iii) la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas; y (iv) el interés público como condicionante y directriz del uso de aguas.

Por su parte, uno de los mayores expertos del derecho de aguas latinoamericano, el profesor Alejandro VERGARA BLANCO, señala que,

³⁷ La cual, si bien tiene sus primeros antecedentes en España con la Ley de Aguas de 1866 (Cfr. DÍAZ LEMA, José Manuel. "Bases para la construcción de un Derecho de Aguas europeo". En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 169, 2006, p. 252; también en GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José. *Óp. Cit.*, pp. 327-339), según EMBID IRUJO el proceso final de demanialización de las aguas se da con lo estipulado en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, pues "representa una pérdida evidente de importancia de dichas normas civiles" (EMBID IRUJO, Antonio. *Óp. Cit.*, p. 81).

³⁸ Al respecto, FANLO LORAS señala con certeza que "la demanialización del agua no es una exigencia de la unidad del ciclo hidrológico, sino una legítima decisión política adoptada en atención a las características hidrológicas de España [...] El legislador ha considerado que la titularidad pública del agua, en cuanto patrimonio común sujeto a un régimen jurídico específico, facilita la gestión de este recurso natural – escaso y vulnerable – fundamental para la vida del hombre" (FANLO LORAS, Antonio. "El Derecho de aguas en el 25 aniversario de la Constitución Española". En: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*. Núm. 2, 2004, p. 55). Justamente, parte central de la presente investigación es analizar y estudiar el proceso de dominialización de las aguas y las corrientes actuales que clarifican su interpretación, es decir, qué significa hoy en día señalar que las aguas son bienes de dominio público.

³⁹ DÍAZ LEMA, José Manuel. *Óp. Cit.*, p. 252.

⁴⁰ Si bien este extremo de nuestro análisis parte de una óptica actual del derecho de aguas latinoamericano, consideramos punto de partida indiscutible las ideas planteadas por Miguel MARIENHOFF, quizá uno de los primeros grandes académicos que dedicaron su obra al estudio del derecho de aguas. Es así que el citado profesor señalaba la necesidad del "estudio integral del derecho de aguas", ya que "por su amplitud e indiscutible importancia, todo lo atinente a las aguas debe ser estudiado a profundo, pero en forma integral y orgánica, a fin de que al respecto se adquiera una noción de conjunto" (MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971, p. 60).

⁴¹ MARTÍN, Líber. "Instituciones y principios matrices del Derecho de aguas: contradicciones entre teoría y práctica". En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 3, 2013, pp. 105-120.

en esencia, existen tres categorías dogmáticas o instituciones básicas de este derecho, las cuales son⁴²: (i) la *publicatio* de aguas; (ii) la concesión y regularización de aguas; y (iii) el derecho de aprovechamiento de aguas y su distribución.

En síntesis, podemos observar una constante dentro de lo que se denomina el objeto de estudio o instituciones básicas del derecho de aguas. De esta forma, desde nuestra perspectiva y buscando una respuesta integral a las aproximaciones ya planteadas, señalamos a las siguientes nociones como categorías o instituciones básicas del derecho de aguas:

- (i) la primera es *el estudio del agua como bien de dominio público*, es decir, el estudio del agua como recurso natural dentro de los márgenes del derecho de bienes públicos y qué se entiende actualmente por ello;
- (ii) la segunda institución principal es *el estudio de los títulos administrativos que habilitan el uso y aprovechamiento del agua*, en particular, el estudio de la concesión, autorización y diversas técnicas de intervención administrativa que garanticen el correcto aprovechamiento del recurso por parte de los administrados, dentro de lo cual se incluye también el estudio de los mercados de aguas;
- (iii) la tercera institución del derecho de aguas es *el estudio de la organización administrativa del agua*, aspecto importante para entender el ordenamiento y la estructura interna de las instituciones o entidades que garantizan el cumplimiento de la regulación en materia de derecho de aguas;
- (iv) finalmente, podemos señalar como cuarta institución *el estudio del agua desde la perspectiva ambiental, poblacional y conservacionista del recurso*, lo cual incluye aproximaciones y análisis del uso racional del agua, las consecuencias ecológicas

⁴² VERGARA BLANCO, Alejandro. "Sistema y autonomía del Derecho de Aguas". En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 1, 2011, p. 69.

y ambientales de las variaciones de caudales, la calidad del agua, el abastecimiento poblacional, los vertidos, la reutilización del recurso, entre otros.

Todas estas aproximaciones, que son solo planteamientos complementarios que buscan clarificar y sistematizar el estudio del derecho de aguas, deben entenderse en atención a lo que realmente significa el derecho de aguas del siglo XXI, es decir, un derecho que se rige por la constante adaptación a distintas necesidades, cuyo dinamismo y flexibilidad ⁴³ permitan garantizar las condiciones necesarias para un eficiente y racional aprovechamiento del recurso.

1.2. Planteamiento del problema

La presente investigación se limita al estudio del agua como recurso, dejando de lado el aspecto del agua como servicio. Ello, debido a que nuestro objetivo es demostrar la naturaleza concesional de la licencia de aguas, cuyo análisis parte del estudio del agua como recurso natural y bien de dominio público, sus implicancias y el rol que cumple el estado en el otorgamiento de los títulos habilitantes.

En primer lugar, en el Perú, la regulación de los recursos naturales tiene lugar tanto en la CP de 1993 como en la LOASRN, existiendo confusión e indeterminación en torno al concepto de “Patrimonio de la Nación”. En consecuencia, no resulta clara la naturaleza de los recursos naturales, por lo que surgen, entre otras, las siguientes interrogantes: ¿Qué son los bienes de dominio público? ¿Significa que son propiedad del Estado? ¿Qué entendemos por dominio público?

Asimismo, la asignación de los recursos hídricos se desarrolla a través de diversos títulos administrativos que habilitan su uso y

⁴³ EMBID IRUJO, Antonio. *Óp. Cit.*, p. 92.

aprovechamiento, entre los que destacan el permiso, la autorización y la licencia de uso de aguas. Sin embargo, esta última al estar destinado a los usos privados más intensos, debería tener naturaleza concesional. Objetivo principal de la presente investigación es estudiar la figura concesional y poder determinar que la licencia de uso de aguas es una concesión de dominio público.

1.3. Metodología, delimitación y estructura de la investigación

La presente investigación tiene como objetivo principal demostrar la naturaleza concesional de la licencia de uso de aguas. Para ello, además del método dogmático y comparativo, partiremos de una metodología hipotético-deductiva, pues a partir del estudio de figuras concretas como las características de la concesión demanial, y conclusiones parciales como la determinación del agua como bien de dominio público –para cuyo uso se otorgan títulos habilitantes siendo uno de ellos la licencia–; se genera un proceso deductivo para concluir la naturaleza concesional de la licencia de uso.

Por otro lado, advertimos que nuestro estudio se limita al análisis de la licencia de uso de aguas como concesión de dominio público, por lo que no es parte de la presente investigación profundizar en temas como la gestión integrada del agua, el servicio de abastecimiento poblacional o la planificación hidrológica. Asimismo, dejamos claro que nuestro análisis es predominantemente del sector hídrico, por lo que nuestro capítulo cuatro, relacionado a los aprovechamientos hidroeléctricos, se concentra en un análisis de la norma hídrica y cómo se han establecido lineamientos que la integran a las disposiciones eléctricas ya existentes. El estudio detallado y profundo del mercado eléctrico escapa de los márgenes de la presente investigación.

La presente investigación consta de cuatro capítulos claramente delimitados, los cuales pasaremos a reseñar brevemente. El primero, que la constituye la presente introducción, señalamos la importancia del estudio del derecho de aguas como rama del derecho administrativo, así como los límites del presente trabajo. En el capítulo segundo analizamos al agua como un recurso natural y bien de dominio público, realizando un estudio de esta figura jurídica, así como un intento de interpretar de forma coherente las disposiciones constitucionales y legales de la materia. En el capítulo tercero estudiamos los usos comunes y privativos de las aguas, la concesión demanial y su diferencia con la autorización demanial, así como el marco jurídico peruano de asignación de derechos de uso de agua.

Por último, en el capítulo cuarto reafirmaremos la naturaleza concesional de la licencia de uso de aguas en los casos destinados a la generación eléctrica, para lo cual analizaremos las disposiciones normativas que integran ambos sectores, así como las características especiales de los caudales ecológicos que nos permitirán tener un planteamiento más sólido que fundamente nuestra posición.



CAPÍTULO II

EL AGUA COMO RECURSO NATURAL Y BIEN DE DOMINIO PÚBLICO

2.1. El agua como recurso natural. II 2.1.1. Régimen constitucional de los recursos naturales: recuento de las teorías sobre la relación jurídica entre el Estado y los recursos naturales. II 2.1.1.1. La teoría de dominio eminente. II 2.1.1.2. La teoría patrimonialista o del dominio estatal. II 2.1.1.3. La teoría del dominio público. II 2.1.2. La naturaleza jurídica de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. **II 2.2. La teoría del dominio público.** II 2.2.1. Antecedentes históricos de la teoría de las cosas públicas: el nacimiento de la tesis subjetiva o el dominio público como propiedad. II 2.2.2. Las transformaciones del concepto de dominio público: la tesis objetiva o funcionalista. II 2.2.3. El dominio público en la actualidad: la huida de la clásica dicotomía, el dominio público funcionalizado y la búsqueda de tesis integrales. II 2.2.4. El dominio público en el contexto latinoamericano. II 2.2.4.1. La teoría de los bienes públicos en Chile. II 2.2.4.2. La teoría de los bienes públicos en Argentina. II 2.2.4.3. La teoría de los bienes públicos en Perú. **II 2.3. Reflexiones finales: el dominio público hidráulico. La naturaleza de dominio público funcionalizado de los recursos naturales.** II. 2.3.1. El agua como bien de dominio público dentro de la escala de la publicidad de las cosas. II 2.3.2. La naturaleza jurídica del agua como Patrimonio de la Nación según la Constitución: el dominio público funcionalizado.

El debate alrededor de la naturaleza jurídica de los recursos naturales ha generado una serie de teorías e interpretaciones, muchas de ellas disímiles y contradictorias⁴⁴. Dicha discusión académica tiene su origen al analizar el artículo 66° de la CP de 1993⁴⁵, y buscar una aproximación al concepto de “Patrimonio de la Nación”, tarea que, hasta el momento, solo ha suscitado incertidumbre y poca claridad.

La doctrina nacional ha trabajado esta cuestión predominantemente desde perspectivas propias del derecho constitucional⁴⁶ y civil⁴⁷. No obstante, también existen estudios que no se limitan a los clásicos análisis, sino que aplican el debate en torno a la naturaleza de las cosas públicas a partir de una revisión de bibliografía propia del

⁴⁴ Eduardo HERNÁNDEZ MARTÍNEZ realiza una interesante aproximación a las teorías que se han formulado en la tradición jurídica peruana respecto a la naturaleza jurídica de los recursos naturales, siendo, a la vez, una síntesis exclusiva de trabajos y puntos de vista constitucionales y civiles. El mencionado autor las clasifica como teorías negadoras de la propiedad (entre las que menciona las teorías de la soberanía y la del dominio directo) y teorías derivadas de la aceptación de la propiedad (destacando a la teoría del dominio privado y la teoría del dominio público). (HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. “Los recursos naturales y el patrimonio de la Nación”. En: *Ius Et Praxis*. Núm. 42, 2011, pp.187-191). Al respecto, se concuerda con parte de la crítica del autor en relación a la imprecisión y confusión que ha generado el artículo 66° de nuestra CP de 1993; no obstante, un estudio más completo requiere cierto análisis de la doctrina administrativa de las cosas públicas y su impacto en los recursos naturales, por lo que no se concuerda con las conclusiones del mencionado aporte doctrinario, las cuales comprenden al dominio público desde una perspectiva absolutamente propietarista. Un trabajo más amplio del mismo autor, en línea de lo mencionado, lo encontramos en HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad*. Lima: Rodhas, 2017, 470 pág.

⁴⁵ Señala: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

⁴⁶ Al respecto, se pueden revisar los trabajos de RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo III*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; HUNDSKOPF, Oswaldo. “Los recursos naturales y la Constitución Política de 1993”. En: *Ius Et Praxis*. Núm. 43, 2012, p. 155-164; KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César. *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

⁴⁷ La tesis del dominio eminente como aquel que ejerce el Estado sobre los recursos naturales fue recogida en los textos legales debido a la defensa que ejerció el profesor Jorge AVENDAÑO VALDEZ, según queda constancia en los Cuadernos de Debate del Congreso, en la época en la cual el desaparecido profesor de Derecho Civil se desempeñaba como Congresista de la República (HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad*. Óp. Cit., pp. 208-216). Asimismo, el tema materia de análisis también ha sido trabajado desde la perspectiva civilista por VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. *Los derechos reales*. Tomo I. Lima: San Marcos, 2003.

derecho administrativo, la cual consideramos imprescindible si se pretende analizar la naturaleza de los recursos naturales⁴⁸.

En este sentido, en un reciente trabajo se advierte, de forma acertada, que “el todavía bisoño derecho ambiental peruano intentó definir a los recursos naturales desde una visión bifronte de utilitarismo y economicismo promovida por el Legislador de la liberalización de la década de los noventa”⁴⁹. Como apreciamos claramente, el desarrollo de la doctrina nacional en torno al concepto de los recursos naturales y la interpretación del mandato constitucional al respecto, ha omitido el análisis de las categorías de cosas públicas y, en especial, la discusión sobre el dominio público, limitándose a señalar el “dominio eminente” como ficción administrativa aplicable.

En el contexto jurídico actual resulta necesario evitar la exclusión del estudio de la teoría de las cosas públicas del análisis de los recursos naturales, ya que “el debate sobre el concepto mismo de medio ambiente ha puesto de manifiesto su estrecha vinculación a los bienes públicos, al propugnarse, en sentido estricto, su construcción sobre la base de recursos naturales como el agua, las cosas y mares, o el aire que, en gran medida, entran dentro del ámbito de lo público”⁵⁰.

El medio ambiente se configura como un derecho-deber, a su vez que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”⁵¹.

⁴⁸ Sobre dicho análisis, destacan los esfuerzos de los profesores HUAPAYA TAPIA, Ramón. “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”, en: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*. Núm. 14, 2014, pp. 327-339; y VIGNOLO CUEVA, Orlando. “Una definición alternativa sobre los recursos naturales”. En: AA.VV., *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*, Lima: Palestra, 2018, p. 311 – 342.

⁴⁹ VIGNOLO CUEVA, Orlando, Óp. Cit., p. 317.

⁵⁰ TEJEDOR BIELSA, Julio, “Bienes públicos y medio ambiente”, en: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (coord.). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 73.

⁵¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Bibliografía de Derecho Ambiental*, Zaragoza: Kronos, 1999; citado por TENA PIAZUELO, Vitelio, “Aguas y Medio Ambiente”. En: LOPEZ RAMÓN, Fernando y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (coord.). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 249-250.

En esta línea, la configuración de este derecho-deber implica un correcto tratamiento legal para aprovechar los recursos de una forma eficiente, teniendo en cuenta la amenaza de la escasez y, sobre todo, que la calidad de vida de las personas depende de un correcto cuidado del medio ambiente^{52 53}. Es así como “resulta fundamental y decisiva la acción de todos y cada uno de los poderes públicos ejerciendo sus respectivas potestades en el ámbito de las competencias que les correspondan, ya que a todos ellos concierne transversal u horizontalmente la aplicación del derecho al medio ambiente”⁵⁴.

En esta línea, el profesor LÓPEZ RAMÓN destaca “la vinculación de las cosas públicas con la protección del medio ambiente, principio de actuación de los poderes públicos que ha experimentado un rápido proceso de formación y consolidación en todos los ordenamientos jurídicos generales”⁵⁵, concibiéndose a la *propiedad pública* como un conveniente instrumento para garantizar la protección del medio ambiente⁵⁶.

El caso de las aguas públicas genera especial interés ya que se trata de un recurso escaso y de gestión ineficiente, sobre la cual se pueden derivar extremos como buscar su estatización o privatización. Al respecto, una vez entendida su naturaleza jurídica, será posible establecer un conveniente sistema de usos de dicho recurso,

⁵² MARTÍN MATEO, Ramón. “La calidad de vida como valor jurídico”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 117, 1988, pp. 51-70.

⁵³ En este mismo sentido, “los poderes públicos desempeñan, de esta forma, un papel central en la protección del medio ambiente, pero ello no implica en modo alguno que sean los únicos llamados a protegerlo [...] [toda vez que] “*todos* tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para la persona, así como el *deber de protegerlo*”, y el derecho arbitra fórmulas para permitir una participación, cada vez más activa, de los ciudadanos en la protección ambiental” (LOZANO CUTANDA, Blanca (directora). *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: CEF, 2014, pp. 219).

⁵⁴ TENA PIAZUELO, Vitelio. *Óp. Cit.*, p. 250.

⁵⁵ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 186, p. 45.

⁵⁶ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Dominio público y protección del medio ambiente”, en: AA.VV., *Ordenación del territorio y medio ambiente*, IVAP, Oñati, pp. 587-600.; citado por TEJEDOR BIELSA, Julio, *Óp. Cit.*, p. 73.

identificando los títulos de intervención adecuados con su realidad jurídica, así como con los fines que se persiguen en función de su aprovechamiento.

Es así como el legislador peruano ha calificado al agua como un bien de dominio público, “excluyendo el régimen de propiedad privada sobre ella debido a su influencia directa en la calidad de vida de las personas, tanto por su disponibilidad como por su cuidado”⁵⁷. Sin embargo, de una lectura del régimen de los recursos naturales en la CP de 1993 y, en especial, de su artículo 66º, no se advierte referencia alguna al dominio público como naturaleza propia de los recursos naturales, sino que se menciona expresamente el concepto de “Patrimonio de la Nación”, noción que ha sido desarrollada caóticamente por constante jurisprudencia constitucional, así como por la doctrina, lo cual ya ha sido objeto de breve comentario.

La necesidad de clarificar la naturaleza de los recursos naturales –y , para los objetivos de la presente investigación, la naturaleza jurídica del agua–, responde a que de ello deriva la posibilidad de privatizar, estatizar o aprovechar convenientemente los recursos naturales; ya que “en las diferentes categorías de cosas, la función ambiental proyectará sus efectos de diferente manera, desde la apropiación pública hasta la regulación de la propiedad privada, en forma de función social concretada ambientalmente”⁵⁸. En el contexto latinoamericano ya se han producido debates parlamentarios en torno a la naturaleza jurídica del agua, con tintes nacionalistas y estatistas, motivando a un destacable desarrollo de la doctrina de bienes públicos en dichos contextos⁵⁹, aportes que, considerando las

⁵⁷ CAIRAMPOMA, Alberto y VILLEGAS, Paul. “Régimen jurídico de las aguas residuales en el Perú”. En: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa: Libro homenaje al Maestro Ramón Martín Mateo*. Lima: Thomson Reuters, p. 193, haciendo referencia, además, a los artículos 2º y 3º de la LRH.

⁵⁸ TEJEDOR BIELSA, Julio, *Óp. Cit.*, p. 75.

⁵⁹ Se hace referencia a los debates parlamentarios originados en Chile, donde “a partir de debates político-jurídicos o con pretensiones de serlo, levantados en torno a la entidad, uso o limitaciones de nuestros recursos naturales, han surgido voces que proponen la “recuperación”, “nacionalización”, “estatización”, entre otros términos, con respecto a los mismos”. En: ROJAS

reservas propias de nuestra realidad jurídica, es posible extrapolar a nuestro ordenamiento legal.

2.1. El agua como recurso natural

Parte de la más clásica doctrina argentina, al referirse a las aguas como objeto de estudio del derecho, ya advertía que el análisis de su régimen jurídico es un tema naturalmente “grave y complejo”⁶⁰. En este sentido, se debe partir de la premisa – fáctica –, de que el agua es un elemento de la naturaleza, donde se presenta en distintos estados bajo lo que se denomina un ciclo natural o ciclo hidrológico⁶¹. El agua es un elemento del medio ambiente de íntima relación con el ser humano e indispensable para el desarrollo de nuestro organismo, además de influir en gran envergadura en la actividad económica.

En consecuencia, al ser parte de un régimen general como los recursos naturales, resulta imprescindible exponer ciertas aproximaciones a este concepto, el cual se perfila como base jurídica para los posteriores análisis en relación al estudio del agua. En este sentido, coincidimos en que “los recursos naturales se caracterizan por (i) ser proporcionados por la naturaleza; (ii) ser capaces de satisfacer las necesidades humanas; y (iii) porque su apropiación y

CALDERÓN, Christian. “La distinción entre el agua como bien público y el derecho de aprovechamiento. Sus efectos en la competencia de las juntas de vigilancia de los ríos, y de las asociaciones de canalistas y comunidades de agua”. En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 1, 2011, p. 3. Además del artículo de ROJAS CALDERÓN, también resulta imperativa la revisión de uno de los últimos trabajos del reconocido profesor chileno VERGARA BLANCO, Alejandro. *Crisis institucional del agua: descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de Tribunales Especiales*. Santiago: UC, 2015, 225 pp. En el mencionado libro, no solo se estudia el concepto del agua como un tema transversal entre lo ideológico y lo político (p. 13), sino que resulta una ácida crítica a la institucionalidad de la administración pública chilena – lo que se condice con la realidad peruana –, mediante la cual el autor resalta no solo la ausencia de una buena administración, sino también el apoyo a lo que denomina “la autogestión de las aguas”; lo cual aparece como una novedosa propuesta en nuestro contexto tomando como base los planteamientos político – económicos de la desaparecida profesora Elinor OSTROM, sobre lo cual se harán otras referencias en posteriores apartados de esta investigación.

⁶⁰ MARIENHOFF, Miguel. *Op. Cit.*, p. 57.

⁶¹ El profesor Antonio EMBID IRUJO señala que la legislación en materia de aguas debe estar basada en un entendimiento total del ciclo hidrológico lo cual sirve como base de una uniformidad del régimen jurídico de las aguas. (EMBID IRUJO, Antonio. “Derecho de Aguas (Introducción)”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 21-22).

transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico, así como las posibilidades económicas del Estado donde se encuentran ubicadas”⁶². Se rescata este esfuerzo conceptual ya que detrás existe una visión funcional de la actividad del Estado respecto al aprovechamiento de los recursos naturales; además de que no reduce su importancia al valor económico de los mismos, sino que pone de manifiesta el interés público intrínseco, abriendo el camino para el estudio del régimen de aprovechamiento y los títulos habilitantes adecuados.

En la tradición jurídica peruana, el concepto de los recursos naturales ha sido objeto de diversas aproximaciones, alguna de ellas reduccionistas al valor económico de los mismos⁶³, dejando de lado una construcción jurídica entorno a su conservación, gestión o sostenibilidad. Ello es consecuencia de la imprecisa y confusa inclusión de los recursos naturales en nuestra CP de 1993, donde se hace referencia a vocablos como “Patrimonio de la nación” o “soberanía”, lo cual no otorga luz alguna respecto a los aspectos jurídicos y regulatorios aplicables a los recursos naturales.

En este sentido, el objetivo de este apartado es realizar una aproximación a la naturaleza jurídica de los recursos naturales, con el fin de evitar reducir su concepto. Al mismo tiempo, analizaremos las diferentes aproximaciones e interpretaciones que se han desarrollado sobre el artículo 66° de la CP de 1993, tanto desde la doctrina en general como la jurisprudencia constitucional. Finalmente, una vez clarificada la naturaleza jurídica de los recursos naturales y su interpretación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico; se analizará la regulación de los recursos naturales y cómo debe entenderse su concepto en relación con los bienes públicos.

⁶² HUAPAYA TAPIA, Ramón. “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”. *Óp. Cit.*, p. 328.

⁶³ Véase: PULGAR VIDAL OTÁROLA, Manuel. “Los recursos naturales, el Derecho y la visión de desarrollo”. En: *Ius Et Veritas*. Núm. 36, 2008, pp. 398-409.

2.1.1. Régimen constitucional de los recursos naturales: recuento de las teorías sobre la relación jurídica entre el Estado y los recursos naturales

Como se ha adelantado, el tratamiento de los recursos naturales en nuestro derecho ha sido, por lo menos, confuso. Existe una vasta posición doctrinaria al respecto, las cuales tienen como eje principal el reconocimiento del dominio eminente⁶⁴ como naturaleza de los recursos naturales. Ello ha generado no solo la imprecisión, sino dificultad al momento de legislar respecto a los recursos naturales. En este sentido, como ya advirtió el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, existe la “necesidad de aclarar y precisar los términos y conceptos que se utilizan para explicar y analizar lo que está ocurriendo, pues sin ello es muy difícil sentar con alguna seguridad principios y reglas de justicia”⁶⁵.

No es objetivo de esta investigación sentar una definición única sobre la naturaleza de los recursos naturales; sin embargo, consideramos útil sintetizar las diversas teorías y trabajos respecto a este tema, analizar sus puntos de encuentro y las posibles incoherencias dogmáticas que se presenten.

2.1.1.1. *La teoría del dominio eminente*

En uno de los primeros análisis del régimen de los recursos naturales de la CP de 1993, LASTRES BERNINZON señala que la CP de 1979 presentaba un matiz relacionado a “los recursos naturales como

⁶⁴ El profesor VERGARA BLANCO reconoce que el dominio eminente es un concepto jurídico del cual la doctrina “ha usado y abusado”, lo cual se aplica de forma directa en nuestra realidad jurídica. (VERGARA BLANCO, Alejandro. “Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente”. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 64, 1989, p. 341).

⁶⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Nuevo sistema conceptual”. En: *AFDUAM*. Núm. 3, 1999, p. 133.

pertenencia del estado”⁶⁶, mientras la característica distintiva de la vigente Constitución era el dominio eminente. Al respecto, afirma que “a partir del dominio eminente, el Estado puede normar el otorgamiento de los recursos naturales a empresas o entes autárquicos del propio Estado, tales como las empresas estatales de derecho privado, empresas de economía mixta y organismos públicos descentralizados”⁶⁷.

En esta misma línea argumentativa, HUNDSKOPF EXEBIO, al referirse al primer párrafo del artículo 66º de la CP de 1993, apunta al concepto de soberanía del Estado en el aprovechamiento de los recursos naturales, lo cual según su entendimiento, “busca resaltar de manera acertada el dominio eminente del Estado, esto es, la capacidad jurisdiccional para administrar, asignar su concesión, explotar, legislar y resolver las controversias que puedan suscitarse en torno al mejor aprovechamiento de los recursos naturales”⁶⁸.

Con un análisis considerando elementos de la teoría de los bienes públicos, los juristas KRESALJA ROSELLÓ y OCHOA CARDICH definen en polos opuestos al dominio público y el dominio eminente, vinculando este último con el vacío concepto de Patrimonio de la Nación que se menciona en nuestra Constitución vigente. Dichos autores señalan que “la cuestión queda planteada como una titularidad que corresponde al dominio eminente de la Nación, que expresa su soberanía y lo habilita a dictar normas dentro del ámbito de su territorio sobre bienes y personas”^{69 70}.

⁶⁶ El autor citado afirma, respecto a la CP de 1993, que “el texto vigente señala que el Estado es “soberano” en el aprovechamiento de los recursos naturales, definición que tiene un matiz diferente al de la Constitución de 1979, que mencionaba que los recursos naturales “perteneían” al Estado”, en LASTRES BERNIZON, Enrique. “Los recursos naturales en la Constitución vigente”. En: *Ius Et Veritas*. Núm. 9, 1994, p. 139.

⁶⁷ Ídem, p. 140.

⁶⁸ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Óp. Cit.*, p. 157.

⁶⁹ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César. *Óp. Cit.*, p. 416.

⁷⁰ Los juristas Baldo KRESALJA y César OCHOA también recurren de forma confusa a los conceptos de dominio público, dominio eminente y soberanía; sin establecer una clara diferencia especialmente entre los dos primeros. Así, afirman que “no todos los recursos naturales son de

Siguiendo esta construcción jurídica sobre el dominio de los recursos naturales, PULGAR-VIDAL OTÁROLA, también destaca que la supresión de la referencia a la “pertenencia del Estado” en la vigente Constitución respecto de la inmediatamente anterior; abrió el debate respecto a si existe o no una propiedad sobre los recursos o si “al haberse eliminado dicha referencia, el constitucionalista había optado por facultar dicho acceso a los particulares”⁷¹.

Sin embargo, el citado autor es categórico al señalar, refiriendo autorizada doctrina latinoamericana, que “esta interpretación fue errónea. Los recursos naturales no pertenecen al Estado en su calidad de propietario, ni en el texto constitucional de 1979 ni en el de 1993”⁷². Entre sus argumentos, explica que el derecho de propiedad implica la suma de tres atributos esenciales: el *usus*, *fructus* y *abusus*, los cuales, según el análisis comentado, “son atributos que no reúne el Estado sobre las dependencias del dominio eminential”⁷³.

Sobre este punto, se desprende que el autor asume que los recursos naturales son dependencias del dominio eminential, advirtiendo que este último no reúne los atributos propios del derecho de propiedad entendido desde una perspectiva puramente civil. No obstante, el profesor LÓPEZ RAMÓN, con influencia de la doctrina francesa, ya señaló que es posible diferenciar entre una modalidad del derecho de propiedad desde el Derecho privado, “caracterizada normalmente por los amplios poderes de goce y disposición de su dueño”; y otra modalidad del derecho de propiedad desde el Derecho público, “donde esos poderes se niegan o restringen notablemente a su

dominio público del Estado, pero sí integran el ámbito del dominio eminente, que es concepción que se desarrolla a partir de los atributos derivados de la soberanía”. *Óp. Cit.*, p. 402.

⁷¹ PULGAR-VIDAL OTÁROLA, Manuel. *Óp. Cit.*, p. 401.

⁷² Ídem, pp. 401-402. El citado autor, siguiendo al profesor chileno Alejandro VERGARA BLANCO, destaca los bienes de la *appropriatio* y los bienes publicificados (*publicatio*). Sin embargo, PULGAR-VIDAL llega a una conclusión contradictoria respecto a la de VERGARA BLANCO, ya que el primero reconoce el dominio eminente como rasgo característico de los recursos naturales, mientras el último critica duramente dicho concepto.

⁷³ Ídem, p. 402.

titular”⁷⁴. En este sentido, lo que se quiere demostrar es que este debate no se reduce a un análisis de la propiedad como concepto exclusivo del Derecho civil, sino que, según algunos autores, también es posible entender a los bienes del dominio público en una relación de pertenencia en propiedad a las Administraciones públicas⁷⁵, no desde una perspectiva civilista, sino con matices adecuados a la naturaleza pública y a la *funcionalidad* de dichos bienes.

Sobre el dominio eminente, el profesor HUAPAYA TAPIA ya advirtió que este “responde a la idea del dominio del Estado sobre ciertos bienes, sin ligarlo a la idea de un derecho de propiedad estatal sobre aquellos, sino como una facultad perteneciente al Estado como soberano”, y que en nuestro país se ha “entendido dicho concepto no desde una perspectiva privatista, sino como asociado a una idea de soberanía estatal o poder de autoridad del Estado sobre los recursos naturales”⁷⁶.

No obstante, en vista de que dicho concepto ha sido utilizado de forma mayoritaria para definir la naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y los recursos naturales, tanto por la doctrina como por el Tribunal Constitucional⁷⁷; consideramos necesario realizar un breve recuento del concepto jurídico de *dominio eminente*, tal y como se entendió en sus orígenes, así como su transformación en nuestros días, y, por último, si realmente es un concepto útil para los fines que estamos comentando.

⁷⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Óp. Cit.*, p. 24.

⁷⁵ Al respecto, y como se profundizará en los siguientes apartados, el profesor LÓPEZ RAMÓN afirma que no se trata de bienes que se puedan disponer y gozar libremente, ya que se encuentran sujetas a un particular régimen público. Señala, además, que la tesis negadora de la propiedad sobre el dominio público se encuentra abandonada en el ordenamiento jurídico francés, apoyándose en autores como GAUDEMET, Y. *Droit administratif des biens*. 12da edición, París: LGDJ, 2008, p. 6-19; AUBY, J.M.; BON, P.; AUBY, J.B.; y TERNEYRE, Ph., *Droit administratif des biens*, 5ta edición, París: Dalloz, 2008, 697 pág; y MORAND DEVILLER, J., *Droit administratif des biens*, 5ta edición, París: Montchrestien, 2008, 859 pág.

⁷⁶ HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Óp. Cit.*, pp. 334-335.

⁷⁷ Ver las Sentencias recaídas en: Exp. 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril de 2005; Exp. 0003-2006-PI/TC, del 4 de setiembre de 2006.

El dominio eminente surge como un concepto preconstitucional utilizado por primera vez por el jurista Hugo GROCIO⁷⁸, el cual nace como una facultad propia del soberano conocida como *facultas eminens*, siendo esta “aquella facultad del Estado sobre los ciudadanos y sobre sus bienes, en tanto lo demanda a utilidad pública”⁷⁹. En este sentido, es apreciable que este concepto se presenta como una “facultad” y no como una forma de explicar las relaciones de propiedad entre el Estado y los bienes públicos bajo la figura del “dominio”⁸⁰ –desfigurada a la sombra del concepto de soberanía⁸¹ –, como se ha interpretado en la doctrina contemporánea⁸².

Además, si bien esta *facultas eminens* o facultad eminente⁸³, como preferimos denominarla para evitar las confusiones históricas

⁷⁸ Al respecto, véase el importante trabajo del profesor Alejandro VERGARA BLANCO: “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 15, Núm 1, 1988, pp. 87-110. Así también, un breve estudio sobre la obra de Hugo GROCIO se puede encontrar en: VERGARA BLANCO, Alejandro. “Sobre Grocio, aquel inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente”. *Óp. Cit.*, pp. 337-346. Cabe señalar que compartimos en su totalidad las ideas que profesor VERGARA expone en estos trabajos.

⁷⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro. “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”, *Óp. Cit.*, p. 88.

⁸⁰ Al respecto, el profesor VERGARA BLANCO señala que “el Estado tiene sobre las minas un dominio, éste es muy diferente al dominio eminente, que de “dominio” solo tiene el nombre, pues la esencia de su configuración jurídica (como hemos visto, desde su inicio en Grocio), es ser una facultad, una *facultas eminens*”. (Ídem, p. 92).

⁸¹ Al respecto, el citado autor afirma, citando al importante jurista y filósofo suizo M. De VATTEL: “[Vattel] indica que, ‘además del dominio eminente, la soberanía da un derecho de otra naturaleza sobre los bienes públicos, comunes y particulares, y es el derecho de mandar en todos los lugares del país que pertenecen a la nación’. En suma, este dominio eminente sería una categoría superior y distinta a la patrimonial que se tiene, en su concepto, sobre bienes públicos y privados, quedando estos últimos sujetos a ella, pues dice relación más que nada con la soberanía [...] Y ésta sería la doctrina que, fiel a sus fuentes, perduraría en aquella época, no obstante, por la amplia crítica a que está sometida actualmente, ya no se basa en ella las facultades que se pretendía justificar a través de su primitivo establecimiento (v.gr., la expropiación), y hoy los autores hablan de *imperium*, lo que está lejos de ser una propiedad, sino es una facultad de que está compuesta la soberanía que, más que un derecho de dominio sobre las propiedades privadas, tiene un deber de respeto para su integridad”. Ídem, pp. 92-94.

⁸² Sobre ello, el autor FRANCISCO SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA expone la tesis del uso de la corriente soberanista en países en vía de desarrollo, los cuales “querían afirmar su pretendido derecho a adoptar todas las medidas que estimasen pertinentes para asegurar la recuperación, explotación, revalorización, comercialización y reparto de los recursos naturales de forma que sirvan los intereses nacionales de estos países, para promover entre ellos una voluntad de autonomía colectiva”. (SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, Francisco. “La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenido”. En: *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 5, 1979, p. 11).

⁸³ Esta es una postura que históricamente se ha mantenido en el debate jurídico, pues en un inicio el jurista Samuel PUFENDORF denominaba “dominio eminente a la potestad que

alrededor de su tratamiento como “dominio”, tiene una connotación puramente pública del poder soberano⁸⁴ o del *Señorío*, en palabras de GALLEGO ANABITARTE⁸⁵; ello no significa que exista una propiedad *eminente* o superior a la propiedad privada⁸⁶ y distante del dominio público⁸⁷. En este orden de ideas, señalamos que hablar de una facultad eminente y de un dominio público en el mismo plano de ideas, al punto de que sean cuestiones excluyentes, es consecuencia de la malinterpretación de dichos conceptos; ya que la facultad eminente carece de un contenido patrimonialista^{88 89}, desvirtuándose así toda

corresponde al Estado sobre las cosas del ciudadano, por causa de utilidad pública, por lo que lo llama *potestas eminens*, sobre todo porque la concibe como un poder de soberanía y no como un verdadero dominio o propiedad”. En esta misma línea argumentativa, el jurista DIESCAU señalaba que “*dominium* denota derecho de propiedad, mientras que el detentador de la *summa potestas* no es ciertamente propietario de la cosa pública”. En: NICOLINI, Ugo. *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*. Milán: Giuffrè, 1940, pp. 128-130. Citado por: VERGARA BLANCO, Alejandro. “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”, *Óp. Cit.*, p. 88.

⁸⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”, *Óp. Cit.*, p. 89.

⁸⁵ “El concepto decimonónico de *dominio público* vino a sustituir la vetusta expresión de *dominio eminente*, que no era sino una manifestación del *Señorío*, como imperio o poderío, y no como propiedad” (GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José Manuel. *El derecho de aguas en España* [...] *Óp. Cit.*, p. 337).

⁸⁶ *Idem*, p. 94.

⁸⁷ No obstante, consideramos necesario señalar que dentro de las diversas teorías respecto a la naturaleza jurídica del dominio público, las cuales detallaremos *infra*, una de las vertientes subjetivas o funcionales afirma que el dominio público es el dominio eminente del Estado sobre los bienes que tienen en común un carácter demanial. Dicha teoría señala que “la inclusión de bienes tan heterogéneos bajo la calificación de dominio público suscita dudas sobre el carácter unitario de esta institución jurídica (que se diversifica en una serie de regímenes particulares), pero puede tener una explicación en la necesidad de proteger esos bienes, mediante la afirmación del dominio eminente del Estado (en sentido amplio) sobre ellos. Lo característico de estos bienes es el ejercicio de poder público para garantizar su destino, no la propiedad (aunque sean apropiables)”. (MENÉNDEZ REXARCH, Ángel. “El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho público español”. En: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 10, 2004, pp. 219-220).

⁸⁸ Al respecto, el profesor VERGARA ya adelantó que “Andrés Bello, conocedor del verdadero contenido del dominio eminente, jamás lo aplicó en materia de “bienes del Estado” (dentro de los que clasificó las minas), pues estimó que ambos actuaban en planos diferentes: el dominio eminente, en la soberanía, fuente del *imperium* y de potestades estatales; el dominio del Estado (o bienes fiscales, como también los llamó), en el plano de las cosas, dada su concepción “patrimonialista” de estos derechos de “propiedad” del Estado”. VERGARA BLANCO, Alejandro. “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”, *Óp. Cit.*, p. 109.

⁸⁹ En un clásico trabajo sobre el tema, tomando también como base las ideas del jurista Ugo NICOLINI, se aclaró que “en todas las cosas permanece algo así como un derecho común a todos los hombres aunque ello pueda parecer extraño, y en caso de necesidad el derecho que corresponde a todos de usar los bienes, revive en cada uno. Este es, para Grocio, el fundamento ideal e histórico del derecho de todos a servirse de las cosas pertenecientes a uno; derecho que en cuanto perteneciente a la comunidad se le denomina dominio eminente. Dominio eminente que, según Grocio y Pufendorf era, sin duda alguna, un derecho de soberanía y no un derecho de propiedad; para el segundo era precisamente la potestad que corresponde al Estado sobre las cosas de los ciudadanos por causa de utilidad pública”. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José

teoría que pretenda fundamentar bajo el *dominio eminente* las relaciones de propiedad entre el Estado y bienes públicos (o recursos naturales).

Así también lo entendió Miguel MARIENHOFF, quizá unas de las figuras más importantes del derecho latinoamericano, cuyo *Tratado de Derecho Administrativo*⁹⁰, de primera edición publicada en 1965, es un texto de referencia obligatoria. Para el citado autor, las diferencias entre el *dominio público* y el *dominio eminente* eran de “fácil expresión”, definiendo al dominio eminente como una “potestas”. Consideramos necesario reproducir íntegra la diferencia entre ambos conceptos planteada por el autor, pues su lectura quizá haya podido evitar el caótico manejo de dichos conceptos en nuestra realidad:

“El *dominio eminente* es un poder supremo sobre el territorio: vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce, potencialmente, sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados. Como bien se dijo, el dominio eminente es la expresión político-jurídica de la soberanía *interna*. La soberanía externa se manifiesta sólo en las relaciones entre Estados y es sinónima de independencia. se trata, en suma, de una “*potestas*”, no de una propiedad; es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes y como expresión de soberanía interna no reconoce otras limitaciones que las preceptuadas por el ordenamiento constitucional”⁹¹.

Luis. “Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional”. En: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Año 9, núm. 38, 2009, p. 53. (Artículo original publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1981).

⁹⁰ Si bien la edición con la que trabajaremos la presente investigación es MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V. 4ta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011; es importante resaltar que también hemos revisado por temas metodológicos y referenciales la edición de 1970 (Volumen 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot).

⁹¹ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. Cit., p. 33.

Es así que, tal y como ha sucedido en otras realidades latinoamericanas⁹², en el Perú se ha usado el concepto de *dominio eminente* de forma distinta a lo que señala su verdadero contenido jurídico – salvo honrosas excepciones⁹³ –, ya que los autores que mencionamos *supra*, al analizar el artículo 66° de la CP de 1993, utilizan como base la soberanía propia del *dominio eminente* para justificar la asignación, explotación y administración de los recursos naturales a los privados. Ello demuestra no solo el abuso y la deformación de este concepto, por el temor de utilizar la figura jurídica del dominio público, sino también un tratamiento antojadizo y conveniente; los cuales resultan inexactos ya que los títulos habilitantes como forma de aprovechamiento de particulares sobre los recursos naturales se fundamentan, justamente, en que el Estado no pierde su *dominio* sobre dichos recursos o bienes⁹⁴. En este sentido, el *dominio eminente* no puede ser considerado como justificante de la naturaleza de la relación jurídica existente entre el Estado y los recursos naturales o bienes públicos; toda vez que es un concepto

⁹² El profesor Alejandro VERGARA BLANCO señala que “la doctrina chilena, no obstante, de una forma sorprendente, y difícil de explicar, ha usado y abusado del concepto jurídico de “dominio eminente”, vaciándolo de su contenido original, lo aplica a la relación del Estado con las minas, con la finalidad de “crear” (aún en contra de la tradición histórica de ciertos principios generales de derecho en esta materia y de textos legales vigentes) una llamada “propiedad minera”. En: “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”, *Óp. Cit.*, p. 109.

⁹³ Los citados trabajos de los profesores Ramón HUAPAYA TAPIA (2014) y Orlando VIGNOLO CUEVA (2018); así como los trabajos del autor Eduardo HERNÁNDEZ MARTÍNEZ (2011 y 2017). Es este último quien presenta una interesante visión del dominio eminente, señalando que dentro de las teorías derivadas de la negación de la propiedad (mediante las cuales explica la naturaleza jurídica de la relación entre los recursos naturales con su titular), se puede hablar de un dominio eminente como soberanía, por un lado; y un dominio imperfecto donde, según el autor, “el Estado solo mantiene un “dominio eminente” – en su acepción de “dominio directo” – sobre los recursos naturales, en tanto que los particulares (concesionarios) que aprovechan estos bienes mantienen el “dominio útil”” (HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. *Bienes de Dominio Público y su régimen de propiedad*. *Óp. Cit.*, p. 316). Al respecto, consideramos importante que el autor haya marcado una primera ruptura con la deformación del concepto de dominio eminente del cual nuestra doctrina ha abusado; sin embargo, estimamos también que el dominio eminente debe entenderse en su concepto primigenio, es decir, desde un plano ajeno al del dominio público o discusión relacionada con la propiedad, centrándose solamente en la soberanía del Estado.

⁹⁴ El profesor Orlando VIGNOLO CUEVA, al referirse sobre este tema, toma como ejemplo la vigente LOASRN y afirma que se “terminó aceptando – sin saber – ciertos contenidos propios del *dominio público* (principalmente demostrado en el otorgamiento de títulos habilitantes sobre recursos naturales a favor de privados pero manteniendo el Estado “el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto no hayan sido concedidos por algún título a los particulares)”. *Óp. Cit.*, pp. 328-329.

jurídico que se fundamenta en la soberanía estatal y no en la fundamentación de relaciones de titularidad o propiedad.

2.1.1.2. *La teoría patrimonialista o del dominio estatal*

Otra teoría para explicar la naturaleza jurídica de los recursos naturales, respecto a su relación con su titular, es la denominada *teoría patrimonialista o del dominio estatal*. Sobre esta, el profesor Ramón HUAPAYA TAPIA ya adelantó que “la teoría patrimonialista postula la existencia de un derecho de propiedad “sui generis” del Estado sobre los recursos naturales, el cual reviste ciertas características especiales que permiten aplicar con ciertos matices el derecho privado sobre la propiedad a dicho caso”⁹⁵.

El autor Eduardo HERNÁNDEZ MARTÍNEZ también hace referencia a esta teoría llamándola *teoría de la propiedad pública o administrativa*, señalando que, según estos postulados, “el titular de los bienes de dominio público, tiene sobre estos, un derecho de propiedad, que es distinto al derecho de propiedad que este tiene sobre los bienes de dominio privado”⁹⁶.

Cabe resaltar que, para este autor, los recursos naturales deben situarse dentro del espectro del dominio público estatal, eliminando el concepto de “Patrimonio de la Nación”; lo que no significa más que entender al dominio público como un dominio estatal. Finalmente, el autor confirma ello al definir al dominio público como “el conjunto de bienes (materiales o inmateriales, muebles o inmuebles) de propiedad de la Nación quien actúa representada por el Estado”, cuya finalidad es el uso público, la defensa nacional u otros asuntos propios del interés público.

⁹⁵ HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Óp. Cit.*, p. 334.

⁹⁶ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. *Bienes de Dominio Público y su Régimen de Propiedad*. *Óp. Cit.*, p. 72.

Esta teoría invita a ponernos en una situación de poca claridad respecto a sus diferencias con la *teoría del dominio público*; debido a las aristas en común que pueden encontrarse. No obstante, la teoría *patrimonialista o del dominio estatal* no es más que una derivación de la llamada tesis subjetiva del dominio público, la cual tiene su origen en la doctrina francesa de los bienes públicos, especialmente en los postulados de los juristas Otto MAYER y Maurice HAURIOU, sufriendo varios cambios en su contenido con el paso del tiempo, lo cual explicaremos *infra*, en el respectivo apartado del estudio de la teoría dominio público.

La teoría *patrimonialista*, como aquella que explica el rol del estado sobre los recursos naturales, tiene un tinte propio de la tesis subjetiva, como lo demuestran los planteamientos del citado jurista O. MAYER, toda vez que este señala al “dominio público como una propiedad de Derecho público, una propiedad de otra especie que la de Derecho privado, la idea de propiedad civil transportada a la esfera del Derecho público, una propiedad profundamente modificada de acuerdo con las exigencias del interés público”⁹⁷.

Asimismo, adelantamos que esta versión primigenia de la tesis subjetiva o propietaria del dominio público no resulta conveniente para definir la naturaleza de los recursos naturales en función al rol que el Estado cumple sobre estos⁹⁸, toda vez que el Estado no actúa como un propietario en el sentido absoluto que este refiere, sino que existen matices vinculados a la capacidad de gestión y administración, cuestiones que fueron desarrolladas con las tesis críticas a esta postura⁹⁹.

⁹⁷ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Óp. Cit.*, p. 19-20.

⁹⁸ En nuestro ordenamiento jurídico, “esta teoría con frecuencia se sustenta en una interpretación literal de las normas que reconocen que los recursos naturales le ‘pertenecen al Estado’, ‘son de propiedad del Estado’, ‘se encuentran bajo el dominio del Estado’, entre otras”. HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Óp. Cit.*, p. 334.

⁹⁹ Tales como la tesis objetiva o funcionalista y la tesis negadora de la propiedad.

2.1.1.3. *La teoría del dominio público*

El tratamiento de la teoría del dominio público en la doctrina europea ha sufrido constantes evoluciones, cambios y matices, incluso dentro de posturas ya definidas¹⁰⁰. Ese mismo debate se trasladó a la realidad latinoamericana, especialmente en los avances académicos argentinos y chilenos; siendo que en el Perú aún se hablaba del dominio eminente como única forma de justificar la relación del Estado con los recursos naturales.

En este sentido, en nuestro país no existe una tradición jurídica respecto a la evolución de la teoría del dominio público, salvo ciertas excepciones^{101 102}. Sin embargo, recientemente se pueden vislumbrar encomiables esfuerzos por llenar estos vacíos dogmáticos – los cuales influyen considerablemente en la práctica jurídica y legislativa –, como lo demuestra, en un primer momento, el profesor Ramón HUAPAYA TAPIA, quien bajo una clara influencia de la tesis objetiva o funcionalista, afirma que

“el dominio público sobre los bienes, implica que éstos se encuentran afectados directa e inmediatamente al uso o servicio del interés público. La afectación al interés público se contempla en una doble perspectiva como sujeción de un bien a un destino público, al que le corresponde un régimen jurídico exorbitante (...) como una decisión del poder o el ejercicio de una potestad que determina la inclusión de determinados bienes en una categoría legal”¹⁰³.

¹⁰⁰ Por ejemplo, dentro de la tesis objetiva o funcionalista, propuesta en un inicio por VILLAR PALASÍ, existen posteriores estudios que, si bien siguen la base teórica planteada por el citado autor, desarrollan ciertos matices característicos, los cuales estudiaremos con mayor detalle *infra*, como los de PAREJO ALFONSO, GONZÁLEZ GARCÍA o MOREU CARBONELL.

¹⁰¹ Es meritorio el recuento dogmático y análisis aplicado a la legislación peruana que realiza el autor español Francisco MARTÍNEZ VÁSQUEZ. “¿Qué es el dominio público?”. En: *Themis, Revista de Derecho*. Núm. 40, 2000, pp. 263-276.

¹⁰² Asimismo, como hemos mencionado *supra*, el trabajo de HÉRNANDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad*. *Óp. Cit.*; presenta un profundo estudio de la tradición civil y constitucional peruana en torno al concepto de dominio público y propiedad. Para una revisión de la crítica específica que realiza este autor a la conceptualización del dominio público en la doctrina peruana, ver Ídem, pp. 171-190.

¹⁰³ HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Óp. Cit.*, p. 335, con referencia a la tesis del profesor Luciano PAREJO ALFONSO.

Además, el citado autor complementa su tesis señalando que la teoría *dominialista* es aquella que mejor explica la naturaleza jurídica de los recursos naturales, toda vez que se considera que estos “son bienes de dominio público, bajo la guarda y administración del Estado, el cual ejerce su soberanía mediante la facultad de regulación de las actividades y beneficios o derechos concedidos a los particulares para su uso y aprovechamiento, excluyéndolos de la libre y espontánea apropiación por los particulares”¹⁰⁴.

Recientemente, complementando su postura, dicho autor recoge la figura de la “escala de publicidad” desarrollada por el profesor LÓPEZ RAMÓN, la cual nos proporciona “criterios jurídicos para delimitar el ámbito de las cosas públicas, es decir, criterios para comprender y en su caso limitar el alcance de los modernos (y en parte contradictorios) procesos de expansión, fortalecimiento y privatización de las cosas públicas”¹⁰⁵. En este orden de ideas, el profesor HUAPAYA TAPIA, al referirse en concreto a las Áreas Naturales Protegidas, reconoce el indistinto uso del concepto de dominio público en nuestro marco legal, al señalar lo siguiente:

“creemos entonces que cuando nuestra legislación entiende que las ANP forman parte del dominio público, es que estamos frente a una categoría distinta al demanio. A nuestro entender, estamos frente a una protección funcional por el interés público, vinculado a la conservación y garantía del disfrute colectivo de tales ANP (...). Por tanto, jurídicamente, las ANP en realidad son bienes de interés público, al margen de su titularidad, y por tanto, son objeto de especial protección por nuestra legislación”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ídem, p. 339.

¹⁰⁵ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Óp. Cit.*, p. 40.

¹⁰⁶ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “La técnica de los informes vinculantes para la protección de las Áreas Naturales Protegidas en el derecho peruano”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 17, 2018, p. 412.

En este sentido, en nuestra realidad jurídica ya no se habla de la búsqueda de un concepto que unifique los diversos regímenes de los bienes públicos o los recursos naturales desde un unitario concepto de dominio público; sino que se hace referencia a una ficción jurídica que, lejos de incrementar el caótico análisis de la figura, clasifica a las “cosas públicas” según los “distintos grados de relación con la esfera pública que éstas presentan”¹⁰⁷, diferenciando las cosas comunes, los bienes de dominio público, los bienes patrimoniales y los bienes de interés público¹⁰⁸.

Otro reciente trabajo también, considerando elementos de autorizada doctrina extranjera, demuestra el esfuerzo de su autor por construir un planteamiento respecto al dominio público en nuestro ordenamiento, centrándose justamente en las relaciones con los recursos naturales¹⁰⁹. En este sentido, se resalta un tratamiento diferenciado de los recursos naturales en *dominio público colectivo* y *dominio público estatizado*.

El primero, el *dominio público colectivo*, con una clara influencia funcionalista, que se refiere a los yacimientos mineros, los bosques, los médanos, el agua, la fauna, entre otros; se caracteriza porque el papel de las organizaciones administrativas “será siempre el de gestoras cuasi-exclusivas de esta titularidad pública colectivizada, nunca propietarias, capaces de ejercer las más variadas potestades a favor de este singular dominio público recaído a favor de los ciudadanos”¹¹⁰.

Por otro lado, el autor también señala un segundo grupo constituido por “los grandes elementos del territorio” como el suelo, el subsuelo,

¹⁰⁷ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Óp. Cit.*, pp. 38-39.

¹⁰⁸ La idea que recoge Ramón HUAPAYA TAPIA aplicándola a nuestro ordenamiento jurídico, forma parte de una reformadora teoría trabajada por el profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN con mayor detalle en *Sistema Jurídico de los Bienes Públicos*. Navarra: Civitas, 2012.

¹⁰⁹ En VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Óp. Cit.*, pp. 333-342.

¹¹⁰ Ídem, pp. 337-338.

el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre, los cuales “quedan efectivamente publicados por el Constituyente a favor de los Poderes Públicos del Estado, como objetos que plantean los grandes marcos delimitadores y de establecimiento general de los recursos naturales más específicos”¹¹¹, denominándolo *dominio público estatizado*. Asimismo, el autor hace la aclaración, siguiendo los postulados del profesor LÓPEZ RAMÓN, que esta última clase de recursos naturales se limita a los bienes que expresamente son declarados como tales en la Constitución; es decir, que el propio texto constitucional les otorga una protección especial de carácter estatal¹¹²
113.

En este orden de ideas, se advierte que nuestra doctrina tiene una notoria influencia de la tesis funcionalista del dominio público, que si bien ha sido trabajada con ciertos matices diferenciables, se puede apreciar los puntos en común entre los trabajos mencionados en este apartado. No obstante, también podemos apreciar una clara influencia de la *teoría de las cosas públicas* en el interés de cierto sector de la doctrina peruana por explicar la naturaleza jurídica de la relación entre recursos naturales con el Estado y la condición de bienes de dominio público que estos representan, lo cual es un gran avance hacia la búsqueda de la aplicación de teorías que expliquen la visión moderna de entender el grado de publicidad de los bienes o recursos.

En esta línea, con el objetivo de complementar y argumentar la conveniencia del dominio público como teoría que fundamenta la naturaleza de los recursos naturales, *infra* detallaremos los puntos más importantes de cada una de sus tesis; así como la que consideramos otorga elementos más sólidos para su entendimiento

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Ídem, p. 338. El profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN desarrolla esta idea en: “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, p. 41.

¹¹³ Cabe precisar que no debe entenderse ello como una *apropiación estatal*, ya que el mismo LÓPEZ RAMÓN determina que “la incorporación al dominio público no es una forma de apropiación de bienes por los poderes públicos, sino una técnica dirigida a excluir los bienes del tráfico privado” LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas” *Óp. Cit.*, p. 42.

en la actualidad, la cual, adelantamos, comparte – bajo ciertas precisiones – el núcleo argumentativo de los dos trabajos mencionados.

2.1.2. La naturaleza jurídica de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano

Luego de un recuento de los principales estudios sobre la naturaleza jurídica de los recursos naturales en nuestro ordenamiento jurídico desde una perspectiva de su relación con el Estado; es momento de analizar nuestra jurisprudencia y normativa al respecto, así como una posible aproximación al concepto materia de este apartado.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la CP, no ha sido ajeno al uso confuso de la noción de dominio público, lo cual se evidencia en conocidas sentencias, algunas ya estudiadas¹¹⁴. No obstante, consideramos necesario realizar un breve recuento de estas aproximaciones jurisprudenciales, haciendo énfasis en las principales notas de dichas sentencias.

Un primer acercamiento lo encontramos en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-PI/TC, mediante la cual se trata de desarrollar el artículo 66º de la CP de 1993, y el indeterminado concepto de *Patrimonio de la Nación*. Así, en sus fundamentos jurídicos 29º y 30º señala:

“29. El artículo 66º de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que **su explotación no puede ser separada del interés nacional**, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben

¹¹⁴ Ver: HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad*. Óp. Cit., pp. 352-360. También en HUAPAYA TAPIA, Ramón. “La técnica de los informes vinculantes (...)”. Óp. Cit., pp. 405-412.

alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, **se proscribe su exclusivo y particular goce.**

En ese sentido, los recursos naturales – como expresión de la heredad nacional **reposan jurídicamente en el dominio del Estado** [-]. El Estado, como la expresión jurídico política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.” (Énfasis agregado).

Sobre ello, podemos adelantar que:

- a) el Tribunal Constitucional reconoce que una de las características de los recursos naturales es su exclusión del tráfico jurídico común (o lo que podríamos denominar un “mercado”), ya que advierte que se “proscribe su exclusivo y particular goce”;
- b) los recursos naturales son parte del dominio del Estado; y,
- c) el dominio estatal sobre los recursos naturales es eminente. En esta línea, esta sentencia refleja que el Tribunal Constitucional asume la teoría eminential del dominio público, la cual ya hemos criticado y deslindado en todos sus extremos.

Sin embargo, en posteriores fundamentos de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional asume, más bien, una posición funcionalista u objetiva del dominio público al afirmar que:

“98. Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación – no son

objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo – configuran lo que se denomina una “propiedad especial”. Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible (...)

99. En el caso, se está ante un dominio público que si bien mantiene alguna conexión con el sentido privatista de la propiedad, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean del Derecho Civil. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, dados los deberes primordiales del Estado establecidos en el artículo 44º de la Constitución (...).

100. El Estado no ostenta una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales que le otorguen una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño, pues tales facultades se inspiran en una concepción patrimonialista del dominio público. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 227/1988, de fecha 29 de noviembre, (Fundamento 14) con criterio esclarecedor formula lo siguiente: “(...) en efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*.”

101. El estatuto subjetivo constitucional del Estado – como personificación jurídica de la Administración – frente a los bienes dominiales será el de un deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación, consistente en asegurar la afectación íntegra de dichos bienes para promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución”.

De los citados fundamentos, en un primer momento se desprende que el Tribunal Constitucional se aleja de una concepción patrimonialista o subjetiva; no obstante, luego se hace referencia a una “propiedad especial”, entendiéndose una propiedad de carácter administrativo, por lo que implícitamente sí se reconocen elementos de la teoría subjetiva, lo cual es una contradicción.

Asimismo, y sobre todo según lo expuesto en los fundamentos 100 y 101, el Tribunal Constitucional también acoge elementos de una tesis objetiva o funcionalista al señalar, bajo influencia de jurisprudencia española, que la incorporación de un bien al dominio público no es una forma de apropiación pública sino solo una técnica jurídica para excluir dichos bienes del tráfico jurídico privado. Dicha influencia funcionalista también es evidente al “expresar que el Estado solo tiene una función de conservación, de guarda y administración de estos bienes, pero no la propiedad”¹¹⁵; es decir, cuando hace referencia a que el papel del Estado frente a los bienes es el de garante y protector del correcto aprovechamiento de dichos recursos.

En este sentido, por un lado, nuestro Tribunal Constitucional realiza un análisis del régimen jurídico de los recursos naturales y una interpretación del artículo 66º de la CP de 1993 tomando como base términos propios del derecho de los bienes públicos, desarrollando y forzando la convivencia de diversas tesis como la eminential, la propietaria y la funcional. Por otro lado, como consecuencia de lo explicado, resulta apresurado afirmar que nuestro Tribunal Constitucional ha asumido una postura objetiva o funcional por el simple hecho de negar expresamente la propiedad del Estado sobre los recursos naturales, cuando entre líneas es posible interpretar que se conservan elementos propios de la teoría propietarista, sobre todo al hablar de una “propiedad especial” o administrativa. En conclusión, lo que sí es posible afirmar es que, debido a la ausencia de claridad

¹¹⁵ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad*. Óp. Cit., p. 355.

sobre las posiciones en torno al concepto de dominio público y sus variantes, nuestra jurisprudencia constitucional ha utilizado diversos elementos de las mismas de forma indiscriminada, sin poder vislumbrar con lucidez una postura determinada o mixta producto de un correcto análisis de estos conceptos.

En segundo lugar, la naturaleza jurídica de los recursos naturales en nuestro ordenamiento jurídico se ha visto reducida al indeterminado concepto de *Patrimonio de la Nación*, el cual se presenta en nuestra CP de 1993¹¹⁶, en leyes, reglamentos, etc.; y sobre la cual las sentencias del TC no hacen sino reiterar dicho concepto sin tomar una posición determinada o esclarecer su contenido jurídico, es decir, aún cabe preguntarse: ¿qué significa *Patrimonio de la Nación*?

Al respecto, es evidente que el legislador peruano ha evitado señalar a los recursos naturales como parte del dominio público, por temor, posiblemente, a una vuelta al estatismo, ya que se vincula el dominio público con el concepto de propiedad, lo cual no es necesariamente cierto¹¹⁷. En este sentido, coincidimos con cierto sector de la doctrina nacional cuando menciona que

“aunque se cuidó mucho en no introducirlos, el Legislador nacional terminó aceptando – sin saber– ciertos contenidos propios del *dominio público* (principalmente demostrado en el otorgamiento de títulos habilitantes sobre los recursos naturales a favor de privados pero manteniendo el Estado “el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún

¹¹⁶ Artículo 66º: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

¹¹⁷ En este punto, coincidimos con la afirmación del profesor Orlando VIGNOLO CUEVA: “Así, tomando un calco del artículo 66 de la CP, el concepto jurídico indeterminado del “Patrimonio de la Nación” y la soberanía toman lugares gravitantes para evitar cualquier mención normativa a las nomenclaturas dominio o propiedad, indicándose que el “Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos” (ver el artículo 6 de la LOASRN)”. *Op. Cit.*, pp. 327-328.

título a los particulares”), y de la detestada propiedad (pública) que aparece claramente en el tratamiento de protección ligada al ejercicio registral incluido en el artículo 14 de la LOASRN¹¹⁸.

El citado análisis demuestra, también, la confusión que genera el término *Patrimonio de la Nación*¹¹⁹, el cual requiere ser interpretado sistemáticamente, además de darle un contenido legal adecuado según los avances doctrinarios que existen respecto al concepto de dominio público. En este sentido, volvamos a lo expresado en el párrafo anterior, ya que este reconocimiento tácito del dominio público en nuestro ordenamiento jurídico nos ayudará a dar luces respecto al contenido del concepto de *Patrimonio de la Nación*.

Es así como las formas de utilización privativa del dominio público, es decir, las autorizaciones y concesiones, son “los principales instrumentos de gestión del dominio público (encaminados) a garantizar su uso óptimo”¹²⁰. La utilidad a la cual están destinadas¹²¹, las cuales se materializan, por ejemplo, con los títulos habilitantes; va de la mano con un tinte propietario que no se deja de lado completamente, pues como analizaremos *infra*, adelantamos que las tesis objetiva y subjetiva del dominio público pueden coexistir de forma armonizada al no ser contradictorias, siempre y cuando exista

¹¹⁸ Ídem, pp. 328-329.

¹¹⁹ Ello ha sido analizado de forma muy clara en el sugerente estudio de Eduardo HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Bienes de Dominio Público y su Régimen de Propiedad*, Óp. Cit., pp. 318-341. No obstante, y como ya hemos señalado *supra*, no compartimos las conclusiones del autor, sobre todo aquellas que determinan un régimen *estrictamente* propietario y postulan *suprimir* el término *Patrimonio de la Nación*, ello por los argumentos que venimos esgrimiendo.

¹²⁰ GARCÍA PÉREZ, Marta. “La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*. Núm. 1, 1997, p. 339.

¹²¹ Respetada doctrina española señala con claridad (desde un punto de vista objetivo), que “el dominio público está condicionado por una básica calificación de orden teleológico, su afectación o destinado a una finalidad de utilidad o interés público, el uso o servicio público, lo que, por un lado, excluye la disponibilidad o comerciabilidad de la cosa pública, y, por otro, justifica su régimen jurídico especial, de carácter administrativo, con la atribución a la Administración titular de una serie de poderes jurídicos privilegiados que, en esencia, no cumplen otro objeto que el de garantizar la conservación y mantenimiento de los bienes afectados a su destino público”. LÓPEZ PELLICER, José Antonio. “Sobre el uso especial o privativo del dominio público (El caso específico de los quioscos en la vía pública)”. En: *Revista de Estudios de la Vida Local – REVL*. Núm. 216, 1982, p. 747.

orden y coherencia en su integración. En este orden de ideas, los recursos naturales son *Patrimonio de la Nación*¹²², lo cual significa que son de titularidades específicas¹²³ y cuya utilización privativa se materializa mediante el otorgamiento de títulos habilitantes, configurándose así su naturaleza como bienes que forman parte de las categorías de escala de publicidad de las cosas¹²⁴.

En tercer lugar, conviene analizar específicamente la regulación peruana en el caso de los recursos naturales, con el fin de buscar una lectura ordenada y coherente entre la CP de 1993 y la legislación sectorial respectiva. Así, la LOASRN desarrolla lo dispuesto por el artículo 66° de nuestra constitución, señalando en sus artículos 1° y 4° lo siguiente:

“Artículo 1.- La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen *patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares*, en cumplimiento del mandato contenido en los Artículos 66 y 67 del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú.

(...)

Artículo 4.- Los recursos naturales *mantenidos en su fuente*, sean éstos renovables o no renovables, son *Patrimonio de la Nación*. Los

¹²² En este punto, cabe destacar la novedosa apreciación de un sector de la doctrina peruana, quien señala que “la noción jurídica indeterminada constitucional “Patrimonio de la Nación” (ver el artículo 66 de la CP), viene referida directamente a esta parte de la naturaleza del concepto, a lo que puede estimarse como alcance de los recursos naturales respecto de los terceros (los destinatarios y responsables de su apropiación)”. VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Óp. Cit.*, p. 334.

¹²³ Apoyamos esta tesis en un referente trabajo del profesor español José Luis MEILÁN GIL, quien señala: “De ahí que la concesión suponga, en contraste con la autorización, una titularidad previa de la Administración. Por eso se entiende que la concesión tenga por objeto o bien el dominio público o bien un servicio público, es decir, de una manera simplificada, unos bienes cuya titularidad corresponde a la Administración”. MEILÁN GIL, José Luis. “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 71, 1973, p. 82.

¹²⁴ Ello, y como detallaremos a lo largo de esta investigación, responde a una lectura aplicada de la teoría de las cosas públicas del profesor LÓPEZ RAMÓN; toda vez que existen recursos naturales como el aire o el alta mar, considerados como “cosas comunes”, así como las aguas continentales que consideramos como “bienes de dominio público”.

frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.” (Énfasis agregado)

De la referida norma, se concluyen tres ideas principales en torno a la naturaleza de los recursos naturales en nuestro ordenamiento jurídico: 1) se insiste en el tratamiento de los recursos naturales como Patrimonio de la Nación, lo cual como hemos señalado, no es sino un reconocimiento tácito del dominio público, y así mismo de las demás categorías de las cosas públicas como son cosas comunes y bienes de interés público; 2) los recursos naturales son considerados como Patrimonio de la Nación siempre y cuando se mantengan en su fuente; y 3) se reconoce un derecho real administrativo otorgado vía concesión demanial para el aprovechamiento de los recursos naturales¹²⁵.

Finalmente, entendemos a la titularidad de los recursos naturales como una función, sobre todo, de protección y gestión¹²⁶; siendo considerados dentro del sistema jurídico de las cosas públicas clasificadas según la escala de publicidad de las mismas, aunque destacamos que cierto sector de la doctrina latinoamericana desde planteamientos muy interesantes señala un punto de vista disímil¹²⁷.

¹²⁵ Este comentario va en la línea de lo expresado por el profesor Ramón HUAPAYA TAPIA, quien señala: “como puede advertirse, la citada norma delimita las condiciones para considerar a los recursos naturales como patrimonio de la nación, precisando que éstos serán considerados como tales, siempre que se mantengan en su fuente. Por el contrario, una vez que el Estado otorga a los particulares vía concesión un derecho real administrativo para aprovechar dichos bienes o sus frutos, se reconoce el dominio de los titulares de los derechos concedidos respecto de los frutos y productos obtenidos del título estatal que permite el aprovechamiento de tales recursos naturales”. (HUAPAYA TAPIA, Ramón. “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano (una visión desde el derecho administrativo de los bienes públicos)”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, 2015, p. 427).

¹²⁶ DARNACULLETA I GARDELLA, María. *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen del demanio natural*. Cedecs: Bacerlona, 2000, pp. 133-149. Citado por: TEJEDOR BIELSA, Julio. *Óp. Cit.*, p. 76.

¹²⁷ En este sentido, resaltamos el trabajo del destacado profesor Alejandro VERGARA BLANCO, quien señala que es “una consigna inútil” e “innecesaria”, ya que la “estatización, esto es, la propiedad o dominio estatal de los bienes públicos y recursos naturales, ya es algo anti histórico; está *demodé*”. Asimismo, señala también, siguiendo los planteamientos de la distinguida profesora Elinor OSTROM, que las aguas continentales deben ser consideradas como “recursos

En este mismo planteamiento, coincidimos en buena parte con las aproximaciones del profesor VIGNOLO CUEVA, quien señala que los recursos naturales son cosas apropiables por los seres humanos que “necesitan ser revisadas obligatoriamente alrededor de una *titularidad* específica y siempre en aras de sostener una primigenia colectivización”^{128 129}. Asimismo, el citado autor señala también “la necesidad de constituir una prohibición de una absoluta *demanialización estatal* de los recursos naturales, pues nunca fueron considerados como cosas apropiables del dominio público”¹³⁰. En esta línea, coincidimos con la prohibición de una “absoluta demanialización estatal”, pues como venimos proponiendo, los recursos naturales se encuentran sometidos a las categorías de la escala de publicidad de las cosas, toda vez que la integran bienes comunes, bienes de dominio público (demaniales y patrimoniales) y bienes de interés público.

Es así como no existe una “absoluta demanialización estatal”, ya que los bienes comunes, por ejemplo, no responden a tal característica; pero sí existen recursos naturales considerados en el ámbito del dominio público, como es el caso de las aguas públicas. Cabe resaltar, que este planteamiento va en concordancia con el rol de protección al medio ambiente inherente a las funciones públicas, toda

comunes”. (VERGARA BLANCO, Alejandro. *Derecho de Aguas: Identidad y Transformaciones*. Óp. Cit., pp. 24-28).

¹²⁸ VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Óp. Cit.*, p. 334.

¹²⁹ El citado autor toma como base de su concepto de recursos naturales las llamadas “titularidades colectivas sobre recursos naturales”, la cual aplica a la realidad peruana armonizando este punto de vista con las potestades administrativas y el otorgamiento de títulos habilitantes a particulares para el aprovechamiento de recursos. Sobre las “titularidades colectivas”, importante doctrina española señala lo siguiente: “Este sistema de titularidad colectiva imponía ya de suyo su propio y eficaz sistema de protección: en la medida en que todos los miembros de la comunidad eran titulares y hacían uso colectivo de esos recursos, los posibles abusos que pudieran realizar algunos individuos eran rechazados por la propia comunidad, cuya pervivencia en el tiempo más allá de la vida de los individuos la impulsaba a la protección del recurso, manteniéndolo en su estado natural y admitiendo tan sólo usos y aprovechamientos de baja intensidad, blandos podríamos decir, que garantizaran lo que hoy llamaríamos un aprovechamiento sostenible de los mismos” (ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 157).

¹³⁰ VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Óp. Cit.*, pp. 334-335.

vez que dicha protección se configura como “un título de intervención de los poderes públicos que permite imponer límites y condiciones a la actividad de los ciudadanos para asegurar una utilización racional de los recursos que garantice un desarrollo sostenible”¹³¹, así como una conveniente adecuación de las conductas privadas a los intereses colectivos¹³².

En síntesis, cuando el artículo 66º de la CP vigente, así como la legislación que la desarrolla, se refieren a los recursos naturales como Patrimonio de la Nación, no hacen más que aludir a elementos o cosas públicas que se encuentran en el ámbito de la escala de publicidad de las mismas. Prueba de ello es que se reconocen derechos reales administrativos producto de las concesiones a particulares, lo que confirma nuestra tesis de que se admite tácitamente la pertenencia de recursos naturales al dominio público. Sin embargo, nuestro análisis no se agota en dicha afirmación; pues existen recursos naturales que pertenecen tanto a la clasificación de

¹³¹ LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*. Décima edición, Madrid: Dykinson, 2009, p. 302.

¹³² La más clásica doctrina referida al Derecho Ambiental, personificada por el notable profesor Ramón MARTÍN MATEO, señalando el rol del Derecho Administrativo dentro del estudio del “ambiente”, afirma que el primero “ocupa un espacio destacado teniendo en cuenta que los instrumentos que maneja son los idóneos para la conformación por el Estado de las conductas privadas adecuándolas a los intereses colectivos”. (MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Ambiental*. Tercera edición. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 55).

cosas comunes¹³³, como de bienes de interés público¹³⁴. En este orden de ideas, resulta inexacto referirnos a los recursos naturales como bienes que integran, exclusivamente, el dominio público; pues si bien principalmente¹³⁵ pertenecen a dicha categoría, también es posible diferenciar recursos naturales comunes y de interés general,

¹³³ Es el claro caso del aire. El profesor LÓPEZ RAMÓN también incluye en este ámbito de las cosas públicas a la Antártida, el alta mar y los grandes fondos marinos. (LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Teoría jurídica de las cosas públicas". *Óp. Cit.*, p. 14). Asimismo, el profesor ALIENZA GARCÍA al referirse a la titularidad de los bienes ambientales destaca al aire como "*res communes omnium*", es decir, como "una cosa común que puede ser objeto de aprovechamiento por todos, pero que no es objeto de dominio – ni público, ni privado –, porque por naturaleza es imposible su aprehensión o apropiación" (ALIENZA GARCÍA, José Francisco. "Propiedad pública y propiedad privada en las estrategias de protección ambiental". En: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (Dir.). *Derecho de los bienes públicos*. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 539). En esta línea argumentativa, otro sector de la doctrina española coincide en que el aire no debería considerarse como un bien de dominio público ya que esta figura no sería la más conveniente para "bienes o cosas susceptibles de uso pero no de apropiación", cuestionando si el aire configura los elementos característicos de los bienes de dominio público al referir: "¿Es que el aire puede ser objeto de prescripción adquisitiva, mandamientos de embargo y compraventa? Y si no lo es, ¿acaso está justificado aplicarle un concepto jurídico que es, justamente, imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad?". Asimismo, el autor menciona que sí existen bienes que forman parte de un dominio público *natural*, como los recursos mineros, el dominio público hidráulico (que incluyen, además, las aguas minerales y termales) y los montes (bajo ciertas consideraciones). (BARCELONA LLOP, Javier. "Consideraciones sobre el dominio público natural". En: SOSA WAGNER, Francisco (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo II*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 2101-2106).

¹³⁴ En un reciente estudio, el profesor Ramón HUAPAYA TAPIA señala que las Áreas Naturales Protegidas no forman parte del dominio público, sino que, al ser bienes susceptibles de titularidad pública o privada, requieren de otra categoría que explique con mayor exactitud su naturaleza. En esta línea, afirma: "creemos entonces que cuando nuestra legislación entiende que las ANP forman parte del dominio público, es que estamos frente a una categoría distinta al demanio. A nuestro entender, estamos frente a una protección funcional por el interés público vinculado a la conservación y garantía del disfrute colectivo de tales ANP a fin de efectivizar el derecho fundamental de las personas al medio ambiente y concretizar los deberes de tutela del ambiente y de las ANP que impone el artículo 68 de la Constitución al Estado. Por tanto, jurídicamente, las ANP en realidad son bienes de interés público, al margen de su titularidad, y por tanto, son objeto de especial protección por nuestra legislación". (HUAPAYA TAPIA, Ramón. "La técnica de los informes vinculantes (...)". *Óp. Cit.*, p. 412).

¹³⁵ Ello, debido a que la principal herramienta de protección ambiental y, por ende, de los recursos naturales es la demanialización, toda vez que no solo excluye a los bienes del tráfico privado, sino que "es un instrumento estratégico que carece de la flexibilidad que tiene la configuración de una propiedad privada vinculada o intervenida, ya que la demanialización debe hacerse por ley y afecta necesariamente a una categoría completa de bienes" (ALIENZA GARCÍA, José Francisco. "Propiedad pública y propiedad privada en las estrategias de protección ambiental". *Óp. Cit.*, pp. 576-577). No obstante, nuestra tesis señala que, si bien la demanialización es la principal herramienta de protección ambiental, la función ambiental también se encuentra presente en las demás categorías del ámbito de las cosas públicas, como son las cosas comunes, los bienes patrimoniales y las cosas de interés público (este argumento, en concordancia con LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. *Óp. Cit.*, p. 56).

como el caso del aire ¹³⁶ y las áreas naturales protegidas, respectivamente.

2.2. La teoría del dominio público

Resulta insuficiente limitar los bienes que forman parte de la Administración Pública a la categoría clásica de bienes públicos¹³⁷, ya sea demaniales o patrimoniales; por lo que nos apoyamos en la ya mencionada clasificación según la “escala de publicidad”, propuesta por el profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN. En esta línea, consideramos necesario realizar un recuento de la evolución del concepto de dominio público, sus fundamentos históricos y su entendimiento en la doctrina contemporánea, toda vez que nos encontramos ante una categoría jurídica que ha sido objeto de constantes – y muy variadas – interpretaciones. Todo ello, con el fin de justificar que se trata de una alternativa consistente para explicar la naturaleza jurídica del agua como recurso natural, lo que se conoce como dominio público hidráulico.

¹³⁶ Cabe resaltar que existen respetables posiciones en contra de esta postura. En la doctrina francesa, destacamos las posiciones de AUBY y BON, quienes señalan que “si hay dominio público aéreo la incertidumbre permanece acerca de sus límites”; mientras en la doctrina española, esta postura se mantiene en clásicos como GARRIDO FALLA; SÁNCHEZ BLANCO; o GUAITA. (En: BARCELONA LLOP, Javier. “Consideraciones sobre el dominio público natural”. *Óp. Cit.*, pp. 2104-2105).

¹³⁷ Sobre esta apreciación, el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR señalaba que “no todos los bienes que integran el patrimonio de las Administraciones Públicas son demaniales o patrimoniales; la clasificación, contra lo que implícitamente afirma, no es exhaustiva. [...] Más cuestionable es el silencio que la Ley [Ley 33/2003, España] guarda en punto a los bienes comunales [...] Es probable que el silencio de la LPAP se deba a la decisión de no entrar en el debate acerca de la dudosa naturaleza jurídica de estos bienes [...] Pero sea o no equiparable su régimen al de los bienes demaniales en sentido estricto, la singularidad que entraña la titularidad colectiva de su aprovechamiento y, sobre todo, la expresa mención que les dedica el texto constitucional son datos que hubieran aconsejado al menos una alusión a estos bienes, por más que el legislador se remitiera acto seguido a lo dispuesto en la normativa del régimen local”. (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”. En: CHINCHILLA MARÍN, Carmen (coord.). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 76-77).

2.2.1. Antecedentes históricos de la teoría de las cosas públicas: el nacimiento de la tesis subjetiva o el dominio público como propiedad

Resulta poco práctico realizar un estudio detallado sobre el aspecto histórico de la formación del concepto de bienes públicos, ya que podemos recurrir a referentes trabajos sobre este asunto¹³⁸. No obstante, por los fines metodológicos propios de esta investigación, consideramos necesario realizar un análisis del surgimiento del debate que convoca la dualidad propietario – funcionalismo, así como cuestionarnos si esta discusión sigue vigente en la actualidad.

La formación del concepto moderno de dominio público inicia con el, para ese entonces, novedoso planteamiento del jurista francés Victor PROUDHON¹³⁹, quien se aparta del unitarismo de los bienes públicos y postula la clasificación de bienes de dominio público y bienes de dominio privado, bajo una reinterpretación de conceptos propios del

¹³⁸ Sobre todo, SERNA VALLEJO, Margarita. “Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico”. En: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (Dir.). *Derecho de los bienes públicos*. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 41-88. También en PAREJO ALFONSO, Luciano. “Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 100-102, enero-diciembre, 1983 pp. 2379-2422. Un análisis más escueto en LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Óp. Cit., pp. 27-34. Asimismo, un análisis de la recepción española del concepto de dominio público en DE GUERRERO MANSO, Carmen. “Bases históricas y constitucionales del dominio público en España”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, 2015, pp. 37-63.

¹³⁹ No obstante, cabe resaltar que según Miguel MARIENHOFF, es a J. M. PARDESSUS a quien se le atribuye haber sido el primero en emplear la locución *dominio público*, en la primera edición de su *Traité des servitudes ou services fonciers* (1806), sobre todo para diferenciar a los bienes privados de aquellos del Estado. (MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. Cit., p. 27). Así también, GALLEGU ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA también reconocen a PARDESSUS como un precursor importante de las primeras distinciones entre bienes, señalando que “para la historia del Derecho público, el autor de esta estricta separación doctrinal de los dos grupos de bienes es J. B. Víctor PROUDHON con su “*Traité du Domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*” cuya primera edición es de 1833 y 1834; la 2.ª de 1843 estuvo a cargo de Victor DUMAY, discípulo de PROUDHON, que había fallecido, es considerablemente más amplia que la primera e incorpora ya la legislación y la jurisprudencia que frente al nada estricto concepto de dominio público o dominio nacional del Código Civil y de la Revolución, empezaban a distinguir entre dominio público y dominio particular o privado del Estado. Quizá la historia sea algo injusta ya que otros autores, y sobre todo, J. M. PARDESSUS en su “*Traité des servitudes*”, cuya primera edición es de 1806 y la 8.ª de 1837, distinguieron entre dominio público y dominio nacional, o dominios nacionales, siendo la cualidad del primero no ser susceptible de servidumbres” (GALLEGU ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José Manuel. “El derecho de aguas en España”. Óp. Cit., p. 49).

derecho romano¹⁴⁰. Así, plantea que los primeros se rigen sobre todo por potestades de vigilancia, teoría que rápidamente fue aceptada en el contexto francés¹⁴¹. Como señala PIMIENTO ECHEVERRI, “en el marco de esta teoría, el pueblo era el verdadero propietario de estos bienes, mientras que el Estado fungía como su representante. Desprovisto de personalidad jurídica, el Estado no podía ser sino un gerente de estos bienes”¹⁴². El citado autor denomina a esta clásica teoría como *derecho de guarda y superintendencia*, toda vez que, según los propios ideales de la época, no resultaba lógico concebir a los bienes públicos como un derecho de propiedad desde la óptica civilista¹⁴³.

Ante esta tesis, surgen los postulados de Otto MAYER, quien da los primeros acercamientos a una teoría donde el dominio público se define en una propiedad administrativa distinta a la propiedad civil¹⁴⁴. Sin embargo, es Maurice HAURIUO quien finalmente afirma que el dominio público es un derecho de propiedad, señalando que alcanza a toda propiedad de la administración que sea afectada a la utilidad pública, tanto por uso directo como por servicio público¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Al respecto: “Va a ser PROUDHON quien, en su *Traité du domaine publicou de la distinction des biens* (sic), 1833-34 y retomando la singular interpretación de los conceptos romanos de extracomercialidad e insusceptibilidad de propiedad privada realizada en el régimen absoluto por LOYSEAU, DOMAT y LE FEVRE DE LA PLANCHE, en el sentido de permitir la afirmación de que las cosas comunes y públicas (camino, ríos, riberas del mar) no eran propiedad de la Corona [...]”. (PAREJO ALFONSO, Luciano. *Óp. Cit.*, p. 2394).

¹⁴¹ SERNA VALLEJO, Margarita. *Óp. Cit.*, p. 61.; MARTÍNEZ VÁSQUEZ, Francisco. “¿Qué es el dominio público?”. *Óp. Cit.*, p. 265. Los mencionados autores reconocen también un primigenio planteamiento de esta teoría en la obra de J.M. PARDESSUS (También en LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, p. 19).

¹⁴² PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Derecho administrativo de bienes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 143.

¹⁴³ PIMIENTO ECHEVERRI señala que “esta posición era completamente razonable teniendo en cuenta los parámetros de la época en lo que a propiedad concierne. En ese momento, la propiedad quiritaria – única reconocida por el ordenamiento jurídico – era considerada como un derecho *sagrado*, cuyos elementos eran el *usus*, el *fructus* y el *abusus*; en este sentido, el Estado no podía ser propietario de estos bienes por la sencilla razón de que su uso pertenecía a todos los habitantes; tampoco era posible sacar frutos de la cosa porque estos bienes pertenecían a la comunidad, y su disposición se encontraba limitada por virtud de la inalienabilidad. Por otro lado, si el derecho de propiedad estaba marcado principalmente por la característica de la exclusividad, en estos bienes se encontraba excluido, razón por la cual se pudo afirmar que “el dominio público no es para nadie, ni siquiera para el Estado, un dominio de propiedad, porque ninguno puede excluirse de su uso””. (Ídem, p. 144).

¹⁴⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, p. 19.

¹⁴⁵ Ídem, p. 21.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el surgimiento de la teoría de la propiedad administrativa no fue automático¹⁴⁶, pues como bien señala PIMIENTO ECHEVERRI, “el debate sobre la existencia de la propiedad no se desarrolla en el terreno de conceptos jurídicos absolutos, sino en el de la adecuación de las doctrinas a la evolución de las teorías del Estado, de la actividad administrativa y de la propiedad”, lo cual es una reflexión aplicable, también, al desarrollo de la doctrina de los bienes públicos en la actualidad.

Así, la teoría de HAURIOU terminó por superar los planteamientos de PROUDHON, al señalar contundentes argumentos que defienden su tesis de un derecho de propiedad administrativa¹⁴⁷, introduciendo el concepto de *afectación* para resolver ciertas incoherencias presentes al entender a un bien como excluido del comercio privado y, a su vez, como una propiedad pública^{148 149}.

¹⁴⁶ PIMIENTO señala que los autores utilizaron diversas nociones para explicar la figura del dominio público, tales como “como una servidumbre que grava la propiedad, como una propiedad privada que constituye la base de la afectación, pero se encuentra desvinculada de ésta (CAPITANT), como una propiedad colectiva (CHAUMONT), como una propiedad “función social” (BONNARD), como una propiedad afecta (HAURIOU) o como una propiedad pública (O. MAYER)” (PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Óp. Cit.*, p. 146).

¹⁴⁷ Un resumen más detallado de los planteamientos de HAURIOU en MARTÍNEZ VÁSQUEZ, Francisco. *Óp. Cit.*, pp. 265-266. Al respecto, también, PIMIENTO ECHEVERRI señala que para HAURIOU, “la propiedad que se ejerce sobre el dominio público no es *fundamentalmente* distinta de la propiedad privada. En primer lugar, se considera que la propiedad tipo de las personas públicas es el dominio privado, pero será en virtud de la afectación que las reglas de gestión cambian, afirma entonces que [citando a HAURIOU] “*en suma, no habría sino una sola propiedad administrativa, y dos masas de bienes, los unos destinados a una utilidad pública y los otros no, todos los efectos del dominio público se ligan a la afectación*” (PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Óp. Cit.*, p. 147).

¹⁴⁸ Resaltamos que HAURIOU introduce el concepto de *afectación* como respuesta ante la incoherencia de calificar a un bien como inembargable, imprescriptible e inalienable, es decir, fuera del comercio privado; y, a su vez, postular una propiedad pública sobre dichos bienes. Por lo tanto, “el jurista francés resolvió esta cuestión con el concepto de la *afectación*, que es el acto jurídico por el cual el bien se destina a ese fin público. Mientras dura esta afectación, el bien es inalienable e imprescriptible, pero si se desafecta, el bien es perfectamente susceptible de propiedad privada, pero una propiedad pública o administrativa, que permite al titular defender la integridad del dominio público, con una verdadera acción reivindicatoria a título de propietario, y que es imprescriptible como el dominio público. La Administración ocupa ese bien de dominio público que se quiere calificar como *res nullius*, continúa HAURIOU, con *animo domini*, lo que convierte la relación con el objeto, en una relación de propiedad” (GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José Manuel. “El derecho de aguas en España”. *Óp. Cit.*, p. 53).

¹⁴⁹ Sobre este mismo concepto, PIMIENTO concluye que, en la concepción patrimonialista de HAURIOU, “la propiedad administrativa reposa entonces sobre la idea de afectación – directa o

De forma paralela se desarrolló la tesis de Leon DUGUIT, quien no concebía a los bienes del dominio público como susceptibles a una relación de propiedad, pública o privada, respecto a la Administración Pública; es decir, el Estado solo es garante y protector de la afectación de dicho dominio al uso público¹⁵⁰. En esta línea, el mencionado jurista postuló la interesante figura de la “escala de la demanialidad”¹⁵¹ para explicar que la clasificación de los bienes de dominio público no se agota en bienes demaniales o patrimoniales; sino que todos los bienes están afectos al demanio, solo que unos con mayor intensidad que otros¹⁵². Tal y como detallaremos *infra*, esta tesis es tomada como base para algunos de los más interesantes planteamientos contemporáneos.

El debate entre HAURIUO y DUGUIT llegó a la realidad española por medio del académico Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO¹⁵³, quien señala que “el dominio público es fundamentalmente una forma de

indirecta – a una utilidad pública; el problema se desplaza, así, de la existencia del derecho de propiedad a su ejercicio – dominio público y dominio privado. En este orden de ideas, el dominio público sería una [citando a LAUDABÈRE] “propiedad administrativa gravada con la afectación”; esta afectación genera la amplificación (derecho de afectar o desafectar, delimitación del bien, competencia de policía, o la realización de concesiones) o de limitar (modificación del *usus*, del *fructus* y del *abusus*) los derechos derivados de la propiedad”.

¹⁵⁰ SERNA VALLEJO, Margarita. *Óp. Cit.*, p. 62.

¹⁵¹ El propio Leon DUGUIT señala: “En el dominio público entran todas las cosas, muebles o inmuebles, que se emplean bajo una u otra forma, en el funcionamiento de un servicio público. Pero es un error grave el creer que todas estas cosas están en la misma situación y sujetas a las mismas reglas; y es aquí donde aparece la escala de la demanialidad. Según la naturaleza de la cosa, la categoría del servicio, el modo de la afectación o de empleo, la demanialidad es diferente, el régimen jurídico no es el mismo, las reglas que se aplican son diversas; la noción de servicio público es siempre la que establece el principio director” (DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. Tomo III, 2da edición, París: Bocard, 1923, p. 325. Citado por: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, p. 38).

¹⁵² Al respecto, el profesor Ramón PARADA señala que “se puso asimismo de relieve que los regímenes jurídicos respectivos del dominio público y del dominio privado no son monolíticos, pues ni todos los bienes del dominio público están sometidos al mismo régimen jurídico, ni los de dominio privado dejan de tener algunos elementos exorbitantes del Derecho común, por o que la distinción rígida entre dominio público y privado de la Administración se intentó sustituir por una “escala de la demanialidad” en la que teóricamente se ordenarían todos los bienes de la Administración según su grado de necesidad de protección”. (PARADA, Ramón y LORA-TAMAYO, Marta. *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*. 15ta edición, Madrid: Open, 2016, p. 43).

¹⁵³ Si bien es Manuel COLMEIRO el primer autor español que incorpora las bases del dominio público en España siguiendo los postulados de Victor PROUDHON, no es sino hasta R. FERNÁNDEZ DE VELASCO donde se aprecia un desarrollo consistente de la doctrina propietarista francesa, con clara influencia de M. HAURIUO. (SERNA VALLEJO, Margarita. *Óp. Cit.*, pp. 63-64, 76).

propiedad inalienable e imprescriptible y que su esencia reside en la afectación o destino de determinados bienes a la utilidad pública”¹⁵⁴. Así también, cabe destacar el fundante texto del profesor Manuel BALLBÉ sobre el dominio público¹⁵⁵, quien lo define sobre la base de cuatro elementos: subjetivo, objetivo, teleológico y normativo ¹⁵⁶, concluyendo su definición en los siguientes términos: “la institución de Derecho público que rige las cosas, objetivamente de cualquier clase, que, correspondiendo su titularidad a una persona jurídico pública, se hallan directamente destinadas a sus funciones”^{157 158}.

¹⁵⁴ Ídem, p. 76.

¹⁵⁵ El trabajo de BALLBÉ fue fundante, toda vez que sirvió como base para el estudio profundo de la figura del dominio público, ya sea siguiendo su postura o mediante reformulaciones teórica. Ello también fue reconocido por autorizada doctrina latinoamericana, ya que en palabras del profesor Alejandro VERGARA BLANCO: “nuestra opinión es que este valioso trabajo (por ello nos hemos detenido a analizarlo, aunque sucintamente), si bien presenta conclusiones muy discutibles (como se encargará de decirlo más tarde la doctrina, y tendremos ocasión, asimismo, de decirlo nosotros), marcó un hito en las reflexiones sobre el dominio público, y su formulación taxativa de estos cuatro elementos, sería de alta utilidad, pues tuvo el mérito de señalar los puntos neurálgicos de la estructuración de la institución del dominio público, y sobre estos elementos la doctrina volverá una y otra vez, ora desechando alguno, ora marcando acento en otros” (VERGARA BLANCO, Alejandro. “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión”. En: *Revista de Derecho Público*. Núm. 114, Vol. 1, Madrid, 1989, p. 40; parte de dicho trabajo también fue incluido, aunque con mayor incidencia en el estudio del dominio público y las minas, en VERGARA BLANCO, Alejandro. “Teoría del dominio público y afectación minera”. En: *Revista chilena de derecho*. Vol. 17, núm. 1, 1990, pp. 135-159).

¹⁵⁶ El elemento subjetivo hace referencia a “que la titularidad de la cosa corresponda a un ente público, una persona jurídico pública, territorial o no territorial, y no a un administrado, cualificado o no”. El elemento objetivo refiere a que “que la noción del dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas y que, por ende, pueden integrarlo así las nudas porciones del suelo, como los edificios, los bienes muebles y los incorporales o inmateriales”. El elemento teleológico se refiere a la destinación o afectación “directa de las cosas a la función pública”. Finalmente, el elemento normativo hace referencia al “sometimiento de los bienes a un régimen de Derecho público”. (BALLBÉ, Manuel. “Dominio Público”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo VII, Barcelona: F. Seix, 1955, pp. 772-792). En este sentido, consideramos que la construcción de esta estructura jurídica significó base fundamental para el desarrollo del derecho administrativo de los bienes públicos contemporáneo, toda vez que reúne los postulados básicos de la naturaleza jurídica del dominio público hasta ese entonces y descompone el concepto según determinadas características. Asimismo, esta tesis fue recogida también por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Dos estudios sobre la usucapión en el derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 1974, 165 pp.; y por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Navarra: Civitas, 2007, pp. 403-444.

¹⁵⁷ Ídem, p. 786.

¹⁵⁸ Incluso, reciente doctrina española rescata aún estos elementos diferenciadores como admisibles para tratar de conceptualizar el dominio público, al señalar que “en todo caso, sí puede apuntarse que la noción de dominio público se construye en base a varios elementos, comúnmente aceptados desde su sistematización por BALLBÉ MALLOL. Estos elementos son: la titularidad administrativa (elemento subjetivo), la afectación a un fin público (elemento teleológico) y el régimen jurídico especial (elemento normativo). Consecuentemente, son bienes de dominio público los que, además de ser de titularidad administrativa y estar afectados a una finalidad pública, reciban esta calificación y sean objeto de un determinado régimen jurídico”. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles. *La valorización del dominio público*. Tesis Doctoral (co)dirigida por CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y MONTOYA MARTÍN, Encarnación, Universidad

Asimismo, con el desarrollo académico de FERNÁNDEZ DE VELASCO y BALLBÉ, la postura patrimonialista toma preponderancia en el desarrollo de la doctrina española sobre el dominio público, tal y como también puede notarse en los trabajos de Sabino ÁVAREZ-GENDÍN, Enrique MARTÍNEZ USEROS o Aurelio GUAITA¹⁵⁹. Sobre este último, VERGARA resalta un trabajo publicado en francés en 1959¹⁶⁰, en el cual GUAITA analiza la doctrina existente hasta dicho momento para considerar al dominio público como “una propiedad de las personas administrativas”, fortaleciendo la adhesión a la vertiente patrimonialista del dominio público.

Es luego de estos postulados que en España surge el debate entre las posturas patrimonialista y funcionalista del dominio público, lo cual es determinante para comprender cómo llegaron estas ideas a la realidad latinoamericana. No obstante, adelantamos que este debate, en la actualidad, no se agota en el reduccionismo dual, sino que existen nuevos planteamientos que agregar perspectivas de mayor alcance, atendiendo a la práctica y la falta de coherencia de estas posturas¹⁶¹.

2.2.2. Las transformaciones del concepto del dominio público: la tesis objetiva o funcionalista

Tradicionalmente, el concepto de bienes públicos se ha podido explicar desde la tesis patrimonialista, también llamada propietarista o subjetiva; y la tesis funcionalista u objetiva. La realidad española,

de Sevilla, 2014, repositorio de tesis en: <http://www.doctorado.us.es/tesis-doctoral/repositorio-tesis/tesis-2014/details/2/4444>. Consultado el 21 de setiembre de 2018.

¹⁵⁹ Al respecto, un breve y claro análisis en VERGARA BLANCO, Alejandro. “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión”. *Óp. Cit.*, pp. 37-44.

¹⁶⁰ Nos referimos a GUAITA, Aurelio. “Le domaine public en Espagne”. En: *Revue Intenationale des Sciences Administratives*. Núm. 22, Bruselas, 1959, pp. 121-140. Citado por VERGARA BLANCO, Alejandro. “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión”. *Óp. Cit.*, p. 42.

¹⁶¹ Sobre la falta de coherencia de los bienes públicos, cfr. MOREU CARBONELL, Elisa. “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las ‘obligaciones de dominio público’”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 161, mayo-agosto, 2003, pp. 446-456.

que es nuestra influencia europea más directa, asumió con mucha rigurosidad la doctrina subjetiva o propietaria, como mencionamos *supra*. No obstante, no es sino hasta el importante trabajo del profesor José Luis VILLAR PALASÍ, quien consideró a dominio público como un título de intervención administrativa sin que denote un título de propiedad¹⁶². El citado autor señala que

“si la administración tiene públicos hoy una serie de dominio, no lo hace con el viejo sentido regalano de dejar las cosas así, incrementando el acervo del príncipe; antes bien, está interesada en otorgar concesiones al máximo, despojándose aparentemente del contenido útil de lo publicado. Esta aparente contradicción es la que desvela totalmente la función de la *publicatio*: construir sobre ella el título de intervención”¹⁶³.

Siguiendo esta vertiente funcionalista se ha desarrollado gran sector de la doctrina española, la cual considera que el dominio público, lejos de determinar una relación de propiedad con la Administración Pública, actúa como un título de intervención de su naturaleza con el fin de satisfacer intereses generales, ya que una característica

¹⁶² Al respecto, señala: “En efecto, afirmada la categoría de función pública ante una masa de necesidades sociales, el Estado tiene una doble opción: o bien prestar tal función directamente, o bien dejar en manos de los particulares esta prestación, reservándose él el poder concesional y de control continuativo de la actuación. El procedimiento de concesión se traduce de este modo en la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia atribuida a la Administración pública, o más concisamente, la investidura de una función pública”. (VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV, Barcelona: F. Seix, 1952, pp. 684-770). Más adelante señalaría de forma más concreta que “el dominio público nació más bien y pervive hoy como técnica jurídica eficaz, con un sentido plenamente funcional: construir un título de intervención administrativa plena, pues sobre el demanio la Administración no otorga autorizaciones sino concesiones como regla general ... (la Administración) está interesada en otorgar concesiones al máximo despojándose, aparentemente, del contenido útil de lo publicado. Esta aparente contradicción es la que desvela totalmente la función de la *publicatio*: construir sobre ella el título de intervención (...) no pretende la administración conquistar propiedades sino potestades” (VILLAR PALASÍ, José Luis. *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1969, pp. 32-34. Citado por: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. “Cuestiones del régimen general del dominio público”. En: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (Dir.). *Derecho de los bienes públicos*. 3ra edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 95).

¹⁶³ VILLAR PALASÍ, José Luis. *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las normas*. Madrid: Universidad de Madrid, 1968, p. 32. Citado por VERGARA BLANCO, Alejandro. “Teoría del dominio público y la afectación minera”. *Óp. Cit.*, p. 148.

determinante del dominio público es su afectación a un bien o servicio público¹⁶⁴.

Resaltamos que, además del fundante trabajo de VILLAR PALASÍ, un concepto clave en la formación de la tesis funcionalista es la evolución del concepto de afectación, el cual en un primer momento sirvió como concepto clave de la tesis patrimonialista. Así, resaltamos el trabajo de GARCÍA-TREVIJANO¹⁶⁵ como el primero de la realidad española en trabajar sistemáticamente el concepto de afectación, si bien aún sin dejar de lado la doctrina patrimonialista, pero ya introduciendo seriamente el concepto de titularidad en la definición del concepto de dominio público.

Sin embargo, es el avance doctrinal de ARIÑO ORTIZ el cual desde un claro matiz funcionalista resalta a la afectación en bienes públicos ya “no como título de propiedad, sino como título (único) de potestad sobre ellos”¹⁶⁶. Es decir, es el carácter finalista de los bienes públicos lo que define la afectación, la cual es “lo determinante para calificar a un bien como demanial o patrimonial, de tal modo que un bien patrimonial si está destinado o vinculado a un uso general o servicio público se convierte en demanial”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Sin embargo, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR, *Óp. Cit.*, pp. 77-82, consideramos que resulta inexacto reducir la definición del dominio público a la afectación al uso o servicio público, pero también sería mezquino ignorar dicha característica como elemento que conforma su definición.

¹⁶⁵ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 29, 1959, págs. 11-58. No obstante, es importante resaltar que GARCÍA DE ENTERRÍA ya había hecho referencia al concepto de afectación como criterio esencial del dominio público en *Dos estudios sobre la usucapión en el derecho administrativo*. *Óp. Cit.*; pero no es hasta el citado trabajo de GARCÍA-TREVIJANO que se estudia el concepto de afectación de forma sistemática y a profundidad en la doctrina española.

¹⁶⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La afectación de bienes al servicio público*. Alcalá de Henares: Escuela Nacional de Administración Pública, 1973, p. 31. Citado por VERGARA BLANCO, Alejandro. “La teoría del dominio público (...)”. *Óp. Cit.*, p. 47.

¹⁶⁷ Bajo una clara influencia de las ideas de ARIÑO ORTIZ, el concepto de afectación ha sido desarrollado por RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín Ma. y SARASÍBAR IRIARTE, Miren. “La afectación y el dominio público”. En: ALENZA GARCÍA, José Francisco (Dir.). *Derecho de los bienes públicos I: El patrimonio de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra*. Pamplona: Instituto de Administración Pública, 2008, p. 353-354.

Así, la tesis objetiva del dominio público toma importante relevancia en la doctrina española, tal y como lo demuestran los importantes trabajos, en un primer momento de PAREJO GAMIR y RODRÍGUEZ OLIVER; y más delante de autores como Alfredo GALLEGO ANABITARTE¹⁶⁸, Luciano PAREJO ALFONSO¹⁶⁹, José ESTEVE PARDO¹⁷⁰ o Elisa MOREU CARBONELL¹⁷¹.

No obstante, y luego de algunos textos críticos iniciales¹⁷², las teorías subjetivas y objetivas del dominio público no representan una total dicotomía o antagonismo obligatorio. Un primer aviso lo realiza GONZÁLEZ GARCÍA, quien si bien manifiesta cierto tinte funcionalista en un primer trabajo¹⁷³, luego concluye que “sea derecho de propiedad, sea título de intervención de los poderes públicos [aún] se sigue planteando un problema central: entender todas las categorías demaniales como si constituyeran un régimen homogéneo”¹⁷⁴.

¹⁶⁸ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José Manuel. “El derecho de aguas en España”. *Óp. Cit.*, pp. 341-390.

¹⁶⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Óp. Cit.*, pp. 2379-2422. Se evidencia su clara adscripción a la tesis funcionalista, señalando que “en resolución, pues, cabe afirmar que el dominio público es simultáneamente: una técnica de atribución de títulos causales de intervención del poder público administrativo; (y) un régimen jurídico exorbitante para la exención (en lo necesario) del orden jurídico civil ordinario, a fin de proteger la función pública correspondiente” (p. 2416).

¹⁷⁰ ESTEVE PARDO, José. “Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones “a non dominio””. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 113, 1987, pp. 181-213.

¹⁷¹ MOREU CARBONELL, Elisa. *Óp. Cit.*, pp. 446-456.

¹⁷² Por ejemplo, SAINZ MORENO, Fernando. “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la “Revista de Administración Pública”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 150, 1999, pp. 477-514; o GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis. “Sobre la crisis del concepto de dominio público”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 56, 1968, pp. 191-222.

¹⁷³ LÓPEZ RAMÓN señala que GONZÁLEZ GARCÍA “identifica una utilización dialéctica de las técnicas propietarias para conseguir finalidades de gestión de los intereses colectivos, no sirviendo el dominio público sino para proporcionar títulos de intervención administrativa, lo que le lleva finalmente a destacar, en lugar de la titularidad, las diversas competencias que inciden en la planificación, financiación y gestión de los diversos bienes demaniales”; tomando como referencia su obra GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *La titularidad de los bienes de dominio público*. Madrid: Pons, 318 pp. (LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, p. 22).

¹⁷⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. “Cuestiones del régimen general del dominio público”. *Óp. Cit.*, p. 98.

2.2.3. El dominio público en la actualidad: la huida de la clásica dicotomía, el dominio público funcionalizado y la búsqueda de tesis integrales

La más reciente doctrina busca no encasillar posturas dentro de una “teoría objetiva” o “teoría subjetiva” para explicar la naturaleza del dominio público, toda vez que ambas no son opuestas y pueden explicarse según cada caso concreto¹⁷⁵. De esta forma, con influencia de recientes planteamientos de autores franceses como GAUDEMET y MORAND-DEVILLER, se afirma la titularidad pública de los bienes públicos¹⁷⁶ con un rol fundamental de la afectación como diferenciador de bienes demaniales o patrimoniales¹⁷⁷, dando por sentada la superación de las conocidas “tesis negadoras de la propiedad” y reconociéndose una tesis de propiedad con un cierto matiz funcional, ya que “no se trata, ciertamente, de unas propiedades de las que libremente puedan gozar y disponer los servicios

¹⁷⁵ En esta línea, con acierto se señala que “no hay una incompatibilidad total entre todos los contenidos de las tesis objetivas y la concepción subjetiva del dominio público, ya que esta última no impide constatar el manejo histórico y actual de la categoría para la ampliación de los ámbitos de intervención administrativa, ni la concreción del régimen especial del demanio en una serie de potestades administrativas sujetas a los esenciales principios de legalidad y de control judicial, ni la necesidad de coordinar las competencias de las diversas Administraciones que inciden sobre los bienes de dominio público” (LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, pp. 22-23). Así también, la búsqueda de nuevas soluciones a los clásicos problemas del dominio público en el contexto francés se puede ver reseñado de forma precisa en BARCELONA LLOP, Javier. “Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 137, 1995 (mayo-agosto), pp. 549-576; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. “Los bienes públicos y el derecho de propiedad”. En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica – REALA*. Núm. 317, 2011, pp. 13-28; ALCARRAZ, Hubert. “El dominio público francés frente a la modernidad”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, 2015, pp. 13-36.

¹⁷⁶ DE GUERRERO MANSO señala, al referirse a los bienes públicos, que “la titularidad de todos ellos será, por tanto, pública, pero el destino dado al bien puede determinar el carácter público o privado del dominio de esos bienes y, como consecuencia, resultarán aplicables unas reglas diferentes, fundamentalmente en lo referente a su explotación y protección”. (DE GUERRERO MANSO, Carmen. “El derecho de propiedad de las personas públicas en Francia y su relación con el medio ambiente y el urbanismo”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (coord.). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 129)

¹⁷⁷ Así, se afirma que “el criterio que permite diferenciar entre un bien de dominio público y un bien de dominio privado, siendo ambos de titularidad una persona pública, es la afectación del bien”. (ídem, p. 139). De esta forma, se confirma que los debates en torno a la naturaleza jurídica de los bienes públicos como propiedad o título de intervención, va de la mano, obligatoriamente, con la discusión acerca de la clasificación de los mismos y la, también, clásica diferenciación entre bienes demaniales y patrimoniales.

administrativos, sino de unas propiedades afectas a la utilidad pública y a tal fin sujetas a un régimen especial de protección y utilización”¹⁷⁸.

Entonces, actualmente se han desarrollado construcciones teóricas que matizan esta división subjetivo – objetiva que ha dominado el debate sobre la naturaleza del dominio público durante un largo periodo; llevando ello a la pregunta sobre cuáles son los bienes que pertenecen al dominio público y si pensar en esta categoría es suficiente.

Como hemos analizado, una de las imágenes que se aproxima con acierto a una explicación integral de la naturaleza de los bienes públicos es la “escala de la demanialidad” propuesta por León DUGUIT. Es así como, además de las distintas posturas en defensa de las tesis objetivas o subjetivas del dominio público, han surgido interesantes planteamientos que buscan exponer de forma más completa la naturaleza de los bienes públicos, sin reducirla, tal y como lo hizo su precursor, a las categorías de bienes de dominio público y bienes de dominio privado; o sin buscar hablar antagónicamente de una funcionalidad o propiedad, con lo cual podemos afirmar que empieza a verse superado uno de los más grandes debates dogmáticos de la realidad jurídica europea¹⁷⁹.

En primer lugar, sobresale el planteamiento del profesor Alfredo GALLEGO ANABITARTE, cuya tesis no se limita al debate sobre la naturaleza jurídica propietaria – funcionalista del dominio público, sino que desarrolla una clasificación alternativa de los mismos, lejos de la clásica dicotomía entre bienes de dominio público y bienes de dominio

¹⁷⁸ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, pp. 24-25.

¹⁷⁹ “La polémica sobre el título jurídico que relaciona a los bienes de dominio público con sus titulares es tan antigua como la propia existencia de tal dominio, habiendo dado lugar siempre y en todos los países a posiciones contrapuestas, que se han defendido con apasionamiento en uno de los torneos dogmáticos más persistentes de la cultura jurídica europea: HAURIUO contra PROUDHON en Francia, IHERING contra DERNBURG en Alemania...” (NIETO, Alejandro. “La nueva regulación de los bienes comunales”. En: *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica – REALA*. Núm. 223, 1987, p. 14).

privado¹⁸⁰. Es así como el citado autor clasifica tres grupos muy diferenciables:

- a) Los bienes que se encuentran fuera del comercio por ser de uso común, cuya administración y cuidado se encuentra a cargo del Estado, señalando que no existe un derecho de propiedad *estricto sensu*, sino una relación de jurisdicción sobre bienes propios de la comunidad.
- b) Los bienes de dominio privado del Estado “destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional”. Este grupo hace referencia a bienes sobre los cuales el Estado ejerce un derecho de propiedad privado pero que se incluye dentro del dominio público en razón de la función pública que dichos bienes disponen.
- c) Los bienes que requieren autorizaciones expresas del Estado para poder acceder a los mismos. Se mencionan como ejemplo las minas y el espectro radioeléctrico.¹⁸¹

En segundo lugar, resaltamos la sugerente tesis planteada por el profesor SANTAMARÍA PASTOR, quien señala que la Administración Pública no puede ser “propietaria porque sí, sino necesariamente para algún fin público más o menos directo”¹⁸². En esta línea, el

¹⁸⁰ El profesor GALLEGO ANABITARTE señala respecto a las diversas clasificaciones de bienes demaniales, que “la unión de tan heterogéneos bienes bajo el concepto de dominio público tiene un fundamento en que todos ellos están reservados, especialmente, protegidos por el Estado. El punto de unión de todos estos bienes es que, a diferencia del patrimonio particular del Estado, las cosas públicas, tanto las de uso como de servicio público, e incluso las simplemente reservadas al Estado (que permitiría a través de concesiones el acceso de los particulares), todas ellas, tienen en común que el poder público las considera, más que como patrimonio, objeto de regalía, de dominio eminente, de Señorío. Lo característico de los bienes de dominio público es que el título jurídico fundamental para su regulación e intervención es el poder público y no el dominio o la propiedad” (GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José Manuel. *Op. Cit.*, p. 363).

¹⁸¹ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. “Cuestiones del régimen general del dominio público”. *Op. Cit.*, pp. 93-95. También un breve comentario en FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles. *Op. Cit.*, pp. 51-53.

¹⁸² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”. *Op. Cit.*, p. 92.

mencionado autor propone una clasificación alternativa con la cual dar luces al problema clasificatorio de los bienes públicos, diferenciando hasta cinco tipos de *patrimonios*, tales como:

- a) Patrimonio de preservación, tales como las costas, montes, vías urbanas, bienes de valor histórico o artístico; cuya publicidad se justifica en la necesidad de mantener intactas sus características y garantizar su conservación.
- b) Patrimonio de regulación, tales como el mar territorial, recursos mineros, hidrocarburos y espectro radioeléctrico; cuyo uso si bien está destinado a particulares (o públicos), es necesario establecer medidas que garanticen un adecuado y eficiente aprovechamiento de los mismos.
- c) Patrimonio de soporte, que comprende edificios e instalaciones oficiales, o carreteras o infraestructuras portuarias o aeroportuarias; es decir, bienes sobre que sirvan base para el desarrollo de una función o servicio público.
- d) Patrimonio operativo, que vienen a ser los “bienes muebles afectos a la prestación de servicios o funciones públicas”, tales como mesas, sillas, etc.; que por su natural posibilidad de constante reposición no son protegidos por la inalienabilidad.
- e) Patrimonio financiero o de cartera (bienes que la Administración “maneja como activos susceptibles de proporcionar una determinada rentabilidad, mediante su enajenación o explotación, pero sin destinarlos [...] a servir de soporte o instrumento para el desempeño de funciones o servicios públicos”)¹⁸³.

¹⁸³ Ídem, pp. 93-94.

Es así como SANTAMARÍA PASTOR plantea que, si bien un grupo de bienes pueden explicarse jurídicamente bajo un esquema del derecho de propiedad (patrimonio de soporte, operativo y financiero), al hablar de los patrimonios de preservación y de regulación, se propone la calificación de *res nullius*, ya que se trata de bienes no susceptibles de apropiación por mandato legal, donde la Administración cumple un rol regulador y protector¹⁸⁴. Esta construcción dogmática sugiere dotar de un significado funcional a los bienes públicos (lo cual se justifica en la propia clasificación), ya que es esta finalidad la que justifica la necesidad de establecer un régimen propietario por parte de la Administración.

En tercer lugar, recientemente FERNÁNDEZ SCAGLIUSI ha planteado la novedosa visión de la valorización de los bienes públicos, es decir, maximizar los beneficios de los bienes públicos sin dejar de lado la satisfacción del interés general subyacente, todo ello, bajo parámetros más ágiles de su gestión y una especial atención a la afectación como creadora de un régimen de protección demanial. No obstante, esta visión ya fue advertida con antelación por Julián PIMIENTO ECHEVERRI, quien señala el reconocimiento de la propiedad pública y la valorización de los bienes públicos como una de las primeras soluciones al problema de la crisis del dominio público¹⁸⁵. Así, con un tenor similar a lo que años más tarde profundiza FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, el profesor colombiano afirma que

“la idea de la valorización de las propiedades públicas y, muy particularmente, del dominio público tiene como fuente indiscutible la necesidad de flexibilización del mercado del derecho público y de la circulación de propiedades públicas, respetando el principio de inalienabilidad del dominio público. Así valorización significa gestión

¹⁸⁴ Ídem, p. 95.

¹⁸⁵ PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Teoría de los bienes de uso público*. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2010, p. 55. Luego con mayor detalle y exhaustividad, en su obra *Derecho Administrativo de los Bienes Públicos*. Óp. Cit.

eficaz, pero ante todo reconocimiento de derechos reales para los ocupantes temporales del mismo”¹⁸⁶.

En resumen, lo que pretende esta teoría es conciliar los principios clásicos de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad¹⁸⁷ – que funcionan muchas veces como obstáculos por su rigurosidad – como formas de protección demanial con el objetivo de una mayor rentabilidad¹⁸⁸. En este sentido, coincidimos plenamente cuando la mencionada autora señala, bajo influencia del profesor MEILÁN GIL, que “en ningún momento puede olvidarse que la funcionalidad de los bienes demaniales es la satisfacción del interés general, hasta tal punto que la desafectación sólo puede llevarse a cabo por dejar de destinarse al uso general o al servicio público”¹⁸⁹.

Es así como la tesis de la valorización, bajo influencia también de GAUDEMET ¹⁹⁰, tiene su base en concebir un dominio público

¹⁸⁶ PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Teoría de los bienes de uso público*. Óp. Cit., p. 61.

¹⁸⁷ No podemos hablar del derecho administrativo de los bienes públicos sin referirnos a las tres características fundamentales en su definición, las cuales se presentan como forma de protección con el fin de garantizar la integridad de los bienes, excluyendo a los mismos del tráfico jurídico-privado (así también lo apunta FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles. *Óp. Cit.*, pp. 62-63; tomando como base las ideas de LEGUINA VILLA, J. “El régimen constitucional de la propiedad privada”. En: *Derecho Privado y Constitución*. Núm. 3, 1994, p. 11.) y de las consecuencias que este pueda generar. La primera medida de protección es la inalienabilidad, la cual es una consecuencia misma de la naturaleza del dominio público y supone la imposibilidad de apropiación del bien (CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. “La inalienabilidad del dominio público”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 25, 1958, p. 31). Asimismo, la afectación, es decir, el destino de un bien de la Administración a la utilidad pública; funciona como fundamento mismo del principio de inalienabilidad (Idem, p. 35), toda vez que es esta la que genera la incomerciability de dichos bienes (Cfr. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Óp. Cit., pp. 142-143), siendo la desafectación la figura que las convierte al tráfico jurídico. El segundo principio protector del dominio público es la imprescriptibilidad, el cual supone la imposibilidad de la aplicación de prescripción adquisitiva o cualquier forma de apropiación del bien por parte de un privado. Asimismo, si bien este principio se aplica sin discusión a los bienes públicos, vale la pena resaltar ciertas excepciones de carácter especial como la llamada desafectación tácita (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”. En: *Dos estudios sobre la usucapión*. Óp. Cit.; encontrándolo también en una versión pública en la *Revista de Administración Pública*. Núm. 13, pp. 11-52). El tercer y último principio protector del dominio público es la inembargabilidad, la cual es la imposibilidad de embargo de bienes públicos, con el fin de evitar perjudicar algún servicio público al cual estén afectos los bienes en cuestión; toda vez que el fundamento mismo de la inembargabilidad es “la existencia de una afectación al interés general” (PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Derecho Administrativo de los Bienes Públicos*. Óp. Cit., p. 282).

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles. *Óp. Cit.*, pp. 77-81.

¹⁸⁹ Ídem, p. 123.

¹⁹⁰ Tomando como influencia a GAUDEMET, Y. “El futuro del Derecho de las propiedades públicas”, traducido por CARRILLO DONAIRE, J.A., de la versión original del trabajo, titulada

funcionalizado dentro del cual no solo encontramos a los bienes sino a los derechos reales administrativos constituidos. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI señala que el reconocer que el dominio público está integrado por bienes o cosas y derechos reales administrativos¹⁹¹ tiene utilidades ordenadoras y conceptuales; además de sugerir que “no siempre es necesario adquirir, expropiar o conservar la propiedad de todo el bien para conseguir su afectación a un uso o servicio público (con las importantes consecuencias económicas que eso conlleva) sin perder, por ello, las ventajas de la tutela demanial para proteger dicho destino”¹⁹². Cabe señalar que LÓPEZ RAMÓN también afirma que los bienes de dominio público están formados por los derechos reales de las Administraciones¹⁹³.

En este orden de ideas, consideramos que repensar a los bienes de dominio público desde una perspectiva funcional con el objetivo de satisfacer el interés general; sin limitar su contenido jurídico a un régimen de propiedad y entendiendo a la afectación de los bienes a la utilidad pública como un eje central para comprender su naturaleza jurídica; representa una visión moderna, novedosa y pragmática

“L’avenir du droit des propriétés publiques”, publicada en los *Mélanges en honor del Prof. François Terré, L’avenir du droit*, Dalloz, Paris, 1999, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, pp. 11-24. “«La demanialidad no representa tanto un régimen de apropiación como una realidad dominada por el concepto de afectación; afectación a una utilidad pública que determina un régimen de protección específico, orientado a sus exigencias, pero limitado también a los requerimientos de la misma. La demanialidad pública no es en puridad un régimen de propiedad, sino un régimen de Derecho público ligado a las exigencias del interés público, que tiene por ello –pudiera decirse– un carácter más funcional que real o patrimonial. Sin embargo, este dato básico es insuficientemente apreciado». Por ello, la orientación general de la futura evolución: «(...) debería recentrar el régimen jurídico-público del dominio público sobre el único elemento que justifica dicho régimen: la afectación de ciertos patrimonios públicos al servicio de utilidades públicas directas». Citado por FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles. *Óp. Cit.*, p. 186.

¹⁹¹ Es Jesús GONZÁLEZ PÉREZ quien profundiza, originariamente, en el desarrollo de los derechos reales administrativos, definiéndolos como “los derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público”. Así, agrega que “para que pueda hablarse de derecho real administrativo es necesario que se den los tres elementos que integran la definición, a saber: primero, que exista un auténtico derecho subjetivo; segundo, que el derecho sea real; y tercero, que el objeto del mismo sea un bien de dominio público”. (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Los derechos reales administrativos”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México – Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*. Núm. 25-26, Tomo VII, 1957 (enero – junio), pp. 89).

¹⁹² FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles. *Óp. Cit.*, p. 44.

¹⁹³ “Sin duda, bienes demaniales y patrimoniales constituyen el núcleo de la teoría de las cosas públicas, integrado por la propiedad y los demás derechos reales de las Administraciones”. (LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, p. 12).

sobre el clásico debate. No obstante, es importante tener en cuenta las consideraciones y advertencias planteadas a esta construcción teórica, orientadas, sobre todo, a la aplicación de la valorización como técnica¹⁹⁴.

Asimismo, conviene también vincular a estas ideas el aporte de PIMIENTO ECHEVERRI, quien, analizando exhaustivamente los avances de la doctrina francesa moderna respecto a la naturaleza del dominio público, señala que la propiedad no debe entenderse desde derecho privado, sino como un principio superior a la clásica división entre derecho público y privado¹⁹⁵. El citado autor advierte de forma muy precisa, que “la nueva teoría vendría a probar que el dominio público no es una forma de propiedad o un conjunto de bienes, sino un régimen jurídico aplicable exclusivamente a las propiedades públicas, pero basado en la afectación”¹⁹⁶. Es así como este planteamiento se complementa de forma armónica con los recientes estudios de FERNÁNDEZ SCAGLIUSI y LÓPEZ RAMÓN – todos tomando como base la doctrina francesa moderna –; los cuales consideramos como las respuestas más claras al debate moderno sobre la naturaleza del dominio público y los bienes que lo conforman.

Finalmente y, a nuestro criterio, el esfuerzo más notable al tratar de conciliar y redefinir la teoría del dominio público es la tesis que plantea el profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN con su “escala de la publicidad”, mediante la cual se busca repensar la clásica posición de DUGUIT y su “escala de la demanialidad” – la cual no debe confundirse con una

¹⁹⁴ La profesora Elisa MOREU CARBONELL advierte, enriqueciendo el debate moderno, que “la defensa de la valorización económica del dominio público esconde serios riesgos y puede tener como consecuencia no deseada la desaparición de bienes de un valor excepcional, no sólo económico, y una tentación de enriquecimiento inmediato que resulta ser un mal negocio a medio y largo plazo. Es como suele decirse, pan para hoy y hambre para mañana”. (MOREU CARBONELL, Elisa. “El debate actual sobre el concepto y la naturaleza del dominio público en España”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, 2015, pp. 79).

¹⁹⁵ PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Teoría de los bienes de uso público*. Óp. Cit., p. 123.

¹⁹⁶ Ídem, p. 125.

supuesta “escala de propiedad”¹⁹⁷ – y aplicar dicha idea a un conjunto de cosas más amplio con el objetivo identificar a qué grado de relación de la esfera pública se encuentran¹⁹⁸.

Como ya hemos ido adelantando a lo largo de esta investigación, LÓPEZ RAMÓN clasifica cuatro categorías dentro del sistema jurídico de los bienes públicos, los cuales son:

- a) Las cosas comunes, que se constituyen como una variante moderna de las *res communes omnium* del derecho romano, vienen a ser aquellas que pueden ser usadas por cualquier individuo pero sin poder limitar el ejercicio del mismo derecho por otro. LÓPEZ RAMÓN las divide en cosas comunes materiales e inmateriales; siendo las primeras aquellas que se caracterizan por ser limitadas (aire, aguas marinas, espacios internacionales declarados patrimonio común de la humanidad), mientras las segundas son aquellas que pueden ser utilizadas indefinidamente (por ejemplo, las lenguas).
- b) Los bienes públicos demaniales, o simplemente bienes de dominio público, en palabras de LÓPEZ RAMÓN es la categoría en la que “se incluyen todos los derechos reales de las Administraciones afectados a especiales fines de interés público y sujetos por ello a un régimen especial de utilización y protección”. El autor los clasifica en demanio natural o

¹⁹⁷ Es pertinente señalar que la “escala de la demanialidad” no puede interpretarse nunca como un sinónimo de escala de propiedad. Al respecto, FERNÁNDEZ SCAGLIUSI ha explicado de forma prolija que “La demanialidad no es jamás un sustituto del régimen de propiedad. Si bien puede influir momentáneamente en el ejercicio de ciertos atributos de la misma, no puede hacerla desaparecer, pues la propiedad pública es una condición del régimen de afectación de la demanialidad pública. Quiere decirse que la propiedad de las personas públicas es –en principio– la misma que disponen los sujetos de Derecho privado, mientras que la demanialidad es un régimen de afectación [...] En cambio, la demanialidad pública, siendo un régimen basado en la afectación de un bien al interés general, es un régimen de Derecho público, regido y basado en el Derecho administrativo. Al contrario, la propiedad pública es una condición -la primera y más absoluta- del régimen de la afectación de la demanialidad pública” (FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a de los Ángeles. *Óp. Cit.*, p. 225).

¹⁹⁸ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, p. 38.

necesario (costas, aguas o minas) y demanio artificial o por afectación (montes públicos, vías pecuniarias, bienes comunales o bienes resultado de obras públicas como puertos, aeropuertos, ferrocarriles, calles o plazas)¹⁹⁹.

- c) Los bienes públicos patrimoniales, definidos por el autor como los bienes de naturaleza jurídico – privada de la administración, los cuales suelen ser caracterizados legalmente de forma residual, es decir, aquellos que no son considerados demaniales, así como su característica histórica como bienes generadores de renta. Asimismo, resalta que no es preciso afirmar que los bienes patrimoniales cumplan con el rol de soporte de funciones públicas, pues si bien ello puede suceder, no significa una característica fundamental que defina la naturaleza de esta categoría²⁰⁰.
- d) Los bienes de interés general, categoría desarrollada por la doctrina italiana y la alemana, que se caracterizan por ser de propiedad pública como de propiedad privada. LÓPEZ RAMÓN señala que estos bienes representan el último lugar de la función social de la propiedad, señalando que, debido a la evolución de este concepto, actualmente no existe tipo de propiedad ajena a los intereses generales. El autor afirma que claros ejemplos de esta categoría son los bienes culturales, bienes de interés cultural o los espacios naturales protegidos.²⁰¹

Es así como el autor plantea una teoría integral que busca simplificar el caótico tratamiento de los bienes públicos, desarrollando una visión

¹⁹⁹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Óp. Cit., p. 141.

²⁰⁰ Ídem, p. 113.

²⁰¹ El estudio completo de esta teoría es desarrollado a detalle en LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Óp. Cit.; no obstante, el estudio genérico de cada categoría propuesta se puede encontrar en el artículo del mismo autor publicado en la RAP: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Teoría jurídica de las cosas públicas". *Óp. Cit.*

moderna a los conflictos de la naturaleza jurídica de los bienes públicos como propiedad o funcionalistas; y a la incompleta tradicional división entre bienes patrimoniales y demaniales. Así, el nexo de unión de estas categorías son las potestades tanto de regulación como apropiación de las cosas, las cuales se adecuan a un límite negativo impuesto por el derecho de propiedad privada y un límite positivo impuesto por las utilidades públicas de los bienes. La importancia de esta sistematización radica en los criterios jurídicos que otorga para delimitar el ámbito de los bienes o cosas, frente a los procesos de expansión, fortalecimiento y privatización de los mismos, muy presentes en la actualidad²⁰².

2.2.4. El dominio público en el contexto latinoamericano

Luego de ver la evolución de la naturaleza de los bienes públicos desde su originaria concepción en la doctrina europea, los objetivos del presente trabajo nos obligan a analizar cómo fue recepcionada esta doctrina en los países latinoamericanos, tomando como referencia Chile, Argentina y Perú.

2.2.4.1. *La teoría de los bienes públicos en Chile*

El profesor Alejandro VERGARA BLANCO, quien ha estudiado el derecho de los bienes públicos de forma notable durante las últimas décadas, ya advertía el desarrollo precario de este tema en la tradición jurídica chilena²⁰³. En esta línea, el autor manifiesta cierta cercanía con la teoría *funcionalista* del dominio público, en la cual los conceptos de afectación y potestad resultan el núcleo central de su postura²⁰⁴.

²⁰² LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Teoría jurídica de las cosas públicas". *Óp. Cit.*, pp. 39-40.

²⁰³ VERGARA BLANCO, Alejandro. "Teoría del dominio público y la afectación minera". *Óp. Cit.*, p. 141.

²⁰⁴ Ídem, p. 151.

VERGARA desarrolló posteriormente la vigente **teoría de la publicatio minera**²⁰⁵, mediante la cual realiza un replanteo de la clásica tesis funcionalista aplicada, específicamente, al sector minero. Es meritorio señalar que esta tesis ya ha sido planteada en el debate peruano como una alternativa para interpretar el contenido del dominio público y los recursos naturales²⁰⁶.

Como toda tesis objetiva del dominio público²⁰⁷, el autor sustenta que la propiedad no es la única institución mediante la cual se puede explicar la relación con bienes²⁰⁸, abriendo el camino al estudio de las potestades de regulación y la intervención del Estado en estos casos. De esta forma, el autor señala que el Estado regula el aprovechamiento de los bienes públicos mediante la *publicatio* o publicación, la cual define como “la técnica que utiliza el Estado para intervenir; es un título de las potestades administrativas que la Administración se arroga sobre determinados sectores”²⁰⁹. Es así que, para la *teoría de la publicatio minera*, lo que hasta el momento la doctrina ha denominado “dominio público”, no es más que “una forma de *publicatio* y fuente de potestades regulatorias”²¹⁰.

²⁰⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. “El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, Núm. 2, 2006, pp. 224-241.

²⁰⁶ HUAPAYA TAPIA hace referencia a la *teoría de la publicatio minera* de VERGARA BLANCO, como una de las teorías para explicar el rol del estado sobre los recursos naturales; primero en HUAPAYA TAPIA, Ramón. “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”. *Óp. Cit.*, pp. 336-339; y más adelante con mayores referencias, en HUAPAYA TAPIA, Ramón. “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano (una visión desde el derecho administrativo de los bienes públicos)”. *Óp. Cit.*, pp. 443-448.

²⁰⁷ VERGARA BLANCO señala claramente: “la teoría que propugnamos para explicar el papel del Estado respecto de las minas, a partir de una teorización que podemos denominare “funcionalista”, se aleja del concepto civilístico de “propiedad”, y se deriva de la técnica jurídica denominada *publicatio* que ha operado en el sector: tal *publicatio* explica el papel del Estado en las minas” (Idem, p. 233).

²⁰⁸ Ídem, p. 228.

²⁰⁹ Ídem, p. 234. Sin embargo, ya se había adelantado esta idea en VERGARA BLANCO, Alejandro. “Naturaleza jurídica de los ‘bienes nacionales de uso público’”. En: *Ius Publicum*. Núm. 3, 1999, pp. 79-80.

²¹⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. “El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral”. *Óp. Cit.*, p. 234. Complementa señalando que “toda declaración normativa de unos bienes integrantes del “dominio público” o aún como “propiedad estatal” (como es el caso de las minas en la libertad del derecho vigente chileno), es un instrumento de intervención, una forma de *publicatio*” (Ibídem).

Entonces, se concibe una teoría del dominio público destacando la exclusión de los bienes del tráfico privado, así como la naturaleza de bienes abiertos al uso de todos ²¹¹. Pero más aún, es un replanteamiento de la vertiente funcionalista del dominio público tomando como eje principal los conceptos de *publicatio* y afectación, siendo este último el que se presenta como centro de la teoría moderna de las cosas públicas según los trabajos ya revisados de LÓPEZ RAMÓN, FERNÁNDEZ SCAGLIUSI o PIMIENTO ECHEVERRI. Adicionalmente, el profesor VERGARA BLANCO en relación con su propuesta de la *publicatio* como concepto que define la naturaleza del dominio público, afirma que de un procedimiento concesional sobre un bien público nacen derechos reales administrativos²¹², noción que también es recogida, bajo matices diferenciables, por la teoría moderna de influencia francesa – la cual, como hemos comentado, concilia la afectación con la noción de propiedad debido a los diversos problemas prácticos que esta soluciona, como son las cargas de conservación o rentas que un bien pudiera producir²¹³.

Finalmente, uno de los principales aportes de la doctrina chilena es la propuesta de la teoría de la autogestión, desarrollada también por el profesor Alejandro VERGARA BLANCO. El autor afirma que para optimizar la gestión de los recursos naturales, en algunos casos, la respuesta no la encontramos ni en el Estado ni en las privatizaciones,

²¹¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. “El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. *Publicatio* y derechos reales administrativos”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Núm. 49, Buenos Aires, 2004, pp. 580-581.

²¹² Cabe destacar que, desde una óptica crítica, cierto sector de la doctrina chilena, con énfasis en el análisis de las aguas públicas, afirma que no se puede considerar el derecho de aprovechamiento de aguas como un “derecho real administrativo”, “en atención a su objeto (necesariamente genérico) y al hecho de que la justificación de esta categoría se encuentra en el reconocimiento de una titularidad pública de la que el Derecho chileno prescinde. Pero la reconducción legal del derecho de aprovechamiento a la categoría de los derechos reales supone hacerles aplicables las reglas de adquisición, conservación y pérdida del dominio” (CELUME BYRNE, Tatiana. *Régimen Público de las Aguas*. Santiago: Thomson Reuters, 2013, pp. 197-214).

²¹³ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Teoría jurídica de las cosas públicas”. *Óp. Cit.*, p. 25.

sino en la propia autogestión²¹⁴ local, en los que denomina *bienes comunes*²¹⁵.

Tomando como base absoluta la teoría de los recursos comunes de la profesora Elinor OSTROM²¹⁶, el citado autor perfila su análisis alrededor de las aguas públicas y las califica como un *bien común y autogestionado*, señalando que

“si observamos bien la realidad, seguir afirmando que las aguas son ‘de la Nación toda’ (propiedad de), no se ajusta ni logra amoldarse al fuerte modelo de autogestión colectiva de las aguas de cada cuenca o de cada acuífero que existe en nuestro medio; este autogobierno es realizado por organizaciones de usuarios, y, principalmente, por juntas de vigilancia”^{217 218}.

Consideramos que esta propuesta de regulación de los recursos naturales, en especial, el agua; resulta un gran aporte al debate actual

²¹⁴ Siguiendo esta línea de análisis, RIVERA BRAVO, Daniela. *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste*. Santiago: Thomson Reuters, 2013, pp. 78-85.

²¹⁵ Una breve mención a este estudio, además de un completo recuento de la evolución de la doctrina chilena del derecho administrativo de los bienes públicos en VERGARA BLANCO, Alejandro. “Derecho de bienes públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, 2015, pp. 299-334.

²¹⁶ La politóloga norteamericana Elinor OSTROM propone una visión crítica al conocido paradigma de la “tragedia de los recursos comunes”, planteada por Garret HARDIN, la cual, en resumen, señala que debido al deseo de maximizar los beneficios individuales de las personas, es inevitable que los recursos comunes – aquellos usados por todos – se terminen en un momento dado, lo cual causaría consecuencias negativas para todos los individuos (HARDIN, Garret. “The Tragedy of the Commons”. En: *Science*. New Series, Vol. 162, Núm. 3859, 1968, pp. 1244-1245). Así, el trabajo de OSTROM ofrece una perspectiva interesante sobre la regulación de los recursos naturales como recursos comunes (en respuesta a la clásica división entre bienes públicos y privados, lo cual, a su entender, se aleja de la realidad de los recursos mismos) y su relación con el concepto de propiedad, que tras una serie de ejemplos sobre diversas formas de regulación y gestión de recursos (tanto positivas como negativas), propone el autogobierno es estos como forma más eficiente para un óptimo aprovechamiento de los recursos naturales. Ello, debido a que, bajo una serie de condiciones, no existe individuo mejor capacitado para gestionar los recursos comunes que aquellos que se sirven de estos para sus fines. (OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva*. 2da edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2011, 403 pp.)

²¹⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro. *Crisis institucional del agua: descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de Tribunales Especiales*. Óp. Cit., p. 155.

²¹⁸ Otro importante trabajo del autor al respecto, VERGARA BLANCO, Alejandro. “Autogobierno en la gestión de las aguas”. En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 3, 2013, pp. 165-174.

debido a su perspectiva interdisciplinaria, la cual merece ser objeto de posteriores estudios con un análisis más reflexivo en cuanto a su aplicación en otros contextos sociales, jurídicos y políticos.

2.2.4.2. *La teoría de los bienes públicos en Argentina*

Las bases de la teoría sobre el dominio público en Argentina son, sobre todo en sus trabajos iniciales, francesas²¹⁹. Más adelante, es MARIENHOFF²²⁰ quien realiza un completo estudio sobre el dominio público, reconociendo y acogiendo, en primera instancia, la clasificación estructural que realizó BALLBÉ, definiendo al dominio público desde los elementos subjetivo, objetivo, teleológico y normativo. En esta línea, frente a la tesis que reconocía en el dominio público un derecho de propiedad de naturaleza privada, defendida por A. SPOTA; logra imponerse la tesis propietarista del dominio público defendida por MARIENHOFF, la cual señala un derecho de propiedad de naturaleza pública objeto de derechos reales administrativos, doctrina que se mantiene vigente hasta la actualidad^{221 222}.

No obstante, y siguiendo la tradición europea, también otros autores desarrollaron la tesis funcionalista del dominio público, tales como

²¹⁹ Un valioso trabajo histórico y crítico sobre este tema en CASSAGNE, Juan Carlos y DE LA RIVA, Ignacio. "Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina". En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, 2015. Sobre el punto específico de las raíces del dominio público en el Derecho argentino (fuentes y precursores), ver páginas 256-258.

²²⁰ "Puede adelantarse que muchas de las evidentes deficiencias que se advierten en las nociones conceptuales propuestas por algunos tratadistas, obedecen a que no hicieron un estudio metódico de esta compleja cuestión: no desentrañaron y menos analizaron todos los elementos que integran la noción de dominialidad; se han referido a unos elementos, desdeñando otros, llegando así a verdaderos contrasentidos [...] Como lo haré ver más adelante, la noción conceptual de dominialidad está integrada por cuatro elementos: subjetivo, objetivo, teleológico y normativo. Las disparidades en los criterios doctrinales versan sobre cada uno de esos cuatro elementos" (MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. Cit., p. 41).

²²¹ CASSAGNE, Juan Carlos y DE LA RIVA, Ignacio. "Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina". *Óp. Cit.*, pp. 266-287.

²²² "Lo que hoy se conoce como *teoría de los derechos reales administrativos*, de gran importancia o repercusión en lo atinente a los medios de protección del derecho nacido de una concesión de uso sobre el dominio público". (MARIENHOFF, Miguel. *Dominio Público*. Buenos Aires: Abeledo, 1955)

BIELSA, FIORINI o SALOMONI, quienes “poniendo en duda la existencia de una verdadera propiedad sobre las cosas públicas, se centra en la idea del dominio público como potestad o título jurídico de intervención del Estado sobre los bienes públicos”²²³.

Vale resaltar que últimos trabajos han desarrollado análisis que enriquecen el debate sobre el dominio público en Argentina. Ignacio DE LA RIVA, desde una posición ecléctica, busca conciliar las posiciones propietarista y funcionalista, asumiendo que sobre los bienes públicos recae una propiedad estatal que se encuentra consagrada al uso público ²²⁴. Así también cabe resaltar el planteamiento de Liber MARTIN, quien en un trabajo analizando el dominio público de las aguas, se acoge a la tesis funcionalista trabajada, sobre todo, por Jorge SALOMONI, y señala que constitucionalmente existe un régimen de intervención finalista, por lo que considerar al dominio público como propiedad puede incidir en la formación de los conceptos de inalienabilidad e imprescriptibilidad²²⁵.

2.2.4.3. *La teoría de los bienes públicos en Perú*

En el Perú, al igual que en los demás ordenamientos jurídicos revisados, la evolución normativa del régimen de los bienes públicos inicia con estudios propios del derecho civil²²⁶. Sin embargo, tal y como también advierte el profesor Jorge DANÓS ORDÓÑEZ, esta

²²³ PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa. *La incorporación de la variable ambiental en el Derecho de Aguas argentino*. Barcelona: Atelier, 2016, p. 76.

²²⁴ DE LA RIVA, Ignacio. “La naturaleza del dominio público”. En: DE REINA TARTIERE, Gabriel (coord.). *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*. Heliasta: Buenos Aires, 2009, pp. 181 y ss. Citado por: MARTIN, Liber. *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, pp. 67-68.

²²⁵ MARTIN, Liber. *Derecho de aguas (...)*. Óp. Cit., pp. 68-71.

²²⁶ Un valioso recuento histórico en DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Evolución y formación del concepto de bienes del estado (privados y de dominio público) en el ordenamiento jurídico peruano”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, 2015, pp. 531-543.

primigenia regulación ha sido sustituida por las normas propias del Derecho administrativo²²⁷.

Así, la legislación peruana, con base en lo dispuesto en el artículo 73^o²²⁸ de la CP de 1993, asume que el Estado es titular de los bienes de dominio público ejerciendo estableciendo un régimen de protección que se ven manifiestos en el reconocimiento de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad²²⁹, sentido, con influencia de la tesis funcional, en el que también se ha pronunciado la doctrina²³⁰.

Finalmente, tal y como se desprende de este trabajo, consideramos que la teoría de la “escala de la publicidad” con el reconocimiento de que el Estado, a través de las concesiones de bienes públicos, otorga a los particulares un derecho real administrativo; es la postura que más se condice con nuestra realidad jurídica, lo cual exige, al menos por ahora ante la falta de claridad legislativa, realizar análisis puntuales caso por caso²³¹.

²²⁷ Ídem, p. 544.

²²⁸ Artículo 73.- Bienes de dominio y uso público

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

²²⁹ Ídem, p. 547.

²³⁰ Cfr. JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. “Los bienes estatales en la jurisprudencia constitucional”. En: VIGNOLO CUEVA, Orlando y JIMÉNEZ MURILLO, Roberto (coord.). *Homenaje a Allan Brewer-Carías. Comentarios a la jurisprudencia de Derecho administrativo del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*. Lima: *Ius Et Veritas*, pp. 95-99, 2012. No obstante, recientemente Eduardo HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, plantea una postura netamente propietarista al definir al dominio público como “el conjunto de bienes (materiales o inmateriales, muebles o inmuebles) de propiedad de la Nación quien actúa representada por el Estado, que tiene como finalidad, el uso público directo o indirecto (servicios públicos), la defensa nacional, el fomento de la riqueza de la Nación, el fomento de la cultura e identidad nacional, o cualquier otra finalidad de gran interés público dispuesta mediante Ley”. (En: HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo. *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad*. Óp. Cit., p. 77).

²³¹ Destacamos el análisis realizado por el profesor Ramón HUAPAYA TAPIA, quien señala que naturaleza de las Áreas Naturales Protegidas responde a bienes de interés público, como categoría dentro de la escala de publicidad de las cosas públicas (HUAPAYA TAPIA, Ramón. “La técnica de los informes vinculantes (...). Óp. Cit.)

2.3. Conclusiones preliminares: El dominio público hidráulico. La naturaleza de dominio público funcionalizado de los recursos naturales.

2.3.1. *El agua como bien de dominio público dentro de la escala de publicidad de las cosas*

Como hemos anotado, la escala de publicidad de las cosas diferencia a las cosas comunes, los bienes de dominio público, los bienes patrimoniales y los bienes de interés público. De acuerdo con los fines de esta investigación, nos centraremos en analizar el caso de las denominadas aguas públicas²³² ²³³, las cuales, si bien son consideradas indiscutiblemente como recursos integrantes del dominio público, vale resaltar algunas reflexiones críticas al respecto sin dejar de reconocer tal característica²³⁴.

En este sentido, consideramos a las aguas públicas como bienes de dominio público, toda vez que se les aplica el régimen de protección pública declarándolos inalienables, imprescriptibles e inembargables; cuya función principal radica en la satisfacción de los intereses generales, generando también derechos administrativos reales productos de su concesión en uso. Asimismo, nos referimos a un bien

²³² MARIENHOFF, advertía, desde un claro tinte patrimonialista, claro está, que las aguas públicas o aguas del dominio público son “legalmente sinónimos y expresan la misma idea”, enfatizando que “las aguas públicas lo son por su afectación o destino y no por su naturaleza”. (En: MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*. Óp. Cit., pp. 80-83).

²³³ También existe la posición que señala a las aguas como bien público no estatal, en relación con la *publicatio* de las aguas (VERGARA BLANCO, Alejandro. “Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma”. En: *El derecho de aguas en Iberoamérica y España : cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Vol. 2, 2002, pp. 179-214).

²³⁴ Liber MARTIN reflexiona, sobre todo, en el régimen de protección y privilegios de bienes públicos, la concesión como previo paso a la privatización y la titularidad como atribución de competencias. (MARTIN, Liber. *Derecho de Aguas (...)*. Óp. Cit., pp. 80-85).

de dominio público natural, pues la legislación vigente²³⁵ la declara como bienes integrantes del “dominio público hidráulico”²³⁶.

Los bienes que forman parte del dominio público hidráulico son:

- a) el agua de los ríos y afluentes desde su origen natural, el agua que discurre por cauces artificiales, el agua acumulada en forma natural o artificial, el agua que se encuentra en las ensenadas y esteros, en los humedales y manglares, en los manantiales, en los nevados y glaciares, el agua residual, el agua subterránea, el agua de origen minero medicinal, el agua geotermal, el agua atmosférica, y el agua proveniente de la desalación.
- b) Los bienes naturales asociados al agua²³⁷.

²³⁵ LRH: Artículo 7.- Bienes de dominio público hidráulico:

Constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la presente Ley, el agua enunciada en el artículo 5 y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6. Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de estos bienes debe ser previamente autorizada por la Autoridad Administrativa del Agua, con excepción del uso primario del agua y las referentes a la navegación.

²³⁶ En este sentido, también, LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Óp. Cit., p. 231. Adelantamos este parecer en HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. “El régimen jurídico de los títulos habilitantes del uso de agua en el Perú”. Ponencia inédita presentada para publicación en el *Libro sobre Derecho de Aguas de la Red Internacional de Bienes Públicos*. Texto pro-manuscrito, 2019, p. 16.

²³⁷ LRH: Artículo 6.- Bienes asociados al agua:

Son bienes asociados al agua los siguientes:

1. Bienes naturales:

- a. La extensión comprendida entre la baja y la alta marea, más una franja paralela a la línea de la alta marea en la extensión que determine la autoridad competente;
- b. los cauces o álveos, lechos y riberas de los cuerpos de agua, incluyendo las playas, barriales, restingas y bajiales, en el caso de la Amazonía, así como la vegetación de protección;
- c. los materiales que acarrea y deposita el agua en los cauces;
- d. las áreas ocupadas por los nevados y los glaciares;
- e. los estratos o depósitos por donde corre o se encuentra el agua subterránea;
- f. las islas existentes y las que se formen en los mares, lagos, lagunas o esteros o en los ríos, siempre que no procedan de una bifurcación del curso del agua al cruzar las tierras de particulares;
- g. los terrenos ganados por causas naturales o por obras artificiales al mar, a los ríos, lagos, lagunas y otros cursos o embalses de agua;
- h. la vegetación ribereña y de las cabeceras de cuenca;
- i. las fajas marginales a que se refiere esta Ley; y
- j. otros que señale la Ley.

Sin embargo, cabe cuestionarse la utilidad práctica de este reconocimiento, es decir, de qué forma el hecho de reconocer a las aguas como parte del dominio público, estableciendo el dominio público hidráulico, impacta en la relación de dicho recurso con la actividad de cada individuo. La respuesta inicia por el hecho de considerar que el verdadero reto del derecho de aguas actual es solucionar los problemas de gestión, utilización y conservación de los recursos hídricos lo cual hace obligatoria una postura de la Administración cada vez más intervencionista²³⁸.

La utilidad práctica de reconocer al agua como bien de dominio público no radica en un poder absoluto por parte del Estado sobre este recurso, sino en una simplificación conceptual para facilitar facultades más amplias de regulación, por ejemplo, en el otorgamiento de permisos o concesiones para usos privativos²³⁹. Además, este reconocimiento facilita la planificación hidrológica, la cual consideramos es el elemento clave en la gestión de recursos hídricos en la actualidad²⁴⁰, y sobre la cual existe una casi nula referencia en nuestra doctrina²⁴¹.

En esta línea, toda actuación sobre el dominio público hidráulico debe estar sometida necesariamente al régimen de planificación

²³⁸ Así, autorizada doctrina ha señalado que “en particular, no hay forma de proporcionar eficazmente lo que hoy se viene a llamar “derecho al agua” mediante una actitud de gestión de los recursos hídricos a través de pactos entre particulares”. (EMBID IRUJO, Alejandro. “El Derecho de Aguas del Siglo XXI”, *Óp. Cit.*, p. 94). Cabe precisar que el autor no propone suprimir toda actividad particular de gestión, sino reconducirla a formas más razonables en armonía con la intervención de la Administración.

²³⁹ Cfr. MARTIN, Liber. “Instituciones y principios matrices del Derecho de Aguas: contradicciones entre teoría y práctica”. *Óp. Cit.*, p. 108.

²⁴⁰ Cfr. EMBID IRUJO, Antonio. “Evolución del derecho y de la política del agua en España”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 156, 2001 (set. – dic.), pp. 69-73.

²⁴¹ Cabe resaltar que de forma enunciativa, Alberto CAIRAMPOMA ARROYO y Paul VILLEGAS VEGA; señalan que “se observa que las particularidades de la gestión de los recursos hídricos suponen su explotación de manera coordinada y planificada. Ello ha significado que se señale normativamente el uso de los mismos, distinguiéndose entre sus diversos usos, delimitándose aspectos cuantitativos y cualitativos, y priorizando el uso primario y poblacional”. (CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y VILLEGAS VEGA, Paul. “El régimen jurídico para el aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú”. En: *Actas de Derecho de Aguas*, N.º 5, 2015, pp. 23-24).

hidrológica²⁴² ²⁴³, la cual no debe considerarse como una simple técnica o institución dentro de la legislación, sino el mecanismo más importante para la aplicación de la normativa de aguas²⁴⁴ ²⁴⁵. La planificación hidrológica es una técnica inherente a la acción administrativa, ya que “el Plan puede constituirse en elemento único o principal del ordenamiento jurídico existente en un determinado sector de la acción administrativa vinculado, también, al desarrollo de la actividad económica de los particulares”²⁴⁶. En el caso peruano, el artículo 193° del RLRH regula la denominada planificación de recursos hídricos en los siguientes términos:

“Artículo 193.- Objeto de la planificación de la gestión de recursos hídricos:

193.1. La planificación de los recursos hídricos tiene por objeto promover su uso sostenible, equilibrar la oferta con la demanda del agua, la conservación y la protección de la calidad de las fuentes naturales, en armonía con el desarrollo nacional, regional y local, así como, la protección e incremento de la cantidad de la disponibilidad de agua.

193.2. La planificación de la gestión de los recursos hídricos en la cuenca debe ser considerada para la elaboración de los planes en los niveles: sectorial, local, regional y nacional, en concordancia con el ordenamiento territorial, ambiental, planes de acondicionamiento territorial, de desarrollo urbano y otros de gestión territorial. Asimismo, prevé la integración de las fuentes de agua incluidas en dichos planes de gestión.”

²⁴² EMBID IRUJO, Antonio. “Derecho de Aguas (Introducción)”. *Óp. Cit.*, p. 25.

²⁴³ En esta misma línea, el profesor RAMÓN PARADA señala que “el instrumento básico en la regulación de los aprovechamientos de toda suerte sobre las aguas y de la protección de su calidad son los Planes Hidrológicos, pues ellos son, como los Planes de Urbanismo, los que determinan por menudo los poderes de la Administración y los derechos de los beneficiarios” (PARADA, Ramón y LORA-TAMAYO, Marta. *Óp. Cit.*, p. 106).

²⁴⁴ EMBID IRUJO, Antonio. “Planificación Hidrológica”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 770.

²⁴⁵ Adelantamos este parecer en HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. *Óp. Cit.*, p. 18.

²⁴⁶ EMBID IRUJO, Antonio. “La planificación hidrológica”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 123, 1990, p. 120.

Primero, observamos que se consideran los puntos clave como conservación, protección y sostenibilidad; además de darle la importancia respectiva a la cuenca hidrográfica²⁴⁷, toda vez que esta representa la unidad de gestión del agua con importantes efectos funcionales y organizativos para su aprovechamiento y administración²⁴⁸. No obstante, si bien el Título VIII del RLRH se refiere ampliamente a la regulación de las “infraestructuras hidráulicas”, a las cuales preferimos denominar obras hidráulicas; consideramos necesaria una mayor relación de estas con el contenido de los Planes Hidráulicos, ya que son las obras hidráulicas las encargadas de coadyuvar con garantizar la protección, control y aprovechamiento del dominio público hidráulico²⁴⁹.

Segundo, en los artículos 199º y 200º, el RLRH reconoce como instrumentos de planificación del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos al Plan Nacional de Recursos Hídricos y los Planes de Gestión de Recursos Hídricos en las Cuencas (PGRHC). Rescatamos positivamente el esfuerzo realizado al buscar que dichos instrumentos sean lo más integrales posibles, sobre todo en lo relacionado a los PGRHC o Planes Hidrológicos de Cuenca. Sin embargo, consideramos que mejoraría aún más la legislación vigente potenciar la normativa referente a la aplicación y elaboración de dichos planes²⁵⁰, lo cual sería un avance cualitativo en materia de derecho de aguas.

²⁴⁷Artículo 194.- Demarcación de las unidades o cuencas hidrográficas:

194.1. La cuenca hidrográfica constituye el ámbito territorial básico para la planificación de la gestión del agua.

²⁴⁸ FANLO LORAS, Antonio. “Cuencas Hidrográficas”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: lustel, 2007, p. 480.

²⁴⁹ EZQUERRA HUERVA, Antonio. “Obras Hidráulicas”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: lustel, 2007, p. 714.

²⁵⁰ En este punto, considero necesario recordar que los Planes Hidrológicos tienen naturaleza normativa y son imprescindibles para la adecuada gestión del recurso. Así, el profesor EMBID IRUJO advierte que “los Planes Hidrológicos tienen naturaleza normativa. Esta naturaleza normativa va a traducirse en la equiparación de los Planes a normas reglamentarias y se deduce tanto de elementos formales de los Planes como de su mismo contenido material y efectos”. (EMBID IRUJO, Antonio. “La planificación hidrológica”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 123, 1990, p. 150).

No es propósito de esta investigación analizar los impactos, aplicación y contenido detallado de los Planes Hidrológicos, para lo cual será necesario dedicar reflexiones posteriores; sino mostrarlos como herramientas de gestión del agua cuya aplicación determinante es consecuencia de la declaración del agua como bien integrante del dominio público, pues, como referimos antes, dicho reconocimiento facilita el poder de regulación del Estado sobre este bien o recurso. Así, es imperativo advertir que

“lo que se pretende es que en la planificación hidrológica se encuentre un conjunto de previsiones sobre oferta y demanda del recurso, previsiones para el futuro y normas sobre la calidad de las aguas, caudales ecológicos, arreglos institucionales, protección de acuíferos, régimen económico-financiero de utilización del agua... y, por supuesto, relación de obras hidráulicas a desarrollar como una suerte de consecuencia de todo lo anterior y en modo alguno como algo establecido *a priori* y al margen de todas las demás consideraciones”²⁵¹.

Finalmente, y a modo de ejemplo, una nefasta gestión del agua, sumada a la crisis hídrica que actualmente ya parece innegable, puede generar la escasez de recursos y la sobreexplotación de acuíferos o cuencas, a tal punto de declararse inconstitucionales los usos comunes y reservar el recurso para los usos privativos²⁵².

2.3.2. *La naturaleza jurídica del agua como Patrimonio de la Nación según la Constitución: el dominio público funcionalizado*

En conclusión, tanto la CP de 1993 al referirse a los recursos naturales, como la LRH, consideran al agua como Patrimonio de la

²⁵¹ EMBID IRUJO, Antonio. “Planificación Hidrológica”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 768.

²⁵² Al respecto, ver la sentencia BOUNDS V. NEW MÉXICO, N° CV-2006-166, slip op. at 4 (N.M. 6th Jud. Dist. July 10, 2008); rev'd, Case N° 29,860 (N.M. Ct. App, Oct 29, 2010). Cfr. MARTIN, Liber. “Instituciones y principios matrices del Derecho de Aguas (...)”. *Óp. Cit.*, p. 108.

Nación; lo cual implica, lejos de un dominio eminente, la inclusión de los recursos naturales en las categorías propias de la escala de publicidad de las cosas. En esta línea el agua es considerada como un recurso natural²⁵³ integrante del dominio público.

Así, lejos de tomar postura por una de las tradicionales tesis que buscan explicar la naturaleza del dominio público, somos de la idea de que actualmente esta figura ha sufrido transformaciones necesarias a sus exigencias, por lo que resulta conveniente no encasillar a todos los bienes o, de ser el caso, recursos, en una sola categoría jurídica. Justamente, por esta razón consideramos que la escala de publicidad de las cosas nos brinda una solución a este problema dogmático y pragmático.

Ante lo expuesto, el agua es un recurso natural que forma parte del dominio público *funcionalizado*. En esta línea, la funcionalidad de los bienes públicos como cosas fuera el comercio²⁵⁴ se fundamenta en el servicio al interés público, ya que no es objetivo del Estado el acumular bienes o recursos – a diferencia de los particulares –²⁵⁵; lo cual se ve de manifiesto en los esfuerzos por asegurar una correcta gestión de los bienes y, sobre todo, de los recursos naturales; teniendo como ejes la sostenibilidad, calidad, conservación y eficiencia, lo que se demuestra en recursos como el agua, las minas o los hidrocarburos.

²⁵³ El profesor Antonio EMBID IRUJO enfatiza la importancia de la utilización racional de los recursos naturales, centrándose en lo que denomina la protección del agua. Así, señala que “los usos que lleven a cabo los particulares de las aguas deben ser «racionales», y la misma decisión pública sobre atribución de usos deberá ser presidida por el criterio de la racionalidad, entendiéndose por tal racionalidad la presente en los proyectos que supongan una mejor utilización del recurso desde el punto de vista de su conservación”. (EMBID IRUJO, Antonio. “Evolución del derecho y de la política del agua en España”. *Óp. Cit.*, p. 66).

²⁵⁴ COLOM PIAZUELO, Eloy. “Dominio Público Hidráulico”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir.). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 650-651.

²⁵⁵ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles. *Óp. Cit.*, p. 49.



CAPÍTULO III

LA NATURALEZA CONCESIONAL DE LA LICENCIA DE USO DE AGUA

3.1. La utilización de aguas pública. II 3.1.1. Tipos de uso de agua. II 3.1.1.1. Los criterios de clasificación tripartitos: los usos comunes, especiales y privativos. II 3.1.1.2. Nuestra posición: usos comunes y especiales. II 3.1.2. La autorización demanial como título administrativo que habilita el uso privativo de menor intensidad de las aguas públicas. II **3.2. La concesión de las aguas públicas.** II. 3.2.1. Aproximaciones a la noción de concesión II 3.2.1.1. La “idea concesional” de VILLAR PALASÍ. II 3.2.1.2. Características de la concesión administrativa. II 3.2.1.3. Los diversos tipos de concesiones administrativas en la práctica contemporánea. II 3.2.2. La naturaleza jurídica de la concesión demanial II 3.2.2.1. La concesión demanial como acto administrativo. II 3.2.2.2. La concesión demanial como contrato administrativo. II 3.2.2.3. El debate en la actualidad: una aproximación a la naturaleza jurídica de la concesión demanial desde la experiencia peruana. II 3.2.3. La crisis en la distinción entre autorizaciones y concesiones demaniales. II **3.3. Los derechos de uso según la normativa de aguas en el Perú.** II 3.3.1. El rol de la Autoridad Nacional del Agua – ANA y las competencias en el otorgamiento de los derechos de uso de recursos hídricos: breve comentario sobre la organización administrativa del agua. II 3.3.1.1. Las Autoridades Administrativas y Locales del Agua (AAA y ALA) II 3.3.1.2. Los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca. II 3.3.1.3. Las Organizaciones de Usuarios de Aguas. II 3.3.2. Los derechos de uso en la LRH. II 3.3.2.1. Las “clases de usos de agua” según la LRH y su Reglamento. II 3.3.2.2. La licencia. II 3.3.2.3. Los permisos. II 3.3.2.4. Las autorizaciones. II **3.4. Las formas de uso privativo de aguas en la legislación extranjera.** II. 3.4.1. El caso español. II 3.4.2. El caso argentino. II 3.4.3. El caso chileno. II **3.5. Conclusiones preliminares. El contexto actual del régimen de aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú: la naturaleza concesional de la licencia de uso.**

Luego de analizar la naturaleza del agua como recurso natural y bien de dominio público dentro de la escala de la publicidad de las cosas, así como las concordancias necesarias en nuestra legislación; corresponde ahora el estudio de la naturaleza jurídica de los títulos habilitantes que se requieren para la utilización del agua, en especial, la naturaleza concesional de la licencia de uso de agua regulada en la LRH.

Para tales efectos, se estudiará la teoría de los usos de bienes del dominio público, tanto las posiciones clásicas como las posiciones y críticas más recientes, en especial lo que refiere a la diferencia entre los títulos administrativos necesarios para dichos fines. El mencionado análisis obliga a detenerse en el estudio de la concesión administrativa, en particular la concesión demanial al ser el agua el objeto de estudio de esta tesis.

Al concluir los mencionados aspectos teóricos, se realizará una aproximación a lo estipulado en la LRH y su Reglamento, a propósito de los derechos de uso allí regulados, así como el rol de la Autoridad Nacional del Agua y el contexto actual del régimen de aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú; ya que tal y como lo señala el profesor Alberto CAIRAMPOMA, la gestión de recursos hídricos en nuestro país “ha resultado un gran desafío debido a los distintos escenarios que se presentan, como por ejemplo la diversidad de fuentes hídricas, de gestores del agua, de prestadores de los servicios de agua y saneamiento, entre otros”²⁵⁶.

Además, se realizará un análisis de las características de la licencia de uso de aguas que determinan su naturaleza concesional en la legislación peruana; y, finalmente, un estudio comparado con las legislaciones en materias de derecho de aguas existente entre ordenamientos jurídicos particulares, los cuales son España,

²⁵⁶ CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y VILLEGAS VEGA, Paul. *Óp. Cit.*, p. 21.

Argentina y Chile. Estas tres realidades extranjeras cuentan con una tradición en el desarrollo de la doctrina y legislación referida a bienes de dominio público y, en particular, a las denominadas aguas públicas.

3.1. La utilización de aguas pública.

Como primer tema central del derecho de aguas destaca el estudio del uso de los recursos hídricos. Ello, en virtud de que “el dominio público se perfila y conforma mediante la convergencia de una serie de fórmulas y elementos que juegan como piezas centrales de la noción jurídica”²⁵⁷, siendo uno de estos aspectos la afectación al uso común o público, como se ha detallado en apartados previos.

El uso de los bienes demaniales dentro de la teoría del dominio público reviste un tema de tradicional envergadura y vigente hasta nuestros días. Según el profesor ESTEVE PARDO, dicha importancia radica en que se ha construido, desde una perspectiva doctrinaria y jurisprudencial, “un sistema acabado y coherente del régimen de uso de los bienes de dominio público, un sistema que no encuentra parangón en el derecho patrimonial privado que hace de la titularidad sobre los bienes y su transmisibilidad, no del uso sobre ellos, su objeto de atención preferente”²⁵⁸.

Además de dicha característica propia del derecho administrativo, el citado autor resalta que aún mayor importancia significa el contenido mismo de la constitución de los derechos de uso sobre los bienes demaniales; ya que “estos derechos adquieren vida propia, emancipándose del bien sobre el que se constituyen, y pueden ser objeto de tráfico jurídico privado: pueden ser transmisibles,

²⁵⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”. En: DE LA CUÉTARA, José Miguel; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis y VILLAR ROJAS, Francisco (Coordinadores). *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011, p. 863.

²⁵⁸ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3ra. edición. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 518.

hipotecables, tienen un valor en el mercado”²⁵⁹. Al respecto, cabe precisar que dichas idean surgen de la realidad española²⁶⁰, en cuyo ordenamiento se permite el tráfico jurídico de los derechos de uso de bienes demaniales, como es el caso de los denominados *mercados del agua*²⁶¹. En la realidad peruana no es admisible la libre transferibilidad de los títulos que habilitan el derecho al uso de dichos bienes, por lo que no se permiten los *mercados del agua*.

Hoy en día, el análisis del uso de aguas revierte especial importancia, toda vez que “los recursos hídricos resultan difícilmente excluibles, lo cual genera que cada usuario prefiera extraer el máximo posible hoy, sin considerar los efectos futuros debido a la posibilidad latente de que otro usuario realice la misma actividad”²⁶². De esta forma, es indispensable el estudio de la teoría del uso de los bienes de dominio público, la cual cuenta con una larga tradición doctrinaria cuyo recuento ayudará a concretizar el presente trabajo.

El uso del dominio público ha sido clasificado en dos grupos claramente diferenciables: por un lado, los usos directos por parte de

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Es conocido que la normativa española ha sido influencia total para el desarrollo del derecho de aguas en países Latinoamericanos, pues tal y como lo señalaron CANO y VARGAS GALÍNDEZ, “con excepción de las tres Guyanas, cuyas leyes responden a sus respectivas legislaciones metropolitanas, y de Brasil, que en pequeña medida se inspira en la tradición legislativa portuguesa, las demás Leyes sudamericanas han recibido importante influencia española” (citado por JORDANA DE POZAS, Luis. *Óp. Cit.*, p. 38). Asimismo, y como asevera el mismo JORDANA DE POZAS, “el influjo español sobre Argentina, Uruguay, Chile, Paraguay, Perú, Ecuador, Bolivia, Colombia y Venezuela opera de dos maneras: a) las Leyes de España para sus Colonias americanas, llamadas Leyes de Indias, rigieron en éstas hasta su independencia, producida en el primer tercio del siglo XIX; y b) las Leyes españolas de aguas de 1866 y 1879, dictadas después de la independencia de los territorios citados, fueron, no obstante tomadas como modelo por la mayor parte de las jóvenes naciones sudamericanas” (JORDANA DE POZAS, Luis. *Óp. Cit.*, pp. 38-39).

²⁶¹ *Vid.*: EMBID IRUJO, Antonio. “Las características del mercado de derechos de agua en España”. En: *Derecho y Ciencias Sociales*. Núm. 9, 2013, pp. 90-110; EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Usos del agua: concesiones, autorizaciones y mercados del agua*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013; y un estudio comparado entre las experiencias chilena y española, lo encontramos en el reciente trabajo: VERGARA BLANCO, Alejandro. “Bases y dogmas que permiten o impiden mercados de derechos de aguas: Mercado en Chile y cuasi mercado en España”. En: NAVARRO, Teresa (Directora). *Mercados de derechos al uso privativo de las aguas en España. Su papel en la gestión de cuencas deficitarias*. Madrid: Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, pp. 135-179.

²⁶² CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y VILLEGAS VEGA, Paul. *Óp. Cit.*, p. 22.

la Administración; y, por otro, los usos por parte de los particulares²⁶³. Al respecto, es el último grupo el que ha generado mayor interés doctrinal, no exento de debates y posiciones encontradas en torno a los elementos que componen su naturaleza jurídica, como su tipología o títulos administrativos que habilitan el uso de los bienes por parte de los particulares.

Sin perjuicio de ello, con relación al uso de los bienes de dominio público por parte de la Administración, el profesor LÓPEZ RAMÓN diferencia dos supuestos: el uso por la Administración de los bienes destinados a los servicios públicos y el uso por la Administración de las reservas demaniales²⁶⁴.

Sobre los bienes destinados al servicio público usados por la Administración, el citado autor señala que “prevalece su tratamiento como una cuestión de orden interno del bien. El dominio público no tiene aquí un carácter altamente instrumental, pues lo importante es la prestación del servicio público”; mientras que el uso de las reservas demaniales “permiten la utilización exclusiva por la Administración de bienes demaniales cuyo aprovechamiento normal consistiría en el uso privativo por los particulares”²⁶⁵.

Asimismo, el uso de los bienes públicos por parte de los particulares reviste mayor importancia, ya que el uso que realiza la Administración de sus bienes no presenta mayor trascendencia, pues “se trata de una utilización normal y corriente por parte del titular del derecho de uso que no plantea especial peculiaridad desde un punto de vista jurídico”²⁶⁶.

²⁶³ Por todos, tomamos como referencia una de la más reciente doctrina: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Óp. Cit., pp. 150-154.

²⁶⁴ Ídem, pp. 150-151.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Óp. Cit.*, p. 141. El mismo autor hace la salvedad respecto a cierto aspecto del uso de los bienes de dominio público (afectos al servicio público) por parte de la Administración que puede plantear dificultades prácticas, afirmando que este sería “el supuesto de la pluralidad de afectaciones, en cuyo caso, habrá de arbitrarse mecanismos de coordinación entre órganos o administraciones para no dificultar la utilización de cada uno de ellos. No

Por lo expuesto, el presente estudio se centrará en el análisis del uso del agua como bien de dominio público por parte de los particulares; para lo cual será necesario realizar un detallado recuento de las posiciones doctrinarias más relevantes respecto a la tipología de los usos de bienes públicos y la visión que se viene formando en los últimos años. Especial interés revisten los títulos que habilitan el uso de los bienes públicos, como las autorizaciones y concesiones demaniales.

Cabe resaltar que este punto es una de las piezas claves de la presente investigación, toda vez que se tratará de elaborar una aproximación a dichas figuras jurídicas con el fin de entender su naturaleza jurídica y un primer acercamiento a su crisis actual, la cual se verá desarrollada cuando se estudie concretamente la concesión demanial. No obstante, al final de este apartado se podrán advertir las bases de la formación de la autorización y concesión demanial como conceptos jurídicos, así como su transformación en la actualidad. Así, podemos advertir con firmeza que, actualmente, no existe una distinción claramente identificable entre la autorización y concesión demanial, llegando a ser consideradas como técnicas prácticamente intercambiables, ya que, en palabras del profesor Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “la evolución legislativa ha terminado por difuminar por completo los límites entre autorización y concesión; no por falta de rigor técnico de las normas, sino por necesidades estrictamente políticas”²⁶⁷.

obstante, conviene tener presente que será el acto de afectación o adscripción el que determinen las condiciones en las cuales se puede producir esta pluralidad de usos, cuál es que dispone de preferencia y qué reglas hay que seguir para los supuestos de conflictos entre ellos”. Ídem, p. 142.

²⁶⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2009, p. 263. Asimismo, el autor afirma que “hay, como hemos visto, múltiples supuestos de autorización que operan en supuestos en los que no preexiste derecho alguno del particular autorizado (p. ej., a importar un producto determinado); pero también existen supuestos de concesiones que operan sobre actividades que no han sido objeto de *publicatio*, esto es, asumidas como propias por la Administración (p. ej. las viejas concesiones para cultivo de arroz); y actividades declaradas servicios públicos que, sin embargo, se ejercitan por los particulares mediante autorizaciones, no mediante concesiones (p. ej. la enseñanza privada, o la distribución

3.1.1. Tipos de uso de agua

Las formas clásicas de utilización del dominio público se basan en la clasificación que, en un inicio, se formuló en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales español de mayo de 1955. En dicho reglamento se distinguían dos criterios diferenciadores: por un lado, el criterio material que diferenciaba entre usos comunes (generales y especiales) y usos privativos; y, por otro lado, el criterio teleológico que distinguía entre usos normales y usos anormales²⁶⁸.

Así, la tradición española ha optado – mayoritariamente – por seguir esta clasificación, diferenciando dos grupos (usos comunes y usos privativos) donde se suele subclasificar los usos comunes en generales y especiales. Sin embargo, ya que dicha distinción sigue un criterio absolutamente legalista de acuerdo con la clásica legislación española; otros ordenamientos o tradiciones jurídicas suelen usar criterios tripartitos (usos comunes, especiales y privativos) o usos bipartitos distinguiendo, por un lado, los usos comunes como usos generales, y, por otro lado, los usos privativos como aquellos que requieren un título habilitante para su ejercicio, sea este de naturaleza autorizacional o concesional.

de electricidad); // la distinción entre ambas figuras en base al carácter más enérgico y continuado de los poderes de intervención que la concesión atribuía a la Administración se ha borrado desde el momento en que la ley ha creado múltiples supuestos de autorización de actividades que habilitan a la Administración para un seguimiento y vigilancia permanentes de su desarrollo, y que otorgan a ésta poderes de intervención más severos y constrictivos que los que se prevén en la generalidad de las concesiones (p. ej. las autorizaciones de entidades de crédito, o de establecimientos de juego). Por todo ello, *las diferencias entre autorización y concesión son hoy meramente convencionales*. El legislador utiliza uno u otra técnica según que pretenda aparentar (meramente aparentar) un nivel de intervención menor o mayor en la actividad controlada; pero la preexistencia o no de un derecho en el patrimonio del particular, el carácter declarativo o constitutivo de una y otro y el carácter más o menos enérgico de las potestades de intervención son extremos que el legislador diseña, después, a su capricho". Ídem, pp. 263-264.

²⁶⁸ GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*. Tesis para optar por el grado de Doctora. La Coruña: Universidade da Coruña, 1993, pp. 202-204.

3.1.1.1. *Los criterios de clasificación tripartitos: los usos comunes, especiales y privativos*

Históricamente, los usos de los bienes públicos se han clasificado en comunes, especiales y privativos; o en comunes y privativos, entendiendo a los usos comunes como generales y especiales. Esta distinción se basa en el criterio de la exclusión de otros privados para el ejercicio del derecho de uso, situación que se manifiesta con el uso privativo o concesional. Como se ha resaltado, este criterio se presenta en el antiguo Reglamento de Bienes de las Entidades Locales español de mayo de 1955.

No obstante, la clásica teoría italiana de los bienes públicos ya usaba esta clasificación, lo cual es posible apreciar en los postulados de Enrico GUICCIARDI (1934), quien señala los usos comunes, especiales y excepcionales. Así también, Santi ROMANO (1937) Francesco D'ALESSIO (1949), Renato ALESSI (1953) y Guido ZANOBINI (1958), coinciden en distinguir los usos de bienes demaniales entre usos normales y usos excepcionales, dividiendo a los primeros en comunes o libres y especiales o condicionados. Así también, parte de la tradicional doctrina alemana también se inclinó por una clasificación tripartita, tales como Fritz FLEINER (1933) quien distingue entre usos públicos, públicos más intensos y aprovechamientos especiales; y Walter JELLINEK (1948), quien señala usos comunes, usos permitidos por licencia y usos concedidos²⁶⁹.

La doctrina española también se ha ceñido a esta clasificación en casi total mayoría, producto de la enorme influencia no solo doctrinaria sino también legislativa, que ejerció el mencionado Reglamento de 1955. A continuación, se expondrá un repaso por los postulados de

²⁶⁹ Se toma como base el notable esfuerzo clasificatorio realizado por Marta GARCÍA PÉREZ, Ídem, pp. 206-207. No obstante, se propone una clasificación diferente a la allí expuesta, que responde a una perspectiva propia de la realidad jurídica latinoamericana, como se podrá observar líneas abajo.

algunos de los autores más representativos de la doctrina española en lo que al tema en cuestión refiere.

Primero, cabe mencionar los trabajos del profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1997 y 2008), quien si bien clasifica a las formas de utilización de los bienes de uso público en uso común (general y especial) y uso privativo; advierte con total lucidez “la imposibilidad de establecer un tratamiento generalizado sobre las formas de utilización de los bienes de dominio público [...] [pues] estarán siempre condicionados por la naturaleza de los bienes: obviamente, no es lo mismo la utilización de una calle o de una playa, que el aprovechamiento de unas minas o de un río”²⁷⁰, afirmación que compartimos en su totalidad.

Sebastián MARTÍN-RETORTILLO definió al *uso común general* como aquel que corresponde libremente a toda persona sin impedir el uso de los demás, excluyéndose toda individualización por parte de los posibles usuarios del bien²⁷¹. Siguiendo las ideas de Otto MAYER, también afirma que el contenido del derecho al uso común general no se agota en las prescripciones legales, ya que “es vano esforzarse [...] en tratar de encuadrar la vida tan varia y rica en matices que discurren en torno a una vía pública, dentro de las fórmulas estrechas de un texto positivo”²⁷². Es así como el uso común general se caracteriza por ser de uso de todos, sin que concurren circunstancias singulares ni intervención administrativa²⁷³.

En contraste, el mencionado autor define al *uso común especial* como aquel donde concurren circunstancias singulares como “peligrosidad,

²⁷⁰ MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Instituciones (...)*. Óp. Cit., p. 423.

²⁷¹ Ídem, p. 424. También señala que “la doctrina ha insistido de modo muy singular en esta circunstancia en concreto: el uso común excluye expresamente toda individualización dentro del posible círculo de usuarios del bien” (MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de Aguas*. Óp. Cit, p. 232).

²⁷² Ídem, p. 426. Cfr. MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán. Tomo III. Parte Especial: el derecho público de las cosas*. 2da. edición. Buenos Aires: Depalma, 1982.

²⁷³ MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Instituciones (...)*. Óp. Cit., p. 427.

especial intensidad del uso, necesidad de permitir la compatibilidad del mismo con otros, etc.”²⁷⁴, las cuales serán causales para que la Administración requiera una autorización previa. Así, MARTIN-RETORTILLO señala que no se alteran las condiciones de un uso común, toda vez que es un uso de todos y sin exclusión para otros²⁷⁵, sino que su “especialidad” radica en la presencia de las circunstancias singulares antes mencionadas.

Por último, para el autor en mención, el *uso privativo* de los bienes demaniales viene a ser la forma “en la que el uso alcanza mayor intensidad, siendo de destacar, con carácter general, el significado económico de los usos privativos. Hay una individualización del usuario y, además [...] la utilización del bien, en principio, limita o excluye la de otros posibles usuarios”²⁷⁶. Es así como estas características determinan la exigencia de una concesión demanial para el ejercicio del derecho de uso privativo de los bienes.

Como segundo autor a estudiar, conviene exponer las ideas del profesor Luciano PAREJO ALFONSO (2004) quien en un trabajo de naturaleza exegética respeta la clasificación de la LPAP española, señalando un uso común, uso especial y uso privativo²⁷⁷. Respecto a los usos comunes generales, el autor señala que dicho uso *libre* debe entenderse en el sentido de que “no precisa de acto administrativo de aplicación que, de cada vez y para cada operación, la legitime [...] [pues] no es ilimitado y no lo es precisamente por corresponder simultáneamente y por igual a todos los ciudadanos”²⁷⁸.

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ Ídem, p. 428. En este mismo sentido cuando señala que en el uso privativo del dominio público, “el titular del derecho de utilización del bien ostenta un auténtico *ius excludendi*, oponible a terceros y, también, a la propia Administración. Característica que es la fundamental del uso privativo de las aguas, resultando totalmente irrelevante el que ese uso sea consuntivo o no” (MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de Aguas*. Óp. Cit, p. 247).

²⁷⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. “El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones”. En: CHINCHILLA MARÍN, Carmen (Coordinadora). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 457-461.

²⁷⁸ Ídem, p. 458.

Respecto al *uso común especial*, también lo define como una variante del *uso común* donde concurren, además de la peligrosidad o intensidad ya señaladas, “criterios ligados, de un lado, a la escasez (insuficiencia del soporte para satisfacer las pretensiones concurrentes de uso común) y, por tanto, a la necesidad de priorización de los usos, y, de otro lado, a la gestión patrimonial (derivación del uso de la obtención de rentabilidad singular)”²⁷⁹. Siguiendo el criterio de la LPAP que detallaremos líneas abajo, PAREJO afirma que se requerirá concesiones para los aprovechamientos especiales únicamente cuando dicho uso vaya a tener una duración superior a cuatro años²⁸⁰.

Asimismo, PAREJO ALFONSO se refiere al *uso privativo* como aquel que “excede del contenido del aprovechamiento especial y es opuesto al común, suponiendo la limitación o, incluso, la eliminación de uno y otro, sin perjuicio de permanecer la afectación del bien al uso general”²⁸¹. Es importante destacar que, respecto a los títulos habilitantes necesarios para ejercer el derecho al *uso privativo*, el autor destaca que puede ser mediante autorización o concesión. Será mediante autorización si el uso privativo no implica una transformación del bien (es decir, ocupación con bienes muebles o instalaciones desmontables), ni excede su duración de cuatro años; y será mediante concesión cuando exceda dicha duración o exista transformación del bien (es decir, se cumpla con obras o instalaciones fijas)²⁸².

²⁷⁹ Ídem, p. 459.

²⁸⁰ Ídem, p. 463.

²⁸¹ Ídem, p. 460.

²⁸² Ídem, pp. 462-463. PAREJO ALFONSO diferencia un uso privativo de características particulares al que denomina *impropio*, y es aquel que solo requiere la autorización para que su derecho sea ejercido. El autor se refiere en los siguientes términos: “Hay limitación y no eliminación del uso cuando el uso privativo es impropio, pues no hay desplazamiento completo de los otros usos: materialmente así es cuando se verifica sin transformación del bien demanial, es decir, con bienes muebles o instalaciones desmontables; y temporalmente, cuando su duración es breve, entendiéndose por tal la que no rebasa cuatro años” Ídem, p. 460.

Lo mencionado demuestra que las tendencias contemporáneas se resisten a la tradicional y poco realista división que relaciona a los *usos especiales* con la autorización y a los *usos privativos* con las concesiones; toda vez que existen variantes que escapan de dichos límites rígidos como son, sobre todo, el grado de intensidad del uso del bien de dominio público. Ello se evidencia en la moderna legislación española (LPAP) al señalar autorizaciones o concesiones como títulos que habilitan, en este caso, los *aprovechamientos especiales*²⁸³, toda vez que estos requerirán concesiones demaniales si su uso o aprovechamiento excede los cuatro años.

Un autor que también clasificó los derechos de uso de los bienes públicos en estricto arreglo del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), sucesor del Reglamento de 1955, es José Antonio LÓPEZ PELLICER (1989); quien formuló conclusiones precedentes a lo que más adelante se regularía en la LPAP.

LÓPEZ PELLICER afirma que el *uso común general* “está sujeto a simples reglas generales de policía, no sólo de orden público, sino también de conservación y utilización del dominio público”²⁸⁴, siendo el *uso especial* “también un uso común que, sin desnaturalizar ni impedir el uso general del dominio público por cualquiera, supone, sin embargo, que un interesado utiliza o aprovecha más que otros determinado bien de dominio público, como consecuencia de su especial relación o localización respecto del mismo”²⁸⁵.

²⁸³ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (España): Artículo 86. Títulos habilitantes.

[...]

2. El **aprovechamiento especial de los bienes de dominio público**, así como su uso privativo, **cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión.**

3. El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.” (Énfasis agregado).

²⁸⁴ LÓPEZ PELLICER, José Antonio. “Uso y aprovechamiento del dominio público local”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Coordinador). *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas, 1989, p. 648.

²⁸⁵ Ídem, p. 647.

De lo anterior, se evidencia que el criterio de diferenciación entre los diversos usos comunes radica en la intensidad del uso, lo cual se muestra como una característica secundaria ante el principio de “uso de todos” que obliga al autor a encasillar ambos usos como comunes, lo que denomina como “usos colectivos”²⁸⁶.

Así también, elabora criterios que buscan ser básicos o esenciales para definir a los *usos comunes*, los cuales son el criterio de igualdad; el principio de compatibilidad de usos (es decir, la concurrencia o, al menos, la no exclusión ni limitación del uso por los demás interesados); el carácter reglado; y, la normalidad del uso.

Sin embargo, la nota más relevante para nuestros fines es la idea que desarrolla alrededor del correcto título legitimador del uso privativo, resaltando el uso de autorizaciones y concesiones en ciertos usos privativos según la propia intensidad del uso, tomando distancia de lo expuesto por la RBEL de 1986, el cual aún regulaba de forma genérica el otorgamiento de autorizaciones para usos especiales y de concesiones para usos privativos²⁸⁷. Así, destaca el régimen que se implantó en Cataluña con la Ley 11/1981, de 7 de diciembre, donde afirma que en base a su autonomía local y potestad de ordenanza o reglamentaria propia, se puede regular que en caso de *usos privativos* que no requieran instalaciones y obras permanentes en cierta porción del bien demanial, “podrían quedar sujetas al régimen y procedimiento más adecuado de las licencias o autorizaciones, sin perjuicio de las condiciones y garantías que el uso público prevalente y la conservación del bien demanial exijan en cada supuesto”²⁸⁸. El comentado deslinde con las clásicas distinciones legislativas²⁸⁹

²⁸⁶ Ídem, p. 650.

²⁸⁷ Ídem, pp. 658-660.

²⁸⁸ Ídem, p. 659.

²⁸⁹ Así, en otro trabajo ya citado, el mismo LÓPEZ PELLICER afirma, con sumo criterio, que “lo que parece excesivo es que el uso privativo, en cuanto puede ser meramente limitativo pero no excluyente, se considere en todo caso sujeto al régimen de la concesión administrativa, no ya en la perspectiva de la praxis administrativa, sino incluso desde el punto de vista jurídico, si se

relacionadas a los títulos habilitantes será clave para entender su actual problemática, considerando que, en ese entonces, aún no se encontraba vigente la LPAP española que ya regulaba estos cambios.

El criterio de la intensidad del uso como diferenciador de los títulos habilitantes para los usos de bienes demaniales se afianza legislativa como doctrinariamente, tal y como también se demuestra en el imprescindible texto del profesor Ramón PARADA (2016)²⁹⁰, quien señala que los títulos habilitantes se exigen al excederse el uso común, para lo cual “el título habilitante consistirá en una *autorización* cuando se trate de un aprovechamiento especial, o cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables, si la duración del aprovechamiento o uso no excede de cuatro años”²⁹¹. Por otro lado, se exigirá una *concesión* cuando se “determine su ocupación con obras o instalaciones fijas o mediante instalaciones desmontables o bienes muebles si la duración del aprovechamiento excede de dichos cuatro años”²⁹².

El autor sigue también la clásica distinción del Reglamento de 1955, lo cual no reviste mayor novedad de lo mencionado²⁹³. Sin embargo, a diferencia de los anteriores, demuestra cierto interés por los problemas ambientales muy presentes en el derecho de los bienes públicos. Así, respecto a la regla de la libertad del *uso común general*, afirma que “hay que entenderla muy relativizada por la creciente

advierte que el citado Reglamento de Servicios – de fecha posterior que el Reglamento de Bienes y con vigencia prevalente sobre éste en virtud del artículo 58,2, del propio Reglamento de Bienes – sujeta a autorización reglada las actividades particulares de interés público que impliquen utilización especial o privativa de bienes de dominio público [...], y que nos aproxima a una solución más flexible y acorde con la realidad de aprovechamientos privativos o limitativos, que en ocasiones ofrecen una importancia menor que en modo alguno justifica la aplicación del régimen concesional”. LÓPEZ PELLICER, José Antonio. “Sobre el uso especial o privativo del dominio público (...)”. *Óp. Cit.*, pp. 749-750.

²⁹⁰ Cabe resaltar que edición de *Derecho Administrativo III – Bienes Públicos y Derecho Urbanístico* que utilizamos para la presente investigación es la decimoquinta, publicada en el año 2016.

²⁹¹ PARADA, Ramón y LORA-TAMAYO, Marta. *Óp. Cit.*, p. 64.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ Otro importante trabajo que también se ciñe al texto normativo español: MOREU CARBONELL, Elisa. “El derecho público de los bienes”. En: BERMEJO VERA, José (Director). *Derecho Administrativo. Parte Especial*. 7ma edición. Navarra: Thomson-Civitas, 2009, pp. 353-407.

preocupación de la defensa del medioambiente, no siempre compatible con esa libertad y uso general [...] por lo que ese uso común se convierte cada vez más en un uso especial, ni libre ni gratuito”²⁹⁴.

Además, a diferencia de lo señalado líneas arriba por LÓPEZ PELLICER, Ramón PARADA considera que la utilización privativa se ciñe a aquellas que “requieren una transformación, una obra definitiva y, por ello, deben estar amparadas por un título más solemne y eficaz: la concesión”²⁹⁵, siendo las autorizaciones el título habilitante propio de los usos especiales; la cual consideramos una clasificación estrictamente ligada a la tradición normativa española, pero que en la actualidad requiere matices adicionales que permitan no encasillar las figuras habilitantes en usos determinados, lo cual parece superado en cierto sentido por lo regulado en la LPAP.

Apreciaciones similares rigen la obra del profesor ESTEVE PARDO, quien destaca, respecto al *uso común*, que “no se trata, en definitiva, de una titularidad comunal, sino de un derecho ligado a la ciudadanía”²⁹⁶. Al igual que PARADA, ESTEVE considera a la autorización como el título habilitante exclusivo de los usos especiales, haciendo énfasis en exigencias jurídicas de protección de los bienes demaniales, como son criterios de sostenibilidad (respetar los usos tradicionales) y la sujeción a evaluación de impacto ambiental de los usos de mayor intensidad²⁹⁷.

Asimismo, respecto a los usos privativos, justifica su planteamiento al señalar que al tratarse “de un uso exclusivo y excluyente de una parcela o porción de un bien de dominio público [...] tiene la

²⁹⁴ PARADA, Ramón y LORA-TAMAYO, Marta. *Óp. Cit.*, p. 66.

²⁹⁵ Ídem, p. 69.

²⁹⁶ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. *Óp. Cit.*, p. 522.

²⁹⁷ Ídem, p. 525.

naturaleza de derecho real, puesto que es oponible a cualquiera²⁹⁸, y el título habilitante que garantiza su uso es la concesión demanial.

No debe ser ajeno a la presente investigación uno de los más recientes esfuerzos por reconstruir la teoría de los bienes públicos a la cual ya se ha hecho referencia a lo largo del capítulo anterior. Nos referimos al trabajo del profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN (2012), quien desarrolla de forma notable una teoría general de las cosas públicas, teniendo como una de las ideas base la ya mencionada “escala de la publicidad de las cosas”. Dentro de dichos planteamientos, el presente trabajo se centra en el análisis de los bienes públicos demaniales, en especial, su utilización.

Al respecto, LÓPEZ RAMÓN señala que los usos comunes son la “vocación básica del dominio público”, tratándose de un derecho cívico gratuito por la misma condición del administrado, los cuales son, por ejemplo, el uso de las aguas superficiales para beber, bañarse; o del mar y su ribera para pescar, pasear, etc.²⁹⁹

Sobre los usos especiales, señala dos características: por un lado, la concurrencia de intensidad, peligrosidad o similares; y, por el otro, la imposibilidad de que existan instalaciones fijas o integradas, solo permitiendo aquellas denominadas “instalaciones desmontables”. Señala también que tradicionalmente vienen sujetos a autorizaciones, pero hace énfasis en los recientes usos especiales que vienen sujetos a “declaración responsable”³⁰⁰. Ejemplos de los usos especiales son la navegación y flotación o el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos, el tráfico de vehículos peligrosos en la vía pública, la instalación de máquinas, toldos o letreros en la vía pública, actividades industriales o comerciales ambulantes, entre otros³⁰¹.

²⁹⁸ Ídem, p. 527.

²⁹⁹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico (...)*. Óp. Cit., p. 152.

³⁰⁰ Técnica del derecho comunitario, la cual en nuestro ordenamiento jurídico es equivalente a las declaraciones juradas.

³⁰¹ Ídem, pp. 152-153.

Con relación a los usos privativos, el profesor LÓPEZ RAMÓN señala que su título habilitante por excelencia son las concesiones demaniales. Ejemplo de estos usos son las aguas públicas para el abastecimiento de poblaciones, regadíos, producción de energía eléctrica (los aprovechamientos hidroeléctricos), instalaciones de acuicultura, aprovechamientos mineros, entre otros³⁰².

En línea de lo expuesto, es oportuno comentar las ideas planteadas por el profesor Julio GONZÁLEZ GARCÍA (2015) en la obra colectiva *Derecho de los Bienes Públicos*, cuya primera edición data del año 2005. En dicho trabajo, siguiendo la clasificación normativa, se diferencia en la utilización de bienes afectos a un servicio público (la cual no reviste mayor trascendencia para los fines de la presente investigación) y la utilización de los bienes de uso común general; diferenciación común en la doctrina española.

El autor clasifica los derechos de uso de bienes demaniales en *usos comunes, aprovechamientos especiales y usos privativos*. Siguiendo la misma línea conceptual de los autores ya estudiados, respecto a los *usos comunes* afirma que estos facultan “un derecho de defensa del carácter público de la utilización de los bienes que se puede alegar, asimismo, frente a restricciones ilegítimas de su uso público y para exigir el acceso a ellos en condiciones de igualdad”³⁰³. Así, al hablar del principio de libertad que caracteriza al uso común, desde una perspectiva actual no se debe olvidar lo expuesto por ESTEVE PARDO respecto a la protección ambiental de los bienes demaniales, cuestión que opera como un límite a la libertad del uso común³⁰⁴.

³⁰² Ídem, pp. 153-154.

³⁰³ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Óp. Cit.*, p. 146. Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 55-56.

³⁰⁴ En similar tenor, vale anotar textualmente, aunque la cita resulte extensa, lo señalado por GONZÁLEZ GARCÍA sobre estas limitaciones, ya que responde a un elemento imprescindible hoy en día al hablar de la utilización de los bienes demaniales; más aún, sobre los usos comunes que basados en su libertad de uso, parecería no revisten mayor problemática o debate, idea de la cual tomamos distancia absoluta: “Precisamente por esta libertad de uso, no hace falta título habilitante alguno para su utilización por parte de los particulares, ya que la posibilidad de uso

Sobre el *aprovechamiento especial*, GONZÁLEZ GARCÍA también pone de manifiesto que la actual regulación de la LPAP distingue el otorgamiento de la autorización únicamente en caso de ocupación con instalaciones desmontables o bienes muebles; y concesión demanial en caso el uso exceda los cuatro años. Así, el autor resalta que, en principio, el otorgamiento de las autorizaciones para el ejercicio de usos especiales es de carácter reglado, para lo cual también se toma de base lo dispuesto por el Tribunal Supremo español:

“Una reiterada y constante jurisprudencia ha venido proclamando, insistentemente que las licencias municipales no son actos discrecionales, sino reglados; que no sólo es reglado el acto de la concesión, sino también el contenido de los mismos; y que la licencia, como técnica de control de una determinada normativa no puede desnaturalizarse y convertirse en medio de conseguir, fuera de los cauces legítimos, un objetivo distinto; que, en definitiva, la licencia debe ser concedida o denegada en función de la legalidad vigente, sin que puedan exigirse otros requisitos ni condicionamientos distintos de los que aparezcan autorizados por dicha legalidad – Sentencias de 3

por parte de todos proviene directamente de la ley. La única limitación que surge es la recogida en el art. 86.1, que son “las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción y en las disposiciones que sean de aplicación”. Libertad de uso que obliga a comportamientos de carácter cívico que se proyecta sobre todos los bienes pero, en particular, sobre aquellos que tengan un componente ambiental en su naturaleza, como las aguas marinas o terrestre, en donde el deber de preservación tiene un alcance más considerable.

De esta forma surgen dos limitaciones de carácter general a la utilización de los bienes demaniales: por un lado, las derivadas de comportamientos que puedan ser considerados realizados en abuso de derecho [...] En segundo lugar, aparece la regulación administrativa sobre uso, que determinará las condiciones que puedan entrar dentro de este tipo de utilización y las cautelas que habrá que incluir para la protección de los bienes y la función que se presta con ellos. En relación con esta cuestión hay que recalcar dos aspectos importantes: por un lado, el papel relevante que tienen los instrumentos de planificación para la determinación de usos. El caso de las aguas posiblemente sea el más claro, dado que el plan es el que determina las modalidades de uso, pero no es el único, dado que también será de aplicación la normativa urbanística.

Pero, además, la propia Administración puede imponer ciertas limitaciones para este tipo de utilizaciones, unas motivadas por el interés general, tales como las derivadas del orden público o de la conveniencia de establecer otra modalidad de utilización. Otras encuentran su razón de ser en el establecimiento de medidas de protección de los bienes o de las funciones que cumplen los mismos” GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Óp. Cit.*, pp. 146-147.

de marzo de 1975; 19 de enero de 1976; 19 de junio de 1979; 10 de enero de 1980; 14 de mayo y 15 de junio de 1981”³⁰⁵

Sobre el *uso privativo*, GONZÁLEZ GARCÍA señala que “el elemento determinante de esta modalidad de uso es la exclusividad y, por consiguiente, la exclusión de los demás en el acceso a esa porción del dominio público, con independencia de que sea consuntivo o no del bien público”³⁰⁶. Asimismo, al momento de reproducir la regulación de la LPAP respecto a los títulos habilitantes necesarios para ejercer el derecho de uso privativo de los bienes demaniales, destaca la “asimetría” de los dispuesto en su artículo 86; de lo cual se desprende que, dependiendo de la intensidad del uso, los usos privativos también requerirán autorizaciones o concesiones.

En conclusión, luego de este breve recuento doctrinario se puede deducir que parte de las más autorizadas opiniones del derecho de bienes públicos español, tras ciertos cuestionamientos sobre la realidad de los títulos habilitantes de los derechos de uso, ha seguido la clasificación normativa, primero del Reglamento de 1955; y, recientemente, de la LPAP. De esta forma, se evidencia también que no queda claro cuándo requerir autorizaciones o concesiones, – problema que deriva de su regulación en la LPAP–. Ello, pues algunos autores señalan que los usos especiales requieren solo autorización, mientras otros aseveran que también se podría requerir concesión si su uso excede los 4 años. Por otro lado, respecto a los usos privativos sucede una variedad de opiniones similares, ya que es un consenso que el título por excelencia que habilita dicho uso es la concesión demanial, bajo algunas excepciones que afirman la posibilidad del otorgamiento de autorizaciones en caso exista una menor intensidad

³⁰⁵ TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO – MADRID. STS 7377/1989. Sentencia: 15 de diciembre de 1989, p. 2. Consulta: 28 de diciembre de 2018. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>

³⁰⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Óp. Cit.*, pp. 148.

del uso. Es allí donde los límites entre los usos especiales y privativos se desdibujan³⁰⁷; al igual que el de ambos títulos habilitantes.

En esta línea, queda claro que la misma regulación española, a pesar de mantener una tradición jurídica rígida respecto a los tipos de usos, prácticamente ha difuminado los límites existentes entre las autorizaciones y concesiones, ya que no revisten mayor distinción respecto a su tratamiento en los usos especiales y privativos; y la única noción que las mantiene “distintas” es su misma tradición jurídica práctica, es decir, la cotidianeidad de su diferenciación.

3.1.1.2. *Nuestra posición: usos comunes y especiales*

Si bien la influencia española ha sido evidente en el resto de la doctrina, esta se ciñe a la clasificación que el legislador realizó tanto en el Reglamento de 1955 como en la LPAP, lo cual obedece a una época determinada y a una realidad distinta a la latinoamericana, lo cual resulta adecuado mencionar.

En primer lugar, cabe destacar los avances de la doctrina alemana respecto al derecho de los bienes públicos, ya que su tradición jurídica ha sido una histórica influencia en autorizadas voces españolas y latinoamericanas, como puede ser el caso del ya mencionado jurista argentino Miguel MARIENHOFF³⁰⁸. En esta línea, se resalta el profundo interés de la doctrina alemana específicamente en lo que refiere a la clasificación de los *usos de los bienes públicos*, llegando a asegurar

³⁰⁷ Cierta sector de la doctrina española ya advertía estos problemas años atrás, al señalar que “desde algún tiempo la doctrina acerca de la concesión y de la autorización refleja una situación de inestabilidad”. MEILÁN GIL, José Luis. *Óp. Cit.*, p. 80.

³⁰⁸ “Los usos de que son susceptibles las cosas del dominio público se dividen en dos grandes grupos: “*comunes*” y “*especiales*”, que difieren entre sí no sólo por la índole del aprovechamiento, sino también por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios” (MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Óp. Cit.*, p. 277).

que en su regulación reside el mayor interés del derecho de las cosas públicas, tal y como afirmaba Franz MERLI (1989)³⁰⁹.

La teoría alemana de las cosas públicas clasifica dichos usos en, por un lado, comunes; y, por el otro, especiales o privativos. Respecto a los primeros, en tenor similar a las definiciones españolas, autores como Hans-Jürgen PAPIER (1998) o PAPPERMANN, LÖHR Y ANDRISKE (1987) consideran al uso común como un derecho subjetivo de carácter no absoluto, el cual puede ser ejercido por cualquier persona sin requerimiento de títulos habilitantes por parte de la Administración³¹⁰.

Respecto al uso de aguas, el derecho alemán lo considera como un ejemplo atípico de las cosas destinadas al uso común, debido a las múltiples limitaciones a causa de las regulaciones de protección del medio ambiente; por lo que tal y como señalan Reiner SCHMIDT y Wolfgang KAHL (2010), esta misma preocupación por la protección del agua obliga a considerar sus usos privativos de mayor interés y relevancia³¹¹.

Sobre los usos especiales o privativos, son aquellos que exceden los usos comunes; requiriendo de forma obligatoria algún título habilitante para poder ejercer el derecho a uso. Dichos títulos pueden ser las autorizaciones o concesiones, dependiendo de la duración e intensidad del uso³¹².

Por otro lado, en el contexto latinoamericano, Miguel MARIENHOFF (1971) se refirió al uso de las aguas públicas dividiéndolo en usos comunes y usos especiales, los cuales “difieren entre sí no sólo por la

³⁰⁹ BOBES SÁNCHEZ, Ma. José. “Derecho alemán de las cosas públicas”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (Coordinadores). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 122.

³¹⁰ Ídem, p. 123.

³¹¹ Ídem, p. 124.

³¹² Ibidem. Sobre usos privativos, el autor señala los estudios de Winfried KLUTH (2013) y Steffen DETTERBECK (2012).

índole del aprovechamiento, sino también por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios”³¹³. Así, la definición que formula sobre los usos comunes no difiere de lo señalado por la doctrina española (aunque MARIENHOFF se apoya en ideas italianas y alemanas), añadiendo que los principales derechos comunes son “beber, bañarse y lavar ropa, abreviar el ganado, patinar en zonas congeladas, navegar y pescar, y en general todos aquellos que no disminuyen o alteran sensiblemente la cantidad y calidad del agua pública”³¹⁴.

Respecto al uso especial, con acierto, MARIENHOFF lo definió como aquel que “únicamente pueden realizar aquellas personas que se encuentren en las condiciones que al efecto exige la ley”³¹⁵. Asimismo, señaló que “el uso especial del agua no tiene por objeto, en forma principal e inmediata, satisfacer necesidades físicas indispensables para la vida misma, sino aumentar la esfera de acción y el poderío económico del hombre”³¹⁶.

Es así como el jurista argentino clasificó los derechos de uso de bienes públicos, en este caso, del agua; en dos grupos prácticos cuyo criterio diferenciador es la existencia de un requerimiento legal, ya sea concesión o autorización. La necesidad de uno u otro título dependerá de la intensidad o trascendencia del uso³¹⁷.

De lo expuesto, es evidente que las clasificaciones de los usos de bienes demaniales responden a un contexto y exigencias particulares,

³¹³ MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación (...)*. Óp. Cit., p. 543.

³¹⁴ Ídem, p. 544. Toma como base autores como MAZZA, A. (1899-1900), FLEINER, Fritz (1933) y MAYER, Otto (1903-1906). También en MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo (...)*, Óp. Cit., p. 283.

³¹⁵ MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación (...)*, Óp. Cit., p. 562. También en MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo (...)*, Óp. Cit., p. 305.

³¹⁶ MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación (...)*, Óp. Cit., p. 562.

³¹⁷ MARIENHOFF afirma que “dada su naturaleza, el “permiso” de uso tiene aplicación en supuestos carentes de mayor trascendencia o importancia; por ejemplo: autorización para extraer agua de un río mediante el empleo de bombas para el servicio del motor de una fábrica; autorización para usar la playa marítima o fluvial con casillas o establecimientos de baño; etc.”. Ídem, p. 566.

las cuales requieren ser reelaboradas o, como mínimo, repensadas, debido a los cambios sociales o naturales tales como “la definición de los contornos de un derecho humano al agua o la determinación de la naturaleza jurídica de los vertidos en tanto uso del dominio público hidráulico”³¹⁸.

A nuestro criterio, dentro de la clasificación tripartita de usos del dominio público, los usos comunes especiales denotan cierta confusión debido a su proximidad a los usos privativos ³¹⁹, consecuencia de ello es la intercambiabilidad de títulos habilitantes para ambas categorías en el sistema jurídico español. Por dicho motivo, consideramos que, si se asume como criterio de clasificación la simple obligatoriedad legislativa de algún título habilitante, y se centra la reflexión y análisis en el caso de los usos privativos, los cuales requerirán autorizaciones o concesiones; se podrá reducir confusiones y contextualizar mejor la clasificación según nuestra realidad.

Bajo esta premisa, como primer tipo de uso de bienes públicos se encuentran los usos comunes. Estos se definen como un derecho colectivo, es decir, mientras no se afecte la calidad y condiciones de abastecimiento del recurso o bien, puede ser usado por cualquier persona sin exclusividad; y con independencia de su nacionalidad o de cualquier otra referencia como edad, sexo, etc.³²⁰

En el caso particular de las aguas, los usos comunes son aquellos de carácter básico necesarios para situaciones cotidianas de las personas, como beber, bañarse, regar plantas, pescar, etc. Y es justo

³¹⁸ MARTIN, Liber. *Derecho de aguas (...)*. Óp. Cit., p. 130.

³¹⁹ En similar tenor, Cfr. GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., p. 209. “La peculiaridad del uso especial ha sido, efectivamente, una de las principales quiebras de la clasificación tradicional, tanto por su falta de homogeneidad a causa, sobre todo, de su carácter cambiante o relativo, como por su cercanía a la categoría del uso privativo”.

³²⁰ Sobre ello, Cfr. EMBID IRUJO, Antonio. “Usos comunes del agua”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: lustel, 2007, p. 950.

esta necesidad del uso que la convierte en un “derecho natural” en el sentido de su habitualidad³²¹.

Tal y como hemos mencionado, el uso común se diferencia del uso privativo principalmente por la no obligatoriedad de un título administrativo que habilite el ejercicio del derecho; sin embargo, podría haber lugar a ciertas excepciones que denotan el requerimiento de una autorización³²² absolutamente reglada³²³ que demuestra el cumplimiento de requisitos mínimos para el uso. Por ejemplo, las autorizaciones necesarias para pesca, navegación o vertidos. Esta excepción sería lo más cercano a los *usos comunes especiales* que señalan la normativa y doctrina españolas; solo que como se ha podido notar, su categorización conlleva a confusiones en la diferenciación de las autorizaciones y concesiones demaniales en los usos privativos.

En este extremo, coincidimos cuando Marta GARCÍA PÉREZ define a los usos comunes como libres, públicos y gratuitos; señalando también que

“en los casos en que por motivos de policía demanial o general se exija una previa constatación por la Administración de ciertos requisitos, estaremos igualmente ante una utilización común del dominio público – porque no excluye en uso por parte de los demás –, aunque por motivos de policía demanial sea controlada por los poderes públicos,

³²¹ Al respecto, autoriza doctrina española señala que “probablemente no se pretende con la expresión “derecho natural” conectar con la teoría de los derechos naturales, sino con el hecho de lo “natural” (en el sentido de lo usual, habitual, no artificioso). Ibidem.

³²² Cfr. MARTÍN, Líber. *Derecho de aguas (...)*. Óp. Cit., p. 131. “El hecho de que se repute por principio libre y gratuito [...] no obsta a que ciertas utilidades requieran de una autorización o permiso especial, tal como ocurre con el caso de la pesca o la navegación, que normalmente requieren, además, algún desembolso pecuniario, lo que no alcanza para configurar un excepción cabal los sentados principios de libertad y gratuidad, que informan los usos comunes, manteniéndose dentro de lo que puede considerarse como una reglamentación razonable de su ejercicio”.

³²³ Sobre las autorizaciones regladas, clásica doctrina española, tomando como base cierta jurisprudencia, señala que en esos casos “la Administración no es libre para decidir si otorga o no otorga una licencia ya que, las leyes y reglamentos la indican y ordenan cuándo debe otorgarla y cuándo negarla”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. 9na. edición, Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 143.

a través de la exigencia de autorización previa. Se trata de una autorización de otorgamiento *reglado*, en el sentido de que la Administración se limita a constatar que el autorizado cumple determinados requisitos. La autorización es, en este caso, la declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad³²⁴

Dicha autorización tiene un carácter reglado y su objetivo solo es constatar ciertos requerimientos especiales para el uso, de ninguna forma significa una limitación al derecho de uso ni determina su exclusión por parte de otros. Entonces, cabe interrogarse si nos encontramos ante un uso común en los términos desarrollados por la tradición española, ya que para el otorgamiento de dichas autorizaciones regladas pueden presentarse elementos como la peligrosidad o intensidad de uso.

Como venimos sosteniendo a lo largo del presente apartado, el fin de clasificar a los derechos de uso de bienes demaniales en dos grandes grupos –comunes y privativos–; responde a mitigar las confusiones respecto a los títulos habilitantes necesarios entre los denominados usos comunes especiales y usos privativos. Por ello, incluso exigiéndose una autorización *reglada*³²⁵, el uso sigue siendo común sin matices, “porque la regla de libertad ha de entenderse dentro de los límites y con las limitaciones que cualquier derecho subjetivo

³²⁴ GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., p. 221.

³²⁵ Cabe mencionar que GARCÍA PÉREZ hace referencia a los usos comunes en caso se exijan determinadas cualidades al usuario, señalando que “la normativa reguladora de los usos del dominio público exige con relativa frecuencia determinadas cualidades al usuario, como por ejemplo estar en posesión de una licencia que autorice al uso (licencia de circulación y conducción), estar inscrito en un registro administrativo (carnet de mariscador ...), etc. Normalmente son razones de policía económica, medioambiental o semejantes que nada tienen que ver con la utilización del dominio público en sí misma, sino que velan por la protección de otros intereses en juego. Por ello, preexiste en los particulares un verdadero derecho a ejercer el uso y a obtener el permiso o las licencias oportunas (carácter reglado de su otorgamiento) si reúnen los requisitos establecidos por las Leyes y Reglamentos. Se trata, por tanto, de licencias de policía que se limitan a remover los límites u obstáculos impuestos por la Ley al ejercicio del derecho”. Ídem, p. 258.

conlleva en un Estado social”³²⁶, toda vez que la misma naturaleza del derecho común exige ciertos estándares para adecuar su utilización.

Sobre lo que denominamos la vigencia de esta categoría, toda vez que su construcción jurídica se originó en el contexto decimonónico para satisfacer usos realmente diarios y domésticos en una economía diferente a la actual; diversos elementos como la escasez del agua y la intensidad de su uso, los problemas medioambientales y la definitiva predominancia de las zonas urbanas, hacen que sea cada vez más difícil hablar de un uso común para simples labores domésticas³²⁷.

Esta variación, también notoria en su contenido, ha hecho cada vez más relevante los llamados usos recreativos, relacionados sobre todo con el concepto de “calidad de vida”³²⁸. Así, “el tema de los usos recreativos explica que el agua, además de para beber, producir bienes y energía o regar, sirve también para *el ocio y sobre todo para general calidad*”³²⁹.

En resumen, los usos comunes se caracterizan por la no obligatoriedad de título habilitante para su ejercicio, a excepción de aquellos que denoten la necesidad de una autorización reglada que sirva para corroborar exigencias mínimas. El uso común se basa, también, en la no exclusión de otros para el aprovechamiento del bien. Asimismo, su concepto no es estático y ha ido mutando adecuándose a su contexto; ya que actualmente es cada vez más difícil hablar de verdaderos usos comunes como aprovechamientos, generalmente, en los mismos cauces, por lo que han adquirido mayor importancia los usos recreativos, también de naturaleza común. Ello evidencia que

³²⁶ Ídem, p. 257.

³²⁷ Cfr. MARTIN, Liber. *Derecho de aguas* (...). Óp. Cit., pp. 132-133.

³²⁸ Ídem, p. 133.

³²⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “Usos recreativos”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 970.

el debate actual se centra, predominantemente, en el estudio de los usos privativos.

Luego del estudio de los usos comunes de bienes demaniales, es lugar de centrar nuestra atención en los usos privativos. Su principal característica, a diferencia de los primeros, es la obligatoriedad de un título habilitante, sea autorización o concesión; así como la exclusión del uso a otros particulares.

Coincidimos con GARCÍA PÉREZ, cuando señala que cuatro elementos principales definen de forma esencial a la utilización privativa: exclusividad, permanencia, intensidad y rentabilidad. Sobre la exclusividad resalta la exigencia de un título como autorización o concesión; la permanencia supone a la ocupación del dominio público por instalaciones fijas o desmontables y a la duración necesario del mismo; la intensidad significa la exclusión a otros particulares de uso a aprovechamiento; y la rentabilidad hace referencia a una utilización productiva del bien demanial, es decir, cumpliendo ciertas expectativas económicas del particular³³⁰.

Tradicionalmente, los usos privativos han requerido, exclusivamente, la obtención de una concesión demanial. Así se ha podido comprobar de la clásica doctrina española, la cual deriva en gran parte de su legislación. No obstante, resulta obsoleto mantenerse en dicha exclusividad³³¹, toda vez que la realidad ha demostrado la existencia de autorizaciones que garantizan un verdadero derecho de uso privativo, claro está, aún de intensidad menor a la otorga una concesión demanial³³².

³³⁰ GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., pp. 293-294.

³³¹ Así también se evidencia de las reflexiones realizadas por los destacados juristas españoles: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. "Inscripciones y autorizaciones industriales". En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 52, 1967, pp. 423-425; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. "Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias". En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 24, 1957, pp. 146-159; VILLAR PALASI, José Luis. "La eficacia de la concesión y la cláusula sin perjuicio de tercero". En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 5, 1951, pp. 147-151.

³³² Cfr. GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., p. 295.

De ahí que los tradicionales usos comunes especiales tengan mayor cercanía con los usos privativos que con los comunes propiamente dichos, ya que la autorización de dichos usos conlleva a la exclusión de otros particulares para su uso, manifestándose por lo general en el estacionamiento de materiales o instalaciones de naturaleza accesoria, no fija o desmontables, al punto de que un sector de la doctrina la califica como una “concesión menor”³³³.

Así, el otro título en mención es la concesión, el cual en palabras de Fernando LÓPEZ RAMÓN es “el título habilitante por excelencia de los usos privativos”³³⁴. Respecto al aprovechamiento de las aguas, se ha señalado que “ningún privado podrá utilizar los respectivos recursos sin una previa concesión administrativa, la cual se otorgará con fines distributivos de recursos escasos de alta significación económica y social, desde la perspectiva de su mejor utilización social”³³⁵. Ejemplos de los usos privativos son los aprovechamientos hidroeléctricos, abastecimiento de poblaciones, uso agrícola, regadíos, aprovechamientos mineros, etc.

En resumen, consideramos que la mencionada clasificación de usos de bienes demaniales en comunes y privativos facilita la comprensión de los mismos, pues tienen como criterios básicos de distinción la obtención de un título habilitante y la intensidad del uso. Es así lo expuesto por GARCÍA PÉREZ trata de dejar de lado la tradicional relación entre los usos comunes especiales con las autorizaciones y los usos privativos con las concesiones, así como la confusión

³³³ Ídem, p. 296. Cfr. también, GARCÍA PÉREZ, Marta. “La naturaleza jurídica (...)”. Óp. Cit., pp. 339-340; donde la autora señala que “lo cierto es que, con frecuencia, lo que se califica de uso especial es realmente un uso privativo, y la autorización de que habla el ordenamiento jurídico no es más que una concesión, podría decirse expresivamente “menor”, porque habilita un uso menos intenso y permanente que la concesión propiamente dicha. En el primer caso, se tratará de aprovechamientos consuntivos o del estacionamiento de materiales o instalaciones de carácter desmontable o accesorio en el dominio público; en el segundo caso, estaremos ante una ocupación permanente e intensa, mediante obras e instalaciones fijas del demanio”.

³³⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico (...)*. Óp. Cit., p. 154.

³³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...)* Tomo II. Óp. Cit., p. 150.

doctrinaria y práctica que esta genera. Ello, debido a que sus supuestos límites se desdibujan en la actualidad, ya que hoy en día es posible requerir tanto autorización como concesión demanial para el uso privativo del bien³³⁶.

Sin embargo, no resulta sensato siquiera pretender que dicha aproximación no revista excepciones. Si bien consideramos que esta clasificación disminuye conflictos sobre figuras jurídicas como los títulos habilitantes, es inevitable que existan situaciones atípicas que escapen de los amplios límites que proponemos, y es allí donde radica la riqueza del derecho, pues no es una ciencia estática y requiere constantemente repensar las instituciones, clasificaciones y postulados jurídicos de acuerdo con su determinado tiempo y finalidad.

3.1.2. La autorización demanial como título administrativo que habilita el uso privativo de menor intensidad de las aguas públicas

Explicada nuestra posición sobre la tipología de usos de bienes públicos –en especial, de las aguas–; resulta lógico estudiar la figura de la autorización, la cual representa el título habilitante³³⁷ necesario para usos privativos de menor intensidad –o lo que la normativa española denomina *usos especiales*–.

Actualmente, “la autorización sigue siendo uno de los más característicos instrumentos de intervención administrativa, que se aplica en un amplio espectro de la actuación pública: desde el control

³³⁶ HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. *Óp. Cit.*, p. 13.

³³⁷ Siguiendo a ARROYO JIMÉNEZ, entendiéndolo al título habilitante desde un sentido amplio, lo podemos definir como “la técnica jurídico-administrativa a través de la cual se invierte en el caso concreto una prohibición relativa”, llegando a considerar que “el concepto de título habilitante solo se aplicaría allí donde la prohibición relativa se invierte a través de una decisión procedente de la Administración pública, esto es, allí donde la norma que establece la prohibición relativa vincula su inversión en el caso concreto al ejercicio de una potestad administrativa”, lo que el autor citado denomina “*decisión administrativa habilitante*” (ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 328-332).

de ejercicio de actividades privadas, hasta determinados aprovechamientos del dominio público”³³⁸, entre otros.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la autorización se puede definir como “un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente”³³⁹.

Por su parte, ARROYO JIMÉNEZ clasifica a la autorización como un tipo de *decisión administrativa habilitante*, destacándola como “un invento genial, puesto que permite compatibilizar el desarrollo de las actividades socialmente deseables con el necesario control de los riesgos potenciales que éstas puedan presentar respecto de intereses públicos relevantes”³⁴⁰, elaborando así un concepto de autorización – dentro del ámbito del Derecho administrativo común europeo– que responda a las siguientes notas definitorias: “(i) levantar en el caso concreto una prohibición relativa; (ii) consistir en una decisión de la Administración pública; y (iii) poner fin a un procedimiento de control de la adecuación del proyecto de actividad a los requisitos y condiciones a los que la regulación general somete su inicio”³⁴¹.

Así también, LAGUNA DE PAZ, desde un análisis que considera a los diversos tipos de autorización, lo cual hace de su estudio sobre este tema uno de las más completos; señala que

“la autorización es un acto mediante el que la Administración realiza un control preventivo de la legalidad u oportunidad (I) del ejercicio de una actividad en régimen de libre iniciativa (autorizaciones de policía),

³³⁸ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 31.

³³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo II*. Óp. Cit, p. 137.

³⁴⁰ ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Óp. Cit., pp. 374-375.

³⁴¹ Ídem, pp. 432-433.

(II) de aprovechamientos cualificados del dominio público (autorizaciones demaniales) (III) o de la propia competencia (autorizaciones competenciales)”³⁴²

Así, se desprende que la autorización administrativa se caracteriza por ser una forma de intervención de la Administración³⁴³, por la existencia de una prohibición y, en algunos casos, por la preexistencia de un derecho³⁴⁴. Estos presupuestos devienen de los esfuerzos por realizar una construcción teórica de la naturaleza jurídica de las autorizaciones administrativas por los clásicos juristas Otto MAYER y Oreste RANELLETTI.

Por un lado, MAYER señala que la autorización es un acto administrativo que levanta las prohibiciones previamente establecidas por Administración mediante normas de policía, una vez se compruebe que el ejercicio de cierta actividad no producirá perturbación alguna sobre el buen orden de la cosa pública^{345 346}. Por

³⁴² LAGUNA DE PAZ, José Carlos. “La Autorización Administrativa: Entre la Escala del Dogmatismo y la Caribdis del Relativismo”. En: *La autorización administrativa. La administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy: Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007, p. 27-28. Con mayor detalle, en LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Óp. Cit., pp. 35-38.

³⁴³ Al respecto, MUÑOZ MACHADO señala que “la autorización es el instrumento jurídico más característico de que disponen las Administraciones públicas para verificar preventivamente que una determinada actividad, que los ciudadanos pretenden desarrollar, se adecua a la legalidad” (MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas. En: *Revista Española de la Función Consultiva*. Núm. 14, 2010, p. 85).

³⁴⁴ Sobre la preexistencia de un derecho como característica principal, autorizada doctrina ha señalado que “el cambio de perspectiva expuesto exige, pues, formular un nuevo concepto de autorización capaz de comprender todas sus diferentes variedades, sin perjuicio de una especificación posterior de ese concepto genérico en base a las peculiaridades estructurales y funcionales de cada uno de los tipos. **Esto no supone abandonar totalmente la idea clásica del derecho preexistente, que sigue jugando un importante papel en relación a cierto tipo de autorizaciones (las de carácter reglado), sino solo prescindir de él como elemento definitorio general, papel que ya no puede seguir desempeñando**” [énfasis agregado] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo II*. Óp. Cit, p. 137.

³⁴⁵ Cfr. MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán. Tomo II: Parte Especial. Poder de Policía y Poder Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

³⁴⁶ MUÑOZ MACHADO afirma que, para MAYER, la autorización policial es una forma de restablecimiento de la libertad, cito textualmente: “OTTO MAYER, al estudiar la autorización policial o *Polizeierlaubnis*, sostuvo que su esencia consistía en el levantamiento de una prohibición policial que había sido establecida previamente pero con reserva de autorización, una vez comprobado que el ejercicio del derecho no perjudica al orden público o a los intereses generales. En este sentido, la autorización policial la entiende MAYER como un restablecimiento

otro lado, es RANELLETTI quien indica como presupuesto básico de la autorización la preexistencia de un derecho subjetivo, la cual permite su libre ejercicio al remover los límites que el interés público opone al ejercicio de dicho derecho³⁴⁷.

De esta forma, luego de posteriores impulsos dogmáticos que han sido reseñados con mayor profundidad por autorizadas voces³⁴⁸, el propio LAGUNA DE PAZ propone una caracterización general de la autorización administrativa, definiéndola como “un acto administrativo que declara el derecho a la realización de una actividad en régimen de libre iniciativa o a un aprovechamiento del dominio público, previo control de su legalidad u oportunidad”³⁴⁹. Por lo tanto, serían tres los elementos principales que conforman, desde una visión moderna, la naturaleza común de las autorizaciones administrativas: 1) acto administrativo, 2) control preventivo de un específico interés público regulado; y, 3) los principios de legalidad, libertad y eficacia³⁵⁰.

Luego de este breve recuento sobre la teoría moderna de las autorizaciones administrativas, centraremos nuestro análisis en el

de la libertad (*Wiederherstellung der Freiheit*)” (MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 86).

³⁴⁷ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo II*. *Óp. Cit.*, p. 135.

³⁴⁸ Al respecto, Cfr. el valioso trabajo ya citado: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. *Óp. Cit.*, pp. 112-127. También, Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. “XIV La actividad regulatoria de la administración”. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 210-213. Recuperado de: <http://publicacionesoficiales.boe.es>. Un breve pero valioso resumen de algunos aportes de la clásica doctrina española a la figura de la autorización y su diferencia con otras técnicas, en COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. *Autorizaciones y concesiones en el derecho colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 35-40.

³⁴⁹ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. *Óp. Cit.*, p. 53.

³⁵⁰ Al respecto, es importante mencionar que el sometimiento de una actividad a previa autorización, es decir, a un examen que evalúe el cumplimiento de ciertos requisitos o condiciones; no significa una reducción de la libertad, sino que garantiza un orden, tal y como claramente señala el profesor LAGUNA DE PAZ: “someter una actividad a previa autorización no es disminuir la libertad, sino ordenarla. Como ha señalado una reiterada jurisprudencia, la autorización administrativa no es contraria a la libertad económica y, por lo tanto, tampoco a la libertad de empresa. La iniciativa privada – que puede ser ampliamente ordenada –, puede también ser supeditada a previa habilitación administrativa, en garantía del interés general. Con todo – como cualquier otra intervención pública –, la exigencia de autorización ha de tener su fundamento en la ley y resultar un medio necesario, eficaz y proporcionado para proteger los intereses implicados” Ídem, p. 67.

tipo³⁵¹ que nos interesa: las autorizaciones que habilitan el uso del dominio público. Como se ha expuesto, existen dos tipos de autorizaciones que habilitan el uso de bienes demaniales; por un lado, las autorizaciones regladas propias para los usos comunes, en las cuales la Administración solo se limita a “constatar o comprobar que el uso se ajusta a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público y a los demás preceptos de carácter general”³⁵². Por otro lado, y la que mayor atención requiere por su proximidad a la concesión, son las llamadas autorizaciones demaniales discrecionales, aquellas que habilitan un verdadero uso privativo, es decir, que limitan y excluyen el uso de los bienes de dominio pública a otros interesados.

Al respecto, es conocido el debate relacionado a la naturaleza constitutiva o declarativa de estas autorizaciones demaniales. LAGUNA DE PAZ toma como base la existencia del derecho al *uso común especial* y afirma que la “consecuencia natural es que la autorización demanial no tiene carácter constitutivo del derecho al aprovechamiento, sino meramente declarativo. Esto no significa amparar cualquier pretensión de uso especial del dominio público, sino solamente aquellas que entren dentro de los márgenes de la ordenación legal”³⁵³.

Sin embargo, no compartimos totalmente dicha posición; toda vez que consideramos que se ajusta a la definición de la autorización para los *usos comunes*, mas no para los usos privativos – según los criterios que venimos defendiendo a lo largo de nuestra tesis –. Así también,

³⁵¹ Clásica doctrina española clasificó a las autorizaciones en: 1) autorizaciones simples y autorizaciones operativas; 2) autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento; 3) autorizaciones regladas y autorizaciones discrecionales; 4) autorizaciones personales, reales y mixtas. Sobre todos ellos, menciona que “importa, pues, advertir desde ahora que cada uno de estos criterios no es incompatible con los demás. Por el contrario, todos ellos se combinan de una u otra manera y contribuyen a definir, así combinados, el régimen jurídico de cada autorización en concreto” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo II*. Óp. Cit., p. 138.

³⁵² GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., pp. 227.

³⁵³ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Óp. Cit., p. 150.

el autor desarrolla dicha idea para las autorizaciones que habilitan los *usos comunes especiales*, categoría que según hemos visto, carece de límites diferenciables con los usos privativos propiamente dichos.

Ello, ya que el tradicional *uso común especial* no es, técnicamente, un uso común; pues “en realidad, es una categoría más próxima al uso privativo”³⁵⁴. En consecuencia, difícilmente podríamos afirmar la preexistencia de un derecho a un uso privativo, ya que justamente su característica principal es la exclusión de otros interesados; ante lo podemos afirmar que la intervención administrativa es más constitutiva del derecho que un simple reconocimiento del mismo³⁵⁵. En este sentido, coincidimos cuando FERNÁNDEZ ACEVEDO señala que:

“nadie tiene derecho a efectuar un uso potencialmente peligroso o intensivo del dominio público, pues ello supone, en alguna medida, limitar las posibilidades de utilización de los demás interesados, lo que claramente se opondría a la afectación del bien [...] el esquema autorizatorio clásico diseñado por RANELLETTI no resulta de aplicación a las autorizaciones demaniales toda vez que, como se dijo, en línea de principio nadie tiene derecho a realizar un uso especial o un uso privativo del dominio público [...] por tanto, salvo excepciones la autorización demanial no se limita a declarar que el concreto aprovechamiento cuyo ejercicio se pretende no contradice el Ordenamiento jurídico, sino que crea o constituye un derecho a favor

³⁵⁴ GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., pp. 228.

³⁵⁵ En esta línea, también FUENTETAJA PASTOR: “la autorización en ocasiones no se refiere solamente a derechos subjetivos preexistentes, sino que en ocasiones lo que subyace a la autorización no es otra cosa que la libertad general de actuación de los particulares por su mera vinculación negativa a la ley. Además, al menos en los casos de limitación del número de autorizaciones que se puedan otorgar, ya dijimos que la intervención administrativa más parece constitutiva del derecho que mera reconocedora de aquél” (FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 160, 2003, p. 103).

de un sujeto conforme a criterios de interés público, sin perjuicio de que dicho derecho se repute más o menos inestable”^{356 357}.

Dentro de la legislación peruana de aguas, entre la nomenclatura de los títulos habilitantes que esta denota, uno de los más cercanos a una *autorización de uso privativo* sería la Autorización de uso de agua³⁵⁸, la cual consiste en un uso relativamente intenso y de corta duración – 2 años, prorrogable por un plazo similar. Según la data mencionada por el profesor CAIRAMPOMA, al 2014 se entregaron un total de mil doscientos cuarenta y cuatro (1,244) autorizaciones de uso de agua en el Perú³⁵⁹.

En resumidas cuentas, toda clasificación obedece a su tiempo y responde a sus propias exigencias sociales y económicas. Ello significa que las relaciones de los individuos con los recursos naturales o bienes en general se desarrollan en constante evolución, por lo que las tradicionales clasificaciones (como los usos especiales) no tienen por qué forzar a encasillar nuevas realidades³⁶⁰, como en

³⁵⁶ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. “Utilización de los bienes y derechos públicos: estudio de su régimen jurídico (artículos 84 a 109)”. En: MESTRE DELGADO, Juan Francisco (Director). *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*. El Consultor – La Ley Actualidad, 2004, p. 887. Citado por: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Óp. Cit., p. 145.

³⁵⁷ En similar tenor, cuando afirma que “la autorización demanial, aunque se repute inestable, es siempre constitutiva de un derecho a favor de un particular conforme a criterios de interés público”. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones administrativas de dominio público*. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 140. Tampoco debe obviarse el trabajo de Eva DESDENTADO, quien afirma que “por un lado, se ha puesto de manifiesto que, en numerosas ocasiones, la autorización no se limita a liberar la actuación de los particulares de unos obstáculos que impedían el ejercicio de sus facultades, sino que su actividad tiene un carácter constitutivo al crear las propias facultades o, al menos, el marco en que los particulares pueden ejercer aquellas [...] pues, nadie tiene, en principio, derecho subjetivo alguno al uso privativo del dominio público” DESDENTADO DAROCA, Eva. *El precario administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones de precario*. Navarra: Aranzadi, 1999, pp. 66-70. En esta línea, también FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Óp. Cit., pp. 102-107.

³⁵⁸ Art. 89 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos peruana.

³⁵⁹ CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y VILLEGAS VEGA, Paul. Óp. Cit., p. 28.

³⁶⁰ Por ello, ya clásicos juristas españoles advertían desde hace más de 50 años el debilitamiento de la tradicional figura autorizacional. Por ejemplo, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ mencionó que “todo este proceso ha desembocado en una crisis del esquema tradicional de la autorización que justifica, en principio, la crítica frontal del concepto que ha sido recientemente formulada en nuestra doctrina [...] Se impone, por tanto, el empleo de un método analítico, prescindiendo de generalizaciones y de convencionalismos y pretendiendo averiguar cuál es el sentido concreto, el alcance y la finalidad de las libertades formalmente declaradas y de la policía económica que las condiciona y limita. Hacer una invocación genérica a las declaraciones

este caso son las autorizaciones que habilitan algunos usos privativos³⁶¹. En consecuencia, la utilización privativa en la actualidad reviste diversas características como exclusión o rentabilidad, y la concesión administrativa no tiene que ser el título habilitante que necesariamente garantice su ejercicio³⁶².

3.2. La concesión de las aguas públicas.

Dentro de los títulos administrativos que habilitan el uso de las aguas públicas, aquel por excelencia destinado a los usos privativos, por la intensidad y larga duración que lo caracteriza, es la concesión demanial. Sin embargo, consideramos necesario realizar ciertas aproximaciones al actual concepto de concesión, cuyas bases doctrinarias tienen lugar en las reflexiones del profesor VILLAR PALASÍ, cuya búsqueda de una idea unitaria de concesión se mantiene vigente más de medio siglo después. Actualmente, la naturaleza jurídica de la concesión y la unidad de su régimen jurídico aún es un tema de constante debate y reflexión, no solo a nivel doctrinario sino también legislativo.

Hoy en día, el modelo concesional es considerado como una herramienta para llevar a cabo y fortalecer determinadas políticas

constitucionales es quedarse en la superficie del problema y renunciar a comprender los términos reales en que éste está planeado”. Óp. Cit., p. 243-245. Asimismo, conviene revisar las reflexiones planteadas por MARTÍN MATEO, Ramón. “Silencio positivo y actividad autorizante”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 48, 1965, pp. 212-215; o el ya citado de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo II*. Óp. Cit., pp. 135-137.

³⁶¹ Desde una perspectiva genérica, el profesor MUÑOZ MACHADO se refiere al debilitamiento de la diferencia entre la concesión y las nuevas técnicas de habilitación en los siguientes términos: “Pero también esta diferencia conceptual se ha ido borrando a lo largo del tiempo. Por ejemplo, en un sistema jurídico de referencia para nosotros como es el francés, se ha hecho manifiesto el desdibujamiento de las características originarias de la concesión. Las Administraciones públicas comenzaron a emplear otras técnicas de habilitación para que los ciudadanos y empresas pudieran encargarse de la prestación de servicios públicos o actividades de interés general de titularidad administrativa. Se utilizaron, en tal sentido, indistintamente con la concesión, algunas otras figuras como los conciertos, las empresas de capital mixto o las propias autorizaciones administrativas. Por otra parte, las autorizaciones administrativas, como se ha indicado, experimentaron una gran diversificación en pocos años, de forma que se desnaturalizó la institución y era difícil distinguirla de la concesión en muchas de sus aplicaciones”. MUÑOZ MACHADO, Santiago. “XIV La actividad regulatoria de la administración”. *Tratado de Derecho Administrativo (...)*. Óp. Cit., pp. 212-213.

³⁶² GARCÍA PÉREZ, Marta. “La naturaleza jurídica (...)”. *Óp. Cit.*, p. 350.

públicas en las cuales es necesario que agentes privados cooperen en la colaboración de intereses generales³⁶³.

Una vez contextualizada la figura, nos centraremos en las concesiones demaniales, sus características, naturaleza jurídica y cómo ha sido entendida también en el ordenamiento jurídico peruano, para finalmente repasar los principales fundamentos que permiten distinguir entre las concesiones y autorizaciones demaniales para los fines de usos del demanio hidráulico.

3.2.1. Aproximaciones a la noción de concesión

El estudio de la concesión administrativa tiene una larga tradición jurídica³⁶⁴, a través de la cual ha sido objeto de múltiples interpretaciones, muchas de ellas totalmente opuestas; de tal forma que el jurista Jean-Marie AUBY llegó a afirmar que “en el derecho francés había pocos términos tan anfibológicos como el de concesión”³⁶⁵.

La concesión se puede entender desde dos clásicas perspectivas: el concepto amplio y el concepto estricto³⁶⁶. Algunos autores³⁶⁷

³⁶³ GIMENO FELIU, José María. “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”. En: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Núm. 74, 2018, p. 13.

³⁶⁴ Sobre los datos históricos del estudio de la concesión administrativa, recomendamos el más reciente estudio del profesor cubano MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Santo Domingo: Jurídica Internacional EJI, 2018, pp. 31-51. Un primer estudio breve del citado autor se puede encontrar en MATILLA CORREA, Andry. “Concesiones Administrativas”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y RODRÍGUEZ, Libardo (Directores). *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) / Comares, 2015, pp. 429-431.

³⁶⁵ AUBY, Jean-Marie. “La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946”. En: *Cahiers de Documentation Juridique*. Nros. 7 et 8, Octobre et Novembre, 1929, Électricité de France-Gaz de France, Paris, p. 3. Citado por: MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., p. 51.

³⁶⁶ En la doctrina peruana, revisar el trabajo del profesor ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada”. En: *Themis, Revista de Derecho*. Núm. 39, 1998, pp. 101-102.

³⁶⁷ MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., pp. 68-71.

rescatan, incluso, un concepto aún más restringido, sobre todo derivado de la gran escuela del servicio público francés.

El concepto amplio de la concesión toma como elemento esencial la creación de nuevos derechos a favor de los particulares o beneficiarios. En palabras del profesor ZEGARRA VALDIVIA, según su acepción amplia, “la concesión administrativa sería el acto o contrato administrativo que “crea”, a favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo, o que le transfiere un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carece absolutamente”³⁶⁸.

Esta definición ha sido defendida por autores clásicos como Santi ROMANO, Guido ZANOBINI o George JELLINEK, destacando en la tradición española las aproximaciones de Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO ³⁶⁹ . Sin embargo, esta definición conlleva a que prácticamente cualquier creación de derechos *ex novo* sea considerada como una concesión, llevando el concepto a límites totalmente ajenos a la figura, ya que estrictamente las autorizaciones o derechos sucesorios también serían considerados como concesiones.

Ante ello, en uno de los trabajos clásicos más importantes sobre la materia, Fernando ALBI tuvo bien a decir que

“ahora nos enfrentamos con una denominación caracterizadamente administrativa, casi exclusivamente administrativa, que como consecuencia de la penuria verbal que lamentamos ha tenido que aplicarse profusamente por la legislación y la doctrina, de consumo, a un conjunto de instituciones de tan escasa coincidencia esencial que en muchos casos solo es posible aproximarlas, en una elaboración sistemática, forzando exageradamente el razonamiento”³⁷⁰

³⁶⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Óp. Cit., p. 101.

³⁶⁹ Cfr. FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*. Tomo II, 2da edición, Barcelona: Bosch, 1931.

³⁷⁰ ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960, p. 502.

En otras palabras, la definición de concesión como, básicamente, la creación de nuevos derechos; resulta inútil para los fines prácticos de la figura jurídica. Así, algunos autores, trabajaron en buscar las diferencias entre las concesiones y figuras afines, como, por ejemplo, las autorizaciones; como los mencionados RANELLETTI o MAYER, cada uno con sus particularidades.

Por otro lado, desde un sentido estricto o restringido, la concesión es “un acto o contrato administrativo que otorga al particular el derecho o goce de una cosa o competencia del ente público, o bien el acto o contrato administrativo que transfiere al particular derechos propios de la Administración”³⁷¹. En similar tenor, MATILLA afirma que

“la Administración Pública concedente transmite al concesionario, en virtud del acto de concesión, el ejercicio – pero no la titularidad – de la actividad que los tiene como objeto. Situación ésta que no ocurre en el caso de las llamadas *concesiones de personalidad jurídica, de títulos honoríficos, patentes* y otras que se han pretendido incluir en la definición extendida, en las que no hay ningún otorgamiento o movimiento de la gestión de actividades propias del ente administrativo”³⁷².

Entonces, según la concepción estricta, el elemento clave de la concesión es el otorgamiento o transferencias de derechos propios de la Administración Pública a privados. A ello también hacía referencia Fernando GARRIDO FALLA al afirmar que “la concesión surge allí donde la Administración se reserva la titularidad de una actividad con prohibición a los particulares del libre ejercicio de la misma [por lo que] no se concibe como uno más entre otros posibles modos de gestión [...], sino como algo consustancial al sistema”³⁷³.

³⁷¹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Óp. Cit., p. 102.

³⁷² MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., p. 64.

³⁷³ GARRIDO FALLA, Fernando. “Privatización y reprivatización”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 109, 1986, pp. 13-14.

Sin embargo, hoy en día estas concepciones parecen ir perdiendo consistencia toda vez que se va dejando de lado la relación necesaria entre la concesión y la declaración legal de una actividad como pública, es decir, la *publicatio*; sobre lo cual trataremos líneas abajo. Es así como actualmente se exige buscar otros patrones que clarifiquen el contenido de la concesión, sobre todo, ante la ligereza de los operadores jurídicos en atribuir figuras jurídicas a situaciones que no se enmarcan en los límites lógicos que estas mismas configuran, ya sea por tradición o por simple error y descuido³⁷⁴.

3.2.1.1. *La “idea concesional” de VILLAR PALASÍ*

Las concepciones antes señaladas, demuestran un esfuerzo por buscar la unidad en la definición de concesión. Uno de los trabajos más notables y fundantes al respecto tiene como autor a José Luis VILLAR PALASÍ; y aunque ahora existan diferencias por parte de algunos autores debido a la evolución propia de la figura jurídica, es innegable la influencia que dicho trabajo ha tenido en el desarrollo de la doctrina sobre la concesión.

En primer lugar, VILLAR PALASÍ define al “procedimiento concesional” como “la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia atribuida a la Administración pública, o más concisamente, la investidura de una función pública”³⁷⁵. Lo mencionado encaja puramente en una definición estricta de la concesión. Sin embargo, lo planteado por el citado autor tiene la vocación de no extinguirse con

³⁷⁴ El profesor Alejandro VERGARA BLANCO reconoce este mismo problema en el contexto chileno, al señalar que “el legislador nacional no ha sido consistente con una u otra línea conceptual, utilizando técnicas normativas ambiguas o equívocas, conservando la calificación de “concesión” o “autorización” por razones de inercia histórica antes que por coherencia conceptual. En otras palabras, sea cual fuere la terminología que adopte la legislación, ello no escapará a que el jurista pueda enmarcar, dogmáticamente, la situación respectiva dentro de una técnica u otra”. En: VERGARA BLANCO, Alejandro. “El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional”. En: *Servicio Público y Policía*. Buenos Aires: El Derecho, 2006, pp. 61-62.

³⁷⁵ VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 687.

el paso del tiempo³⁷⁶, quien resalta que a pesar de la ampliación de las funciones atribuidas al Estado y sus consecuencias en las ideas concesionales formando nuevas figuras jurídicas aparentemente inclasificables, no son sino “formas variadas de expresar un mismo fenómeno”³⁷⁷, lo cual muestra “la energía potencial tremenda de la idea concesional, adaptable a cualquier tiempo y Estado, y que en su noción raíz ha sobrevivido a veinte siglos”³⁷⁸.

La notable construcción de la “idea concesional” es definida por su autor en los siguientes términos:

“La idea concesional se manifiesta como dirigida políticamente a hacer compatibles dos principios contrapuestos, relativo el uno a la necesidad de hacer públicas actividades privadas, y atinente el otro al respeto a la iniciativa particular [...] La concesión se ha manifestado como la fórmula más ágil hallada por la Administración pública en su incesante anhelo de nuevas formas organizatorias, con los mínimos peligros que toda vinculación multilateral del Estado implica respecto a la creación, como ha dicho FORSTHOFF, de un pluralismo político”³⁷⁹

Vale la pena detenernos sobre los peligros que advierte el autor y su significado actualmente. Sería facilista señalar que la concesión administrativa no reviste peligros para la Administración, o que estos pueden pasar inadvertidos, ya sea en el marco de la actividad administrativa de limitación de la iniciativa privada o, mas aún, cuando nos referimos a la contratación pública. Al respecto, desde una perspectiva moderna, se pueden identificar claramente críticas contra

³⁷⁶ Al respecto, señala: “Estas adaptaciones de la idea matriz son necesarias, porque el Derecho, como ha dicho LUPESCU, no tiene la oscilación uniforme del péndulo, ni una evolución rectilínea, porque puede y debe inspirarse, no sólo en la voluntad individual, en la medida en que deberá comprender lo más íntimo de las relaciones sociales, sino que busca todavía más, se esfuerza por seguir las transformaciones del medio, transformaciones que en nuestros días están lejos del esplendor de la autonomía”. Ídem, p. 693.

³⁷⁷ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”. En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonomía*. Núm. 243, 1989, p. 567.

³⁷⁸ VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 693.

³⁷⁹ Ídem, p. 695.

la *contractualización del derecho administrativo* desde una preponderancia o dominación de la Administración, una “venta de derechos soberanos” propia de la desregulación o privatización, o el aumento del peligro de corrupción³⁸⁰. Así también, si hablamos de la actividad administrativa de limitación y, sobre todo, del otorgamiento de títulos habilitantes para el ejercicio de una actividad, existen riesgos ambientales que pueden ser generados por la sobre explotación del recurso o por el uso de grandes industrias, como sería el caso de algunas concesiones demaniales.

Es así como, si bien la idea concesional es una respuesta brillante, tanto desde su construcción dogmática hasta su impacto en las políticas públicas, no puede desconocerse sus riesgos e inconsistencias propias de una aplicación irresponsable y de un manejo inadecuado de los recursos.

Así las cosas, y volviendo a la teoría de la *idea* concesional, VERGARA BLANCO señala que la *publicatio* fue la explicación adecuada para la época del Estado de Bienestar; y que, actualmente, ante los servicios abiertos a la competencia, un sistema basado en el principio la subsidiariedad y el relego de la intervención estatal por parte de la actividad privada; ya es hora de repensar la aplicación de dicha figura³⁸¹. Sin embargo, resulta indispensable referirnos, aunque de forma muy escueta, al trabajo de VILLAR PALASÍ, pues es a partir de allí que se va formando la teoría moderna de la concesión administrativa, adaptando los matices de su definición unitaria a las exigencias de cada tiempo y realidad.

³⁸⁰ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. “Contractualización del derecho administrativo”. En: MONTAÑA PLATA, Alberto y RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván (editores). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 724-725.

³⁸¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. “El nuevo servicio público abierto a la competencia (...)”, *Óp. Cit.*, p. 62.

3.2.1.2. *Características de la concesión administrativa*

Buscar nociones comunes a las diversas expresiones jurídicas de la concesión puede parecer un esfuerzo poco práctico debido al actual tratamiento totalmente diferenciado entre estos: por un lado, la contractualización de las concesiones de obra pública y de servicios públicos; y, por el otro, la exclusión de las concesiones de dominio público del espectro contractual del estado, relacionándola más con la explotación de recursos naturales.

Entonces, parece que nos referimos a figuras completamente distintas, con regímenes jurídicos distintos que solo tienen en común el título de *concesión*. Si bien no es objetivo de la presente investigación establecer un concepto unitario de la concesión y estudiar cuidadosamente cada tipo, sí consideramos necesario desarrollar una aproximación al concepto de concesión que es dentro del cual se enmarca nuestro objeto de estudio: la concesión de dominio público, especialmente, de aguas.

Dicha esta salvedad, señalamos que actualmente la figura concesional ha evolucionado a tal punto de que solo podemos hacer el esfuerzo de mencionar elementos mínimos comunes presentes en toda concesión, lo cual no debe ser entendido como una elaboración conceptual general de la *concesión administrativa* como tal; puesto que cada tipo concesional se define dentro de sus propias características y particularidades.

De esta forma, una propuesta de características de la concesión administrativa, es decir, elementos mínimos comunes a todo tipo de concesión, sin perjuicio de existir notables posiciones contrarias a alguna de estas, son:

a) Se rige bajo el derecho administrativo:

Desde cualquier perspectiva, la concesión se manifiesta en una relación entre la Administración Pública con un privado. Esta relación depende, en gran medida, de las condiciones que la primera señala y evidencia en un acto administrativo que, según el caso, se perfecciona mediante un contrato administrativo. Así, por ejemplo, el profesor Alejandro VERGARA BLANCO define a la concesión como “una técnica administrativa que posibilita al Estado entregar a un particular, derivativamente, una actividad de obra pública, servicio público o el aprovechamiento de bienes nacionales”³⁸². De esta forma, para el citado autor, la previa publicación del bien o actividad económica, es decir, la declaración de un bien o actividad económica como público por parte del Estado; es elemento clave de la concesión.

En este sentido también se expresan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ al señalar que actualmente las concesiones “operan a partir de una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente”³⁸³. Asimismo, doctrina contemporánea como BLANQUER CRIADO, define a las concesiones administrativas como “títulos habilitantes que se refieren a actividades económicas típicamente públicas por corresponder su titularidad a la Administración, confiriéndose su ejercicio a un particular, que así ve ampliada su esfera de actuación”³⁸⁴.

Coincidimos con Andry MATILLA cuando señala que la concesión se somete al régimen jurídico-administrativo, destacando el carácter

³⁸² VERGARA BLANCO, Alejandro. “El nuevo servicio público abierto a la competencia (...)”, *Óp. Cit.*, p. 58.

³⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo II*. *Óp. Cit.*, p. 137.

³⁸⁴ BLANQUER CRIADO, David. *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 544.

público de la misma, cita que, aunque extensa, vale la pena reproducir:

“la concesión administrativa es un acto que disciplina una relación jurídica concreta entre la Administración Pública y un sujeto (concesionario), cuya naturaleza material o sustancialmente administrativa parece indiscutible. Esa naturaleza administrativa, viene determinada por el segmento funcional (la función administrativa) en que se desenvuelve la relación concesional; por la finalidad inmediata (el interés general) que mueve al acto de concesión; por el nexo directo de dicho acto con la respuesta a ciertas necesidades de la colectividad que la Administración Pública debe atender como garante fundamental; y por la naturaleza pública del objeto sobre el que ella recae (obra, bien y servicios públicos), el cual pertenece en titularidad a la Administración Pública concedente y no pierde el carácter de público ni ésta pierde esa titularidad a pesar de la concesión administrativa”³⁸⁵.

Cabe resaltar que la concesión administrativa es una clara manifestación de las actividades tanto prestacionales como de garantía de la función administrativa. Respecto a la actividad prestacional, la concesión de servicios públicos, tradicionalmente, ha sido la fórmula más utilizada para la gestión de servicios públicos³⁸⁶. Así también, una de las características fundamentales de la concesión administrativa es el papel protagonista del concesionario, donde la Administración solo garantiza que dicha actuación se realice en respeto de los intereses públicos y principios establecidos³⁸⁷, lo cual es una evidente muestra de la actividad de garantía³⁸⁸. De esta forma,

³⁸⁵ MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., pp. 95-96.

³⁸⁶ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Óp. Cit., p. 442.

³⁸⁷ ESTEVE PARDO, José. “La Administración garante. Una aproximación”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 197, 2015, p. 20. Para un estudio más completo, ver, del mismo autor: *Estado garante: idea y realidad*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

³⁸⁸ Sobre la actividad administrativa de garantía, el profesor alemán MAURER señala que esta “se diferencia de la antes mencionada actividad administrativa de prestación en que en ella el Estado no proporciona por sí mismo prestaciones a favor de los ciudadanos, sino que se limita a garantizar que sean otros – en especial, empresas privadas – quienes las provean. Se trata de una función administrativa relativamente nueva, propiciada por las privatizaciones de los últimos

la concesión de obra pública o la concesión demanial son técnicas jurídicas que evidencian, también, el repliegue de la administración a una posición donde su prioridad no es la prestación, sino “la responsabilidad de garantía de esas prestaciones por un sector privado que se ha fortalecido y racionalizado en los últimos tiempos”³⁸⁹. Es así como el despliegue e interrelación de ambas actividades administrativas es evidente en cada aspecto de la concesión.

No obstante, si bien la figura concesional se rige por las instituciones del derecho administrativo, ello no significa que dichas disposiciones son exclusivas o impiden la intervención de otras áreas de estudio en su regulación, procedimiento o ejecución. Por ejemplo, será indispensable emplear elementos del derecho civil, laboral o empresarial al momento de la elaboración y ejecución de los contratos de concesión, además de herramientas financieras para ciertas cláusulas.

b) Su carácter constitutivo:

Con influencia de la clásica doctrina italiana, VILLAR PALASÍ señala que “la concesión se configura como el acto administrativo creador de derecho, *ex novo*”³⁹⁰; diferenciando, a su vez, su naturaleza constitutiva o traslativa.

años y décadas. En su virtud, el Estado transfiere o confía al sector privado, al mercado y a la libre competencia, determinadas actividades de procura existencial antes prestadas por él mismo, debiendo asegurar, sin embargo, a través de los mecanismos apropiados, que tales actividades, al ser necesarias para la población, son desarrolladas por las empresas privadas en una medida suficiente y de un modo adecuado. El Estado, por tanto, debe intervenir en el mercado, regulándolo. Es por eso que a este fenómeno se le conoce también como el “Derecho administrativo regulatorio”. Sus ejemplos habituales son las telecomunicaciones, el suministro de energía, los servicios postales y el transporte por ferrocarril”. En: MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 53. También citado por ESTEVE PARDO, José. “La administración garante. Una aproximación”. *Óp. Cit.*, pp. 23-24. Asimismo, sobre la formación del concepto de estado garante como reacción a la crisis de sostenibilidad del Estado social, revisar el trabajo de los profesores DARNACULLETA, Mercè y TARRÉS, Marc. ““Adelgazamiento” del Estado y modernización administrativa. A propósito del Informe “*Schlanker Staat*””. En: *Autonomies*, Barcelona, Núm. 26, 2000, pp. 335-347.

³⁸⁹ ESTEVE PARDO, José. “La administración garante. Una aproximación”. *Óp. Cit.*, p. 39.

³⁹⁰ VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 696.

Actualmente, consideramos que dicha clasificación ha perdido vigencia, ya que todas las concesiones, debido a la propia *publicatio*, se caracterizan por permitir a los privados ejecutar obras públicas, gestionar servicios públicos o usar y aprovechar bienes de dominio público, definiendo así su carácter traslativo. Además, toda concesión otorga derechos *ex novo*, ya que el particular tendrá una esfera de derechos y obligaciones más amplia al producirse la transferencia de facultades que originariamente pertenecían a la Administración³⁹¹, por lo que se configura también su carácter constitutivo.

En otras palabras, “concesión traslativa” y “concesión constitutiva” no son conceptos excluyentes, sino que ambos son elementos esenciales de la definición moderna de la concesión administrativa. Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario tener presente que “la Administración concedente conserva la titularidad del servicio y del dominio público y, con ella, las potestades de policía necesarias para asegurar el cumplimiento de las condiciones de la concesión, la prestación regular del servicio y la indemnidad del bien”³⁹².

Asimismo, no podemos dejar de mencionar los casos difíciles donde realmente existe un derecho a la ocupación del dominio público, como ocurre en algunos supuestos del aprovechamiento de minas o del dominio hidráulico. Sin embargo, y como analizaremos con mayor detalle al hablar de las concesiones demaniales, ello no condiciona la existencia de un derecho del privado a convertirse en concesionario, ni mucho menos obliga a la Administración a otorgar la concesión. No

³⁹¹ Cfr. ENTRENA CUESTA, Rafael. “Las licencias en la legislación local”. En: *Revista de Estudios de la Vida Local*. Núm. 107, Año XVIII, 1959, p. 650; VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*

³⁹² LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. *Óp. Cit.*, p. 85. Ya antes, con similar tenor, el profesor ZEGARRA VALDIVIA señaló que “la concesión pertenece al grupo de actos administrativos que amplían la esfera de los particulares. Sin embargo, dicha característica no implica que la Administración renuncie a sus competencias propias y exclusivas, ya que ellas forman parte de su esencia, siendo por lo mismo indelegables. Las facultades que el particular recibe son las estrictamente necesarias para la explotación de la obra o la prestación del servicio, manteniendo la Administración sus poderes de control y supervisión”. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Óp. Cit.*, p. 104.

negamos que existe una disminución de la discrecionalidad de la decisión pública, pero ello no implica, bajo ningún supuesto, un carácter reglado del otorgamiento de la concesión³⁹³.

c) Se sustenta en un interés general:

El interés público o general es un concepto transversal en la disciplina jurídica y, con mayor trascendencia, en el Derecho Administrativo³⁹⁴. En particular, el interés general define a la concesión, toda vez que prevalece sobre cualquier interés individual, lo cual se ve reflejado en su régimen jurídico y en las cláusulas que rigen su ejecución, de ser el caso.

Según ZEGARRA VALDIVIA, dicho interés es de condición predominantemente económica, mediante el cual la concesión reviste un doble carácter: el de servicio público y el de una empresa industrial “que entraña la compensación económica al concesionario por las onerosas cargas que la concesión le impone”³⁹⁵.

d) Toda concesión nace de un acto administrativo, en ciertos casos perfeccionado mediante la técnica contractual:

En primer lugar, la concesión se caracteriza por la relación entre la Administración Pública, que hace la vez de concedente, y los particulares, que hacen la vez de concesionarios. En ciertos casos, para que la concesión surja como tal, se necesita la aprobación de ambos actores, consentimiento que algunos autores afirman se materializa en un contrato administrativo o en un acto administrativo. La doctrina especializada no ha logrado establecer un consenso en

³⁹³ Cfr. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., pp. 99-104.

³⁹⁴ Sobre el concepto y sus variantes terminológicas, véase el clásico trabajo del profesor ESCOLA, Jorge. *El interés público, como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, 264 pp. Un estudio contemporáneo, por todos, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Interés general, derecho administrativo y estado de bienestar*. Madrid: lustel, 2012, 239 pp.

³⁹⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Óp. Cit.*, p. 102.

este tema, el cual estudiaremos a detalle en el apartado de la naturaleza de la concesión demanial.

A grandes rasgos, cabe resaltar que algunos autores defienden la tesis de la bilateralidad como factor determinante en la definición de concesión³⁹⁶. De esta forma, la concesión también se entiende como una fórmula de colaboración público – privada³⁹⁷, dando lugar a las denominadas Asociaciones Público-Privadas, cuyo estudio excede los límites de la presente investigación^{398 399}.

³⁹⁶ Al respecto, el profesor uruguayo Enrique SAYAGUÉS LASO, afirma que “es de toda evidencia que la concesión constituye un acto bilateral. La concesión como acto que produce efectos jurídicos surge recién cuando se opera el acuerdo de ambas voluntades: de la administración y el concesionario”. SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Montevideo: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1974, p. 77. Citado también por MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., p. 103.

³⁹⁷ Sobre ello, revisar imprescindible doctrina española: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. “La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”. En: *Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, 2015, pp. 178, GIMENO FELIU, José María. “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y CPP”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 156, 2012, pp. 17-57; BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La colaboración público-privada institucional”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Núm. 37, 2010, pp. 93-138; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. “Contrato de colaboración público-privada”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 170, 2006, pp. 7-39. Desde la literatura en inglés, revisar, por su claridad e importancia, HODGE, Carsten, Graeme E. HODGE y Anthony E. BOARDMAN (Editors): *International Handbook on Public-Private Partnerships*. UK y Northampton, MA, USA: Edwar Elgar Cheltenham, 2010, 631 pp. Desde una perspectiva de la legislación peruana, véanse los trabajos de BACA ONETO, Víctor y ORTEGA SACO, Eduardo. “Los esquemas contractuales de colaboración pública privada y su recepción en el derecho privado”. En: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*, Núm. 13, 2013, pp. 33-49; y HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal”. En: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*, Núm. 13, 2013, pp. 12-32.

³⁹⁸ Sobre ello, MATILLA señala que “la concesión administrativa ha venido siendo un instrumento de colaboración público-privada, *un modèle de partenariat public-privé* (al decir de GUETTIER), para el alcance, vía una empresa económica, de fines públicos. Es un mecanismo de cumplimiento de fines públicos, a través de la atracción, para el desempeño de cometidos públicos, de capitales, recursos, inversiones, en fin, de un sujeto y su actividad económica (clásicamente, un privado), diferente del titular de lo concedido”. MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., p. 104.

³⁹⁹ Sin embargo, resulta oportuno señalar que en el Perú no existe una diferencia radical entre las concesiones y las APP, caso contrario de la realidad española, donde se establece un régimen especial que diferencia a las APP del clásico contrato de concesión (al respecto, se señala que “para aquellos casos en que el objeto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado comprenda la realización de obras y su explotación, debemos llamar la atención sobre la inexistencia, en tales casos, de un derecho de explotación equivalente al que caracteriza la remuneración en el contrato de concesión de obras públicas [...] en resumen, en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no hay terceros ajenos a las partes (usuarios) a quienes se traslade la carga de sufragar la remuneración del contratista”, BERNAL BLAY, Miguel Ángel. Voz: “Contrato de concesión de obras públicas”. En: BERMEJO VERA, José y BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *Diccionario de Contratación Pública*. Madrid: Iustel, 2009, pp. 171-172). De esta forma, como afirma el profesor HUAPAYA TAPIA, en el Perú, si bien no existe un *contrato de APP*, la colaboración público privada como fórmula de ejecución contractual no

Así también, autores como SOSA WAGNER señalan que “basta consignar que la concesión es, a mi juicio, una modalidad de gestión de naturaleza contractual”⁴⁰⁰; o BLANQUER CRIADO, quien al hablar, también, específicamente de la concesión de servicios públicos, señala que “la concesión es un contrato aleatorio del que son parte la Administración y un empresario, pero con la peculiaridad de que ese negocio jurídico contiene algunos pactos celebrados a favor de un tercero, que es el usuario de la prestación”⁴⁰¹. De esta forma, podemos notar que actualmente el concepto de concesión, específicamente al hablar de gestión de servicios públicos, se ha transformado a tal punto de que la técnica contractual sea aquella que la define.

Sin embargo, autores como Alejandro VERGARA han sido categóricos al afirmar que la concesión es una manifestación del acto administrativo⁴⁰². Así también, Marta GARCÍA PÉREZ, descartando la idea de unidad concesional, señala que las concesiones demaniales y servicios públicos tienen el mismo fundamento al configurarse ambas como títulos de intervención de la administración sobre ciertos sectores, agregando que “la causa de la concesión se concibe así como un requisito esencial del acto de otorgamiento”⁴⁰³.

solo puede aplicarse a un contrato de concesión (pues en la actualidad las APP son aplicadas casi exclusivamente a esta modalidad contractual), sino también a otros tipos de contratos – según la experiencia comparada – como los de gerencia, *outsourcing* o *joint ventures* (HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Diez tesis (...)”. *Óp. Cit.*, p. 20).

⁴⁰⁰ SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. 7ma edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, Aranzadi, 2008, p. 221.

⁴⁰¹ BLANQUER CRIADO, David. *Óp. Cit.*, p. 220.

⁴⁰² VERGARA BLANCO, Alejandro. “Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, Núm. 3, 1989.

⁴⁰³ GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. *Óp. Cit.*, pp. 363-365. Reforzando su postura, la citada autora señala que “como en toda actuación administrativa, el otorgamiento de la concesión persigue, además, el interés general, que se configura como el fin público o finalidad objetivamente determinada por la norma creadora de la potestad administrativa. Desde esta perspectiva, el fin del acto de otorgamiento es común a toda utilización privativa sobre el dominio público, y consiste en la intervención de la Administración Pública en la ejecución de actividades particulares o privativas sobre determinadas dependencias, las cuales, por su calificación de “demaniales” requieren una especial protección”. Ídem, p. 365.

Ante ello, la realidad peruana ha demostrado que, si bien las concesiones nacen de un acto administrativo – lo cual se aprecia claramente en las de dominio público – en muchos casos, dependiendo de regímenes especiales, son perfeccionadas mediante la técnica contractual, siendo esta última la que define su contenido y desarrollo, sobre todo, en las concesiones de obra y servicio público⁴⁰⁴.

e) Su carácter *intuitu personae*:

El otorgamiento de la concesión administrativa es producto de la verificación por parte de la Administración de una serie de requisitos y exigencias que debe cumplir el privado. Por ejemplo, en los casos de concesiones de servicios públicos existe un procedimiento de calificación donde se evalúan condiciones técnicas o económicas de los postores; asimismo, si nos referimos a las concesiones demaniales, muchas veces el concesionario debe cumplir una serie de exigencias previas al otorgamiento de la concesión definitiva, como en el caso de los aprovechamientos hidráulicos.

Al respecto, dicho carácter personalísimo se manifiesta en dos vertientes, “tanto al momento de elegir al concesionario, como en el periodo en que dura la vigencia de la concesión administrativa”⁴⁰⁵. Es así que el ser la concesión *intuitu personae*, significa que la responsabilidad general y última de la ejecución de la obra, gestión del servicio público o aprovechamiento de bienes públicos, recae sobre el concesionario, independientemente de la existencia de subordinados o estructuras empresariales involucradas en la actividad.

⁴⁰⁴ Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. En: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy; ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Coordinadores). *Derecho Administrativo Contemporáneo: Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, 2007, pp. 63-105.

⁴⁰⁵ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Óp. Cit.*, p. 109.

Esta característica, en principio, nos lleva a pensar que la concesión resulta intransferible. Dicha afirmación no es del todo exacta, ya que las concesiones podrán ser transmisibles por habilitación legal expresa o disposición del concedente⁴⁰⁶.

f) La Administración conserva potestades y privilegios:

SANTI ROMANO, quizá uno de los más importantes estudiosos de las potestades administrativas, las consideraba “un poder jurídico y no de ninguna otra clase; en otras palabras, un poder otorgado por el derecho”⁴⁰⁷.

Asimismo, si entendemos a la Administración Pública en tanto persona jurídica, factor que, en palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, es el único que permanece siempre –considerando al Derecho administrativo como *derecho estatutario*⁴⁰⁸–; ello significa entender que el Derecho administrativo dispone de potestades exorbitantes del Derecho común para conseguir los objetivos que satisfagan el interés general⁴⁰⁹. No obstante, a la par con estos

⁴⁰⁶ Al respecto, doctrina peruana señala que “el concesionario no puede transferir ni transmitir los derechos derivados de la concesión sin que exista una expresa habilitación legal, la que para hacerse operativa requiere una declaración de la entidad Administrativa [...] la aceptación del Estado concedente debe, necesariamente, establecer como requisito de transferencia el mantenimiento de las mismas condiciones económicas y técnicas suscritas y aceptadas en el contrato de concesión” ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Óp. Cit., p. 105. Así también, doctrina española ya había señalado la “transmisibilidad restringida de las concesiones”, PAREJO GAMIR, Roberto. “Transmisión y gravamen de concesiones administrativas”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 107, 1985, p. 25.

⁴⁰⁷ ROMANO, Santi. *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1964, pp. 320 y ss. Citado por: FRAGA PITTALUGA, Luis. *La incompetencia en el Derecho Administrativo*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2007, p. 17.

⁴⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo I*. Óp. Cit., pp. 56-57; 68-77.

⁴⁰⁹ Ídem, pp. 75-76. Así también, el profesor José BERMEJO VERA, siguiendo los postulados de GARCÍA DE ENTERRÍA, afirma que “siendo incuestionable que las potestades administrativas solo deben utilizarse para la satisfacción de los intereses generales, no es menos cierto que estas prerrogativas o privilegios se legitiman y justifican por la especial y estricta vinculación a las normas para la consecución de los intereses públicos. Por otra parte, esos especiales y formidables “poderes” de actuación están compensados por un sistema de garantías establecidas en el Derecho administrativo a favor de los ciudadanos o administrados. Esta es la esencia del Derecho administrativo, es decir, los privilegios “en más y en menos” a que se refería el ilustre profesor francés Jean RIVERO. Traducido a la práctica, esto significa que la Administración pública, con independencia de las relaciones jurídicas en que sea parte, se halla regulada, como sujeto, por ese Derecho propio y específico, el Derecho administrativo, pleno de

privilegios, potestades o prerrogativas propias de la Administración Pública, también existen garantías para los administrados⁴¹⁰. De esta forma, “de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos”⁴¹¹.

BLANQUER CRIADO, sobre las concesiones de servicio público, considera que una vez otorgada la concesión y celebrado el contrato, “la Administración conserva tanto la potestad tarifaria, como la de dar instrucciones y órdenes de obligado cumplimiento para el concesionario”⁴¹². Incluso, de incumplirse alguna obligación, la Administración podría imponer multas, penalidades; además de tener el privilegio de modificar o extinguir el contrato “sin necesidad de contar con el consentimiento del concesionario”⁴¹³.

De esta forma, las potestades administrativas son necesarias para lograr los fines propios de la concesión, entre las que destacamos “la potestad de dirección y control; la potestad de interpretación unilateral; la potestad de modificación unilateral, la potestad sancionatoria y la potestad de extinción anticipada”⁴¹⁴. Asimismo, el concesionario cuenta con garantías como la imposibilidad de alteraciones injustificadas de lo pactado, procedimientos establecidos para observar ciertas condiciones, entre otros.

prerrogativas para las Administraciones y también de garantías para los administrados”. BERMEJO VERA, José. *Derecho administrativo básico. Parte General*. Volumen I. 12ma. edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 2016, p. 48.

⁴¹⁰ Al respecto, el MEILÁN GIL señala que una de las más importantes *tensiones* del Derecho administrativo es aquella existente entre las prerrogativas de la Administración y las garantías del particular, lo cual evidencia “la búsqueda incesante de títulos de intervención por parte de la Administración pública y, por el lado opuesto, esfuerzos continuados para reducir los ámbitos de inmunidad de aquella”. MEILÁN GIL, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho administrativo*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, p. 54.

⁴¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo I*. Óp. Cit., p. 77.

⁴¹² BLANQUER CRIADO, David. *Óp. Cit.*, p. 221.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., p. 134.

g) Temporalidad:

Sobre esta característica, Ramón PARADA afirma que

“la existencia de un plazo cierto, pero no improrrogable, es una exigencia jurídica estructural de la concesión que asegura la continuidad de la prestación del servicio, al vincular al concesionario durante un tiempo, impidiéndole abandonar en cualquier momento la concesión al tiempo que sirve de elemento de cálculo de sus responsabilidades”⁴¹⁵.

Es decir, toda concesión está sujeta a un plazo determinado, el cual en algunos casos puede ser ampliado cumpliendo determinados requisitos. Este plazo máximo, resolutorio; significa que luego de ello el concesionario no podrá realizar actividad alguna, y en caso de existir un rescate concesional por parte de la Administración⁴¹⁶, el plazo restante servirá para la indemnización⁴¹⁷, de ser el caso.

Esta característica se fundamenta también, en las condiciones de regularidad y continuidad necesarias, sobre todo, en las concesiones de servicio público. Al respecto, BLANQUER CRIADO afirma que “para rentabilizar y amortizar esas inversiones privadas, hace falta un prolongado espacio de tiempo, y de ahí la larga duración de las concesiones de servicio público”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo. Tomo I*. 18va edición. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 367.

⁴¹⁶ Al respecto, véase MESTRE DELGADO, Juan Francisco. “La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales» en Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas”. En: CHINCHILLA MARÍN, Carmen (coord.). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 491-520. Desde la experiencia peruana: MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Redescubriendo una institución escondida. El rescate de las concesiones”. En: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coordinador). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Grijley, 2006, pp. 67-99.

⁴¹⁷ Como excepción a dicha indemnización, existen las llamadas cláusulas de precario, consideradas por algunos autores de dudosa legalidad. Sobre ello: MARTÍN MATEO, Ramón. “La cláusula de precario en las concesiones de dominio público”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 56, 1968, pp. 93-121; DE ASIS ROIG, Agustín. “Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho Administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 116, 1988, pp. 93-121; DESDENTADO DAROCA, Eva. *El precario (...)*. Óp. Cit.

⁴¹⁸ BLANQUER CRIADO, David. *Óp. Cit.*, p. 234.

Podemos concluir, entonces, que la duración de la concesión es un elemento esencial del mismo ⁴¹⁹, sea en su aplicación al aprovechamiento de bienes demaniales – donde lógicamente se requiere la temporalidad e intensidad necesarias para garantizar la explotación o uso del bien que permita cumplir con las exigencias de la concesión –; así como en el caso de los contratos de servicios públicos y obras públicas que requieren una larga duración para asegurar el beneficio económico al concesionario y una correcta prestación del servicio público o construcción de infraestructura, sea el caso.

3.2.1.3. *Los diversos tipos de concesiones administrativas en la práctica contemporánea*

La concesión administrativa como *genus*, puede ser clasificada atendiendo a distintos criterios, de los cuales algunos serán más completos, pero es innegable que cada punto de vista aporta a comprender mejor la figura concesional. No es objeto de la presente investigación detallar los diversos criterios clasificatorios, por lo que recomendamos revisar el estudio que realizó Andry MATILLA CORREA, donde señalan criterios de clasificación según el objeto de la concesión, el origen de los derechos concedidos, la entidad concedente o el titular del objeto concedido, la iniciativa en el otorgamiento, la configuración del otorgamiento de la concesión como de carácter reglado o discrecional, el elemento temporal, entre otros⁴²⁰.

A pesar de ello, la concesión administrativa es reconocida por manifestarse en muy distintos regímenes, donde atendiendo a sus

⁴¹⁹ Cfr. PÉREZ HUALDE, Alejandro. “El contrato de concesión de servicios públicos como contrato “de larga duración””. En: *Revista Derecho & Sociedad*, Año XXVI, Núm. 45, Lima, 2015, pp. 81-89.

⁴²⁰ MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., pp. 147-237.

particularidades, hoy en día resulta complicado mantener una “idea concesional” en los términos que expresaba VILLAR PALASÍ, sin caer en generalidades o desconocimiento de algunas características especiales de cada tipo concesional⁴²¹.

Por lo tanto, es posible distinguir claramente tres tipos de concesiones: de obra pública, de servicio público y de dominio público. Si bien nuestro estudio se enmarca en las concesiones de aguas públicas, que son de naturaleza demanial; metodológicamente vemos necesario determinar las diferencias básicas respecto a los demás tipos concesionales. Ello, toda vez que la obra pública, servicio público y dominio público son conceptos que históricamente se han prestado una mutua relación⁴²².

a) La concesión de obras públicas

Como primer tipo concesional se distingue a la concesión de obra pública, la cual fue definida por LÓPEZ RAMÓN como “el negocio jurídico por el que la Administración encarga la realización de una obra pública a otra persona, cuya compensación económica deriva del uso de la obra pública, aunque pudiera existir también una aportación administrativa en forma de subvención”⁴²³. La importancia histórica de este tipo de concesión radica en el papel que ha tenido la

⁴²¹ Así lo demostró el profesor LÓPEZ RAMÓN en su importante trabajo sobre las dificultades de establecer una legislación concesional unitaria, donde señalaba que en algunos casos, la idea de unidad concesional resulta insuficiente: “en las concesiones demaniales, destacar la *publicatio* puede ser útil para los casos, que expone GARCÍA DE ENTERRÍA, de bienes demaniales no destinados a soportar una función pública, sino a producir bienes de dentro del tráfico privado, como las aguas y las minas. La *publicatio* sirve aquí para señalar un proceso evolutivo notable. [...] En definitiva, la idea de la *publicatio* de una actividad y sucesiva transferencia al particular, como elemento característico de las concesiones administrativas [...] puede ser, por eso, una idea adecuada para diferenciar las técnicas autorizatorias de las concesionales en determinados supuestos [...] pero no parece una idea aplicable al deslinde de toda especie autorizatoria con respecto a las concesiones: así sucede con las llamadas autorizaciones de funcionamiento, que, a decir de Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, se sitúan “en las mismas fronteras que separan el *genus* autorizatorio del esquema concesional propiamente dicho” LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Las dificultades (...)”. *Óp. Cit.*, pp. 570-572.

⁴²² FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Las obras públicas”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 100-102, 1983, p. 2430.

⁴²³ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Las dificultades (...)”. *Óp. Cit.*, pp. 586.

obra pública, pues incluso se la ha llegado considerar como tronco institucional del derecho administrativo y motor para su desarrollo, sobre todo, durante la segunda mitad del siglo XIX⁴²⁴.

De esta forma, el fundamento de la concesión de obras públicas es la “necesidad de articular la contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras mediante una retribución equitativa del esfuerzo empresarial”⁴²⁵. Entre las características o presupuestos⁴²⁶ que nos permiten diferenciar a una concesión de obras públicas frente a otros tipos concesionales, resalta que su *objeto principal es la construcción de la obra*, lo cual tiene como fundamento principal tanto las nuevas construcciones como reparaciones o restauraciones. Asimismo, dicha obra debe ser *susceptible de explotación*, toda vez que ello permite al concesionario cobrar peajes o tarifas a los usuarios, lo cual va íntimamente relacionado con otra característica determinante como es la *transferencia de riesgos al concesionario*⁴²⁷. De esta misma forma, esto último tiene como límite el conservar las condiciones financieras pactadas al momento de la adjudicación de la

⁴²⁴ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Las obras públicas”. *Óp. Cit.*, p. 2438. Asimismo, el autor señala el rol trascendental de la obra pública en todas las instituciones del derecho administrativo; tomando como ejemplo el caso del contrato administrativo “y todo su régimen exorbitante del Derecho Común, [que] se forman por vía de generalización de los rigores propios del contrato de obra y del principio del riesgo y ventura característico de éste, principio que se convierte de este modo en el inspirador de todo el Derecho de la contratación administrativa [...]”. Ídem, pp. 2436-2437. Ante ello, precisamos que el concepto de obra pública es más antiguo que el de servicio público, siendo tratado en el clásico texto de SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. 2 volúmenes, Indianapolis: Liberty fund, 1981.

⁴²⁵ BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “Contrato de concesión de obras públicas”. Voz en *Óp. Cit.*, p. 161.

⁴²⁶ Tomamos como base los presupuestos del contrato de concesión de obras pública que identifica Miguel Ángel BERNAL BLAY en Ídem, pp. 162-169.

⁴²⁷ Al respecto, BERNAL BLAY afirma que “si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser calificado como de concesión de obras públicas”. Ídem, p. 165.

concesión⁴²⁸, es decir, *mantener el equilibrio económico financiero* de la concesión⁴²⁹.

La concesión de obras públicas se diferencia de otros tipos concesionales, sobre todo de la concesión de servicios públicos⁴³⁰, toda vez que en la primera no se constituye una actividad de prestación, sino que su esencia radica en la utilización del bien, la construcción de una obra⁴³¹. La doctrina ha analizado este supuesto tomando como ejemplo el caso de las concesiones de carreteras o autopistas⁴³², en la cual el usuario no recibe la prestación de un servicio público, sino solo se beneficia del uso de la obra pública. Por ello, mientras predomine el uso del bien y no la actividad de prestación del servicio público, dicha concesión califica como una de obra pública.

Sin embargo, podría haber cierta confusión en el caso de una concesión de servicio público que necesite infraestructura de obra pública para la prestación de tales servicios, es decir, de

⁴²⁸ La duración es un factor clave dentro de este punto, toda vez que al ser “la concesión de obras públicas un contrato de larga duración, resulta necesario moderar en cierta manera los límites del riesgo, so pena de desmotivar la participación del capital y la iniciativa privada por la aleatoriedad de la concesión” Ídem, p. 168.

⁴²⁹ De forma referencial, “el equilibrio económico es un principio de los contratos administrativos que consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca” (RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. 2da edición. Bogotá: Temis, 2012, p. 36).

⁴³⁰ Un análisis diferencial entre la concesión de obra y la concesión de servicio público en ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables?”. En: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*, Núm. 7, 2009, pp. 14-16.

⁴³¹ Sin entrar en mayor detalle en este tema, Cfr. BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*. Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2010; quien afirma que “a la vista de que en el contrato de concesión de obras públicas no existe actividad prestacional sino únicamente la construcción de una obra resulta inadecuado atribuirle una naturaleza mixta (obra/servicios públicos)” (Ídem, p. 87). Asimismo, el mismo autor enfatiza que “la puesta a disposición del público no supone necesariamente actividad prestacional al mismo” (Ídem, p. 81); estableciendo como criterio de diferencia entre la concesión de obra pública y la de servicios público el carácter prestacional de esta última, lo cual no existe en una simple disposición de uso al público.

⁴³² GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. “En torno a la Ley de autopistas de peaje”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 68, 1972, pp. 325-358.

construcciones o modificaciones de obras. En este caso, se debe tener en cuenta que el objeto principal del contrato de concesión será, definitivamente, la prestación del servicio público; por lo que las obras públicas serán solo instrumentos necesarios para llevar a cabo la prestación principal. Autores como BERNAL BLAY afirman que ni siquiera se tendría que hablar de un contrato mixto, toda vez que, si bien, puede que al momento de ejecutar las construcciones se apliquen aspectos propios de las concesiones de obras públicas, durante toda la ejecución del contrato se aplicarían los procedimientos propios de la legislación que regule las concesiones de servicios públicos, por lo que es esta la naturaleza de dicha contratación⁴³³.

Cabe resaltar que, actualmente, el concepto de obra pública ha venido cediendo frente al de infraestructura, entendido como el soporte de una red, es decir, una conexión entre posibles suministradores y consumidores de bienes o servicios⁴³⁴. De esta forma, AGUILAR VALDEZ señala que “sobre la base de esta concepción, puede diferenciarse una ‘infraestructura’ de una simple ‘construcción’ u ‘obra’ (pública o privada). Así, una estatua, aun cuando quepa considerarla una ‘obra pública’, no configurará una ‘infraestructura’ en la medida

⁴³³ BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “Contrato de concesión de obras públicas”. *Voz en Óp. Cit.*, pp. 170-171. Así también, coincidimos con el citado autor cuando señala que “la distinción de los contratos de gestión de servicios públicos y los de concesión de obras públicas atiende por lo tanto al objeto de los mismos, y cuando éste sea plural (lo que sucede en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos que incluyen la realización de obras), a la prestación principal del contrato desde un punto de vista funcional. En este sentido, cuando la prestación del contrato consista en la ejecución de una obra pública, siendo la retribución del concesionario el derecho de explotación de la misma, el contrato merecerá la calificación de contrato de concesión de obras públicas. Si el contrato, en cambio, tiene por objeto la prestación de un servicio público retribuyendo al contratista mediante la explotación del servicio, el contrato lo será de gestión de servicios públicos. Y en los casos en los que se combinen la prestación de un servicio y la ejecución de obras, la calificación del contrato habrá de atender a cuál sea la prestación principal desde un punto de vista funcional, circunstancia que inclina la balanza, a nuestro juicio, en la mayor parte de los casos, a su consideración como contratos de gestión de servicios públicos ya que, funcionalmente, la prestación de un servicio de los que tengan la consideración de ‘servicio público’ debe reputarse más importante que la construcción de una obra, aunque sea de las calificadas como ‘obra pública’”. BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*. *Óp. Cit.*, pp. 210-211.

⁴³⁴ AGUILAR VALDEZ, Oscar. “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas”. En: AA.VV. *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral)*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2004, pp. 376-377.

en que no resulta soporte de 'red' alguna"⁴³⁵. En esta línea es que, en países como el Perú, se habla de concesiones de obras públicas de infraestructura, sobre todo aquellas vinculadas al uso público como las carreteras, puertos, aeropuertos, entre otros. Entonces, como ya hemos mencionado líneas arriba, podemos afirmar que el objeto de la concesión de obras públicas es la creación de infraestructuras por parte del privado, cuya retribución se basa en la explotación de la obra únicamente, o en esta más un precio⁴³⁶.

En el contexto peruano, el profesor Diego ZEGARRA VALDIVIA denomina a las concesiones de obra pública, siguiendo el marco legal, como *Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura de Servicios Públicos*; y las diferencia de las concesiones de servicios públicos señalando que las primeras tienen por objeto "la construcción, reparación o conservación de una obra de uso público, así como su explotación, por cuenta y riesgo de un concesionario privado, obteniendo como contraprestación del servicio una tarifa o peaje durante todo el período de duración de la concesión"⁴³⁷. Una definición similar señala el profesor MORÓN URBINA, añadiendo que los objetos más comunes propios de un contrato de concesión de infraestructura pueden ser las redes viales como carreteras o autopistas, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana y de recreación, infraestructura penitenciaria, de riego, de educación, entre otros⁴³⁸.

Según lo expuesto y atendiendo a nuestros fines, conviene diferenciar, de forma meramente enunciativa, las concesiones de obra pública y las concesiones demaniales. Es así como podemos afirmar

⁴³⁵ Ídem, p. 377.

⁴³⁶ Cfr. BERNAL BLAY, Miguel Ángel. "Contrato de concesión de obras públicas". Voz en *Óp. Cit.*, p. 162.

⁴³⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "Concesión administrativa (...)". *Óp. Cit.*, p. 109.

⁴³⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *La contratación estatal: análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el estado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 119. También en MORÓN URBINA, Juan Carlos y AGUILERA BECERRIL, Zita. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 72.

que las primeras se centran específicamente en la construcción de una obra pública y su consecuente explotación, mientras las segundas consisten en el aprovechamiento privativo de un bien de dominio público. Asimismo, existen obras públicas que pueden conllevar una concesión demanial, por ello siempre que la finalidad básica de la concesión sea la construcción de la obra y su consiguiente explotación, esta se configurará como concesión de obra pública⁴³⁹.

Finalmente, la concesión de obra pública configura una orientación dinámica, ya que la explotación o gestión de la infraestructura consiste en que terceros distintos al concesionario se benefician de su uso; mientras que la concesión demanial configura una orientación estática, manifiesta en la transferencia del uso y aprovechamiento del bien público en beneficio del propio titular, es decir, un se trata de un aprovechamiento directo e inmediato⁴⁴⁰.

b) La concesión de servicios públicos

El segundo tipo concesional al que nos referiremos, y de más desarrollo doctrinal por su indiscutible relevancia práctica es la concesión de servicios públicos. En un contexto donde el Estado es garante de servicios públicos de calidad y de prestación continua⁴⁴¹, la concesión de la prestación de dichos servicios a los particulares es tarea cardinal en la agenda legislativa.

El debate doctrinario sobre la naturaleza de la concesión de servicios públicos es tan abundante como la propia sobre el concepto del *servicio público*⁴⁴². No obstante, consideramos aún vigente la definición que elaboró Fernando ALBI:

⁴³⁹ Cfr. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Las dificultades (...)". *Óp. Cit.*, pp. 587-588.

⁴⁴⁰ BLANQUER CRIADO, David. *Óp. Cit.*, pp. 81-82.

⁴⁴¹ ESTEVE PARDO, José. "La Administración garante. Una aproximación". *Óp. Cit.*, pp. 11-39.

⁴⁴² Son innumerables los trabajos que giran alrededor del servicio público, debido a su carácter de institución medular del derecho administrativo. Sobre ello, puede consultarse a MEILÁN GIL, José Luis. "La idea del servicio público: mito, categoría y misión". En: DE LA CUÉTARA, José Miguel; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis y VILLAR ROJAS, Francisco (Coord.). *Derecho*

“[la concesión de servicios públicos es] un modo de gestión, de naturaleza contractual, en virtud del cual una persona extraña al concedente aporta los medios financieros indispensables para la implantación de una actividad de la competencia de la Administración pública, realiza las obras e instalaciones necesarias a dicho fin y presta al público el correspondiente servicio durante el período estipulado, sometiéndose para ello a las regulaciones generales establecidas por la propia Administración y percibiendo de los usuarios una contraprestación económica que le permita amortizar su desembolso inicial y cubrir los gastos de conservación y explotación, con el procedente beneficio industrial, revirtiendo en forma gratuita a la Administración, al terminar el contrato, todos los elementos materiales afectos al servicio”⁴⁴³.

Es así como debemos tener en cuenta que la Administración cuenta con diversas formas de prestar el servicio público, clasificadas según la doctrina como los modos de gestión directos e indirectos⁴⁴⁴. La gestión directa es aquella que realiza la Administración por cuenta

Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz. Madrid: La Ley, 2011, pp. 917-941; LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Servicios de Interés Económico General*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2009; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Servicio público, servicio universal y ‘obligación de servicio público’ en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos”. En: *Os Caminhos da privatizacao da Administracao pública*, IV Coloquio luso-español de direito administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 249-278; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y mercado*. Vol. I: Los fundamentos. Madrid: Civitas, 1998; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997; GARRIDO FALLA, Fernando. “El concepto de servicio público en Derecho español”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 135, 1994, pp. 7-36; MARTÍN REBOLLO, Luis. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 100-102, 1983, pp. 2471-2542. Así también, entre autores latinoamericanos clásicos, véase BIANCHI, Alberto. “Una noción restringida de servicio público (Aportes para su cuarta etapa)”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Núm. 53, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2005, pp. 299-349; o CASSAGNE, Juan Carlos. “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 40, 1996, pp. 95-110. Finalmente, desde la doctrina peruana podemos revisar trabajos como los de HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Concepto y régimen jurídico del Servicio Público en el ordenamiento público peruano”. En: *Ius Et Veritas*. Núm. 50, 2015, pp. 368-397; BACA ONETO, Víctor Sebastián. “Servicio Público, Servicio Esencial y Servicio Universal en el Derecho Peruano”. En: VIGNOLO CUEVA, Orlando (coordinador). *Teoría de los Servicios Públicos*. Grijley: Lima, 2009, pp. 355-388; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana”. En: *Themis, Revista de Derecho*. Núm 55, 2008, pp. 255-264; ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Palestra, 2005.

⁴⁴³ ALBI, Fernando. *Óp. Cit.*, p. 540.

⁴⁴⁴ Por todos, ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. *Óp. Cit.*, pp. 437-438.

propia sin necesidad de intermediarios ni terceros que colaboren con la prestación⁴⁴⁵, mientras la gestión indirecta es aquella donde aún siendo la Administración la titular del servicio, la prestación del mismo es encomendada a un privado, siendo la concesión su más claro ejemplo y, a su vez, fórmula tradicional^{446 447}.

En esta misma línea, siguiendo a la doctrina francesa, el profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN define a la concesión de servicios públicos como “el negocio jurídico por el que la Administración encomienda a otra persona la explotación de un servicio público, mediando una remuneración determinada por los resultados financieros de la explotación”⁴⁴⁸. Asimismo, señala que “la concesión debe aplicarse a la prestación de servicios al público realizada a riesgo y ventura del concesionario”⁴⁴⁹, lo que significa que el concesionario debe asumir, naturalmente, los riesgos que le corresponden y los de mayor onerosidad⁴⁵⁰, siendo evidente en las concesiones de obra pública o de servicios públicos⁴⁵¹. En palabras de MATILLA, “el principio de

⁴⁴⁵ Entre los modos de gestión directa, ESTEVE PARDO diferencia: 1) gestión indiferenciada desde la estructura orgánica ordinaria de la administración, 2) gestión por órgano especializado, 3) gestión por organismo autónomo, 4) gestión por entidad pública empresarial, 5) gestión por sociedad mercantil. (Ídem, pp. 438-441).

⁴⁴⁶ Ídem, pp. 441-442. También ver: SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas, 1995; DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo. “La gestión de los servicios públicos locales”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 165, 2004, pp. 87-133; MONTOYA MARTÍN, Encarnación. “La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales”. En: *Revista Andaluza de Administración Pública*. Núm. 57, 2005, pp. 65-102

⁴⁴⁷ De la misma forma, COLÁS TENAS, Jesús define a la gestión indirecta como aquella “operada a través de diversas formas o instituciones de origen y base contractual mediante la titularidad del servicio y la responsabilidad última de su prestación confiando el ejercicio o explotación de la actividad a persona distinta, sin perjuicio de la posibilidad de intervención mediata de ella”. Voz: “Contrato de gestión de servicios públicos”. En: BERMEJO VERA, José y BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *Diccionario de Contratación Pública*. Madrid: Iustel, 2009, p. 181.

⁴⁴⁸ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Las dificultades (...)”. *Óp. Cit.*, p. 591.

⁴⁴⁹ Ídem, p. 593.

⁴⁵⁰ COLÁS TENAS señala, respecto al principio de riesgo y ventura, que “esta configuración de la concesión no responde del todo a la realidad, pues el riesgo nunca recae en exclusiva sobre el contratista, sino que lo comparte con la Administración que está obligada a compensar al concesionario, para mantener el equilibrio económico del contrato, en los supuestos que establece la ley”. Ídem, p. 185.

⁴⁵¹ La más reciente doctrina al respecto, afirma: “El principio de riesgo y ventura se mueve, por consiguiente, en un plano diferente a la regla que exige al concesionario que asuma un riesgo operacional. Esta última nos dice cómo es la distribución de riesgos en el contrato de concesión. En cambio, el riesgo y ventura supone que, en cualquier contrato, el contratista debe asumir, sin posibilidad de desplazamiento a la Administración, los riesgos que le correspondan y, en

riesgo y ventura es expresión jurídica concentrada de ese desplazamiento de riesgo económico⁴⁵².

Por su parte, BLANQUER CRIADO señala que la concesión de servicios públicos da lugar a una relación jurídica triangular, “entre la Administración titular del servicio, el concesionario que la gestiona y explota, y el usuario que se beneficia de la prestación”⁴⁵³. En esta línea, en palabras del autor, el concesionario que presta el servicio es definido como un gestor de un negocio, ya que “estamos ante un servicio que es público al estar reservado por una ley a la titularidad de la Administración Pública, y que esta le encomienda a un empresario para que lo gestione a su riesgo y ventura, mediante la celebración de un contrato administrativo”⁴⁵⁴.

De esta forma, podemos advertir que actualmente la concesión de servicios públicos ha tomado distancia de ser considerada una transferencia o delegación de funciones administrativas, siendo más apropiado definirla en tanto título administrativo que habilita a un particular a realizar una actividad regulada como servicio público, siendo el contrato el elemento principal que condiciona la ejecución del servicio⁴⁵⁵.

particular, el riesgo de la mayor onerosidad de la prestación. Los contratos públicos son “compras públicas”, en el sentido de que el contratista realiza una prestación a cambio de un precio pagado por la Administración, y el principio de riesgo y ventura implica que el precio es fijo con independencia de la mayor o menor onerosidad de la prestación”. HUERGO LORA, Alejandro. ““Skin in the game”: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 74, 2018, pp. 20-33. No puede dejar de revisar también el estudio de los profesores VILLAR EZCURRA, José Luis y VILLAR PALASÍ, José Luis. “El principio de riesgo y ventura”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*. 2da edición, Madrid: Civitas, 2004, pp. 525-559. Asimismo, por todos, el clásico estudio del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 2, 1950, pp. 83-108.

⁴⁵² MATILLA CORREA, Andry. *La concesión administrativa*. Óp. Cit., p. 135.

⁴⁵³ BLANQUER CRIADO, David. *Óp. Cit.*, p. 220.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*

⁴⁵⁵ Es importante señalar que, si bien actualmente se entiende a la concesión de servicios públicos como un título habilitante predominantemente contractual, consideramos que en un primer momento es la Administración la que otorga dicha habilitación mediante un acto administrativo. No obstante, es el perfeccionamiento del contrato la característica que define a este tipo de concesiones, debido a las condiciones que necesariamente se deben pactar.

Sobre el caso que nos interesa, es posible diferenciar a las concesiones de servicios públicos de las concesiones demaniales, que es el tercer tipo concesional, atendiendo a su finalidad principal: en estas últimas, se persigue un aprovechamiento privativo o “explotación rentable, mediante la incorporación de determinadas instalaciones, de mayor o menor fijeza, dirigidas a una actividad económica que requiere como sede productiva el demanio”⁴⁵⁶. Estas concesiones tienen como objeto el dominio público, categoría que incluye los derechos reales de las Administraciones afectados a especiales fines de interés público, sujetos a un régimen especial de utilización y protección ⁴⁵⁷ ; mientras, en palabras de GARCÍA-TREVIJANO, la concesión de servicio público recae sobre “la actividad y no sobre la cosa”, como sí lo haría la concesión demanial⁴⁵⁸.

c) La concesión demanial

El tercer tipo concesional que trataremos, y sobre el que recae nuestra investigación, es la *concesión demanial*. Al respecto ya hemos adelantado los conceptos básicos de los elementos que definen su naturaleza jurídica, toda vez que es aquella concesión que recae sobre algún bien de dominio público. Quizá, es el tipo de concesión que se puede diferenciar con mayor facilidad, en contraste con la confusión entre las concesiones de servicio y obra pública. En nuestro país, las concesiones de dominio público se relacionan casi exclusivamente con la explotación de recursos naturales, sobre todo en el caso de las aguas, hidrocarburos o minas.

En los siguientes apartados nos referiremos exclusivamente al análisis de la naturaleza jurídica de la concesión de dominio público, toda vez que queda poco clara su origen de acto administrativo o

⁴⁵⁶ GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., pp. 364-365.

⁴⁵⁷ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Óp. Cit., p. 141.

⁴⁵⁸ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. “Aspectos de la administración económica”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 12, 1953, p. 48.

puramente contractual, para luego establecer consideraciones específicas de su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano.

En este orden de ideas, si bien consideramos posible establecer características comunes a los diversos tipos de concesiones, sería erróneo ser indiferente a sus particularidades. Así, hablar hoy en día de una idea unitaria de las concesiones de forma cabal, desconocería tanto los diversos regímenes jurídicos existentes⁴⁵⁹, como también las características propias de cada tipo; lo que puede llevar a conclusiones inexactas, vagas y confusas⁴⁶⁰.

3.2.2. La naturaleza jurídica de la concesión demanial

Luego de repasar, de forma puntual, nociones básicas respecto a las concesiones de obra pública y servicios públicos; conviene estudiar con cierta reflexión la tan debatida naturaleza jurídica de las concesiones demaniales, toda vez que dentro de esta categoría encontramos a las concesiones de aguas públicas.

Como hemos venido señalando a lo largo del texto, la concesión demanial es aquella que otorga un derecho real a los particulares con el fin de usar y aprovechar privativamente los bienes de dominio público⁴⁶¹. Es el título habilitante por excelencia de los usos privativos, debido a que son aquellos que congregan usos de mayor intensidad.

⁴⁵⁹ Merece cierto comentario las antiguas concesiones industriales, formuladas por José Luis VILLAR PALASÍ ("La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo". En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 3, 1959, pp. 53-129) tomando como base doctrina francesa de la época, las cuales se han visto superadas debido a la liberalización de los sectores, la economía de libre mercado y la libre competencia (LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Las dificultades (...)" *Óp. Cit.*, pp. 604-605)

⁴⁶⁰ Así también lo apunta FERNÁNDEZ ACEVEDO al mencionar que el partir de una idea unitaria de la concesión es "el origen de numerosas confusiones tanto doctrinales como jurisprudenciales (e incluso legales) con enorme trascendencia a la hora de interpretar el concepto y régimen jurídico de las concesiones de dominio. En efecto, la supuesta unidad de la categoría "concesión administrativa" ha traído como consecuencia la aplicación casi sistemática a la concesión demanial de algunas construcciones elaboradas pensando principal, cuando no únicamente, en la concesión de servicio público a la que, desde su origen, se ha reconocido una clara superioridad en atención a la mayor relevancia de los intereses públicos que tiene a su cargos" FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. *Óp. Cit.*, p. 98.

⁴⁶¹ Cfr. *Ídem*, p. 57.

Cabe resaltar que, aún hoy en día las opiniones sobre su configuración como acto o contrato administrativo son polarizadas, existiendo autorizadas voces por cada posición. No obstante, será objeto de este apartado realizar un repaso por estas ideas y tratar de conciliar los conceptos, en la medida de lo jurídicamente posible, según nuestra crítica y las exigencias de la realidad peruana.

De esta forma, finalmente se podrá apreciar que en el ordenamiento jurídico peruano la concesión demanial es predominantemente un acto administrativo, existiendo casos puntuales donde por arbitrio del legislador se ha decidido usar la técnica contractual, como en el sector forestal.

3.2.2.1. *La concesión demanial como acto administrativo:*

La concepción de la concesión demanial como acto administrativo tiene bases en la doctrina italiana, pues como recuerda GARCÍA PÉREZ⁴⁶², ya ZANOBINI había diferenciado dos momentos importantes en su configuración. Por un lado, el acto administrativo propiamente dicho, de naturaleza unilateral; y, por el otro, la colaboración del particular o concesionario que determina el “vínculo concesional”. De esta forma, VILLAR PALASÍ señala que, según esta tendencia doctrinal, nos encontramos ante “un acto administrativo unilateral en su emisión, pero bilateral en su vinculación”⁴⁶³.

Más adelante, autorizada doctrina española define a la concesión demanial como un acto administrativo unilateral necesitado de aceptación⁴⁶⁴. Asimismo, para GALLEGO ANABITARTE, la configuración

⁴⁶² GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., p. 350. Cabe resaltar que la citada autora también considera a la concesión demanial como un acto administrativo. Óp. Cit., pp. 405-408.

⁴⁶³ VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 703.

⁴⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...)* Tomo I. Óp. Cit., p. 624; p. 722. Cabe resaltar que ambos autores toman como base referente doctrina alemana tales como MAYER, JELLINEK o FORSTHOFF, tal y como lo señala GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., p. 351. Así, el mismo FORSTHOFF afirmaba que “en su propia naturaleza es un acto

de la concesión demanial como acto administrativo niega un posible carácter negocial, debido a la ausencia de autonomía de voluntad por parte del concesionario, por lo cual, carece de todo carácter contractual⁴⁶⁵. En esta misma línea, para quienes consideran a las concesiones demaniales como actos administrativos unilaterales necesitados de colaboración del particular^{466 467 468 469}, “la solicitud del mismo es presupuesto de su existencia y la aceptación de la concesión requisito unas veces de su validez y otras de su eficacia”⁴⁷⁰.

unilateral, si bien para su existencia en el mundo del Derecho necesita de previa rogación por el administrado. Se trata, por lo tanto, de un acto administrativo con sumisión de particular (*Unterwerfungsgeschäft*), si bien la eficacia de este acto sumisorio provoca la nulidad del acto administrativo cuando falta la rogación”. VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 703.

⁴⁶⁵ “La concesión demanial carece de todo carácter contractual y se trata de un acto administrativo unilateral en el Derecho administrativo español; por otra parte, negocio jurídico y contrato no son cosas contrapuestas, sino todo lo contrario: el negocio jurídico por excelencia es el contrato; en cambio la autorización y la concesión demanial, ambas resoluciones administrativas unilaterales, no se deben calificar como negocios jurídicos *strictu sensu*, ya que falta la autonomía de la voluntad, por ser actos administrativos que aplican la Ley” (GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José Manuel. *El derecho de aguas en España* [...], *Óp. Cit.*, p. 163).

⁴⁶⁶ En esta vertiente doctrinal también podemos destacar el trabajo de Eva DESDENTADO, quien señala: “las concesiones demaniales son, en mi opinión, actos administrativos necesitados de la colaboración de los particulares. A ello, no obsta que, en ocasiones, se utilice el procedimiento licitatorio para su otorgamiento, pues como afirma SÁNCHEZ DÍAZ, ‘la convocatoria para otorgar una concesión de dominio público, al igual que ocurre con el concurso o la oposición para cubrir una plaza de funcionario en la Administración, no otorga carácter contractual a la relación jurídica que de ella surge’; lo importante para determinar su naturaleza no es la forma sino la sustancia” DESDENTADO DAROCA, Eva. *El precario administrativo*. *Óp. Cit.*, pp. 76-77.

⁴⁶⁷ José ESTEVE PARDO también afirma el carácter de acto administrativo unilateral de las concesiones demaniales: “A diferencia de la concesión de servicios públicos que ya conocemos, la concesión de dominio público no tiene naturaleza contractual. Estamos ante un acto unilateral de la Administración necesitado de aceptación por parte del titular de la concesión” ESTEVE PARDO, José. *Lecciones* (...). *Óp. Cit.*, p. 528.

⁴⁶⁸ Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO también concluye que la naturaleza de las concesiones demaniales es la de actos unilaterales con colaboración de privados, señalando lo siguiente: “En definitiva, teniendo en cuenta la falta de relación causal entre la prestación administrativa (puesta a disposición de la porción demanial de cuyo aprovechamiento se trata) y la actividad privada que el concesionario despliega sobre dicha porción, el carácter de mero acto de iniciación del procedimiento de la solicitud de la concesión, la naturaleza de simple requisito de validez de la aceptación del concesionario, así como del régimen de revisión de oficio y de extinción, no parece que pueda sostenerse que la relación jurídica surgida del otorgamiento de una concesión de dominio público posea carácter bilateral ni por su origen ni por sus efectos. Antes bien, se trata de una relación nacida de un acto administrativo unilateral necesitado de la colaboración del particular destinatario”. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones* (...). *Óp. Cit.*, p. 126.

⁴⁶⁹ La profesora Francis Rosario ESPINOZA RODRÍGUEZ, al hablar de las concesiones hidroeléctricas en Centroamérica, afirma que “por alguna razón, el acto administrativo necesita de aceptación posterior para su perfeccionamiento, el particular debe aceptar, o no, las condiciones que la Administración impone a través del acto, en muchos casos como un gesto de sumisión”. En: ESPINOZA RODRÍGUEZ, Francis Rosario. *El agua para la producción de energía en Centroamérica. Régimen Jurídico*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2017, p. 181.

⁴⁷⁰ Ídem, p. 109.

Partidario de esta vertiente, aunque con matices diferentes a los antes mencionados ⁴⁷¹, es el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, figura de referencia indiscutible en el estudio del derecho de aguas. El citado autor afirma que “la concesión demanial es un acto administrativo de carácter negocial, negocio jurídico fijo, con efectos singulares: permitir el uso privativo – y excluyente – de determinados bienes de dominio público” ⁴⁷². Asimismo, la calificaba como un verdadero derecho real exigible *erga omnes*, denominándola como un *ius re aliena*, o derecho ejercido sobre la cosa ajena⁴⁷³.

En el contexto latinoamericano, el profesor chileno Alejandro VERGARA BLANCO, en un valioso análisis dedicado a la concesión minera, definió a la concesión administrativa como una de las varias figuras del acto administrativo, entendiendo “por acto administrativo un acto de un poder público sujeto al derecho administrativo, de carácter unilateral y no normativo”⁴⁷⁴. De esta forma, para VERGARA, el interés público que preside la concesión demanial conlleva a que la única naturaleza posible para esta figura sea el acto administrativo⁴⁷⁵.

Así también, para el citado autor, el acto constitutivo de la concesión da lugar una relación jurídico-administrativa, que incluye potestades

⁴⁷¹ Sobre todo, respecto a la consideración *negocial*, negada rotundamente por GALLEGO ANABITARTE, cuyo debate excede los límites de la presente investigación.

⁴⁷² MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Instituciones (...)*. Óp. Cit., p. 429. En esta línea, también cabe mencionar a José Antonio GARCÍA-TREVIJANO, para quien la concesión administrativa es un acto administrativo que contiene una declaración de voluntad de carácter negocial, en GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 232 y ss.

⁴⁷³ Ídem, p. 430.

⁴⁷⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Concesiones de dominio público (...)”. Óp. Cit., p.779. Caso contrario, ENTRENA CUESTA, quien concebía al acto administrativo en cuanto acto jurídico de la administración, consideraba que “una declaración de voluntad producirá efectos jurídicos – será acto jurídico –, tanto si tiene un destinatario determinado como determinable y agota su eficacia con una sola aplicación, como si no ocurre así. Es decir, cuando tiene carácter *normativo*. No existe por ello obstáculo, sino todo lo contrario, en calificar a los reglamentos de actos jurídicos. En consecuencia, si en ellos concurren las otras dos notas expuestas, deberá ser considerados actos administrativos [...] [por lo tanto] el acto administrativo podrá tener o no *carácter normativo*. En el primer caso, será un *reglamento*; en el segundo, un *acto administrativo concreto*” (ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. 4ta edición. Madrid: Tecnos, 1974, pp. 484-487).

⁴⁷⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Concesiones de dominio público (...)”. Óp. Cit., p. 789.

de la Administración, deberes de la Administración y los privados o concesionarios, y derecho, dentro del cual destaca el derecho real administrativo de aprovechamiento⁴⁷⁶. Debido a ello, considera a la concesión como actos administrativos que amplían los derechos del administrado, pues los concesionarios adquieren derechos *ex novo*⁴⁷⁷.

3.2.2.2. *La concesión demanial como contrato administrativo:*

Otro sector de la doctrina, a diferencia de los recientemente estudiados, considera la naturaleza de la concesión demanial como un contrato administrativo, afirmando la existencia de una relación bilateral de carácter negocial.

VERGARA BLANCO afirma que las teorías contractualistas de la concesión demanial tienen sus orígenes en la clásica doctrina francesa, quienes los consideraban como un contrato puro y simple⁴⁷⁸.

Autores como GASCÓN Y MARÍN, ÁLVAREZ GENDÍN, FERNÁNDEZ DE VELASCO⁴⁷⁹ o ALCALÁ-ZAMORA sientan las bases del derecho español afirmando la naturaleza contractual de las concesiones demaniales. Este último afirma que “la concesión es contrato porque no puede existir sin acuerdo de voluntades, ya que ni se impone como prestación personal o carga obligatoria la de ser concesionario, ni de

⁴⁷⁶ Ibidem.

⁴⁷⁷ Ídem, p. 780.

⁴⁷⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Concesiones de dominio público (...)”. *Óp. Cit.*, p. 782. En esta línea también se había expresado VILLAR PALASÍ, quien citando a autores italianos y franceses, señala que “una primera tesis equipara la concesión a un contrato privado, refiriendo la afirmación a las concesiones demaniales, que la Administración otorga en base a sus facultades patrimoniales sobre el dominio (GIANZANA, *Le acque nel Diritto civile italiano*, GABBA). La misma tesis siguen DUFOUR (*Traité générale de Droit administratif*), WODON (*Traité des choses publiques*) y DUCROCQ (*Cours de Droit administratif*). Parte esta tesis implícitamente de la idea civilista de que no puede un sujeto intervenir unilateralmente en la esfera patrimonial de otro, como no sea *sub titulo domini*”. VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 703.

⁴⁷⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 703.

otra parte se puede exigir como un derecho frente al Estado, el otorgamiento, siempre en él libre, de concesiones”⁴⁸⁰.

Más adelante, el profesor LÓPEZ RAMÓN también afirma la naturaleza contractual, aduciendo “la mayor estabilidad que necesita la concesión de dominio público, habida cuenta del instituto reversional, que condiciona fuertemente su esquema económico”⁴⁸¹. En un reciente trabajo sobre la materia⁴⁸², LÓPEZ RAMÓN reafirma la naturaleza contractual de las concesiones demaniales sobre la base de una revisión al derecho positivo español.

En esta línea, primero afirma que la tesis unitaria de VILLAR PALASÍ de considerar a todas las concesiones como actos unilaterales necesitados de colaboración, ha perdido vigencia en el derecho contemporáneo toda vez que diversas normas han terminado por configurar a las concesiones de servicios públicos y a las concesiones de obra pública como contratos administrativos⁴⁸³, situación que también notamos como aceptada en la doctrina mayoritaria.

En segundo lugar, afirma que “la naturaleza jurídica de una institución no es sino una síntesis de los efectos derivados de la misma”⁴⁸⁴, y a la vez pone de relieve que en las regulaciones de concesiones demaniales existen diversas remisiones propias de la legislación de contratos administrativos, tales como licitación, procedimiento o las denominadas prohibiciones para ser titular de concesiones demaniales, las cuales se equiparan a las “prohibiciones para contratar”⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. *La concesión como contrato y como derecho real*. Madrid: Imprenta de Julián Espinosa, 1918, p. 7. Citado por: FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 111.

⁴⁸¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Las dificultades (...)”. *Óp. Cit.*, p. 579.

⁴⁸² LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Óp. Cit.

⁴⁸³ *Idem*, p. 156.

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

Similar argumento desarrolla Ramón PARADA, quien resalta que “el procedimiento de otorgamiento de las concesiones demaniales es de naturaleza análoga al procedimiento de selección de contratistas y, como el de estos, responde a la necesidad de asegurar el principio de igualdad de oportunidades y la elección del proyecto más idóneo”⁴⁸⁶.

Es así como la configuración de la concesión demanial como contrato administrativo tiene dos ejes centrales: por un lado, la idea de protección al concesionario buscando una mayor seguridad jurídica y económica (las llamadas “garantías estabilizadoras del concesionario”⁴⁸⁷); y, por el otro, la similitud y remisiones de su regulación con la de los contratos administrativos, como vendrían a ser las normativas de concesiones de servicios públicos o concesiones de obra pública.

De esta forma, la configuración contractual dentro de las concesiones demaniales tiene como fundamento no solo un acuerdo de voluntades, sino un intento por salvaguardar el interés privado ante ciertas eventualidades que puedan alterar condiciones previamente pactadas⁴⁸⁸.

3.2.2.3. *El debate en la actualidad: una aproximación a la naturaleza jurídica de la concesión demanial desde la experiencia peruana*

Luego de repasar la variedad de posturas respecto a la naturaleza de las concesiones demaniales, queda revisar los principales argumentos de cada uno con el fin de llegar a una conclusión

⁴⁸⁶ PARADA, Ramón y LORA-TAMAYO, Marta. *Óp. Cit.*, p. 70.

⁴⁸⁷ ESPINOZA RODRIGUEZ, Francis Rosario. *El agua para la producción de energía en Centroamérica. Régimen Jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 184.

⁴⁸⁸ En esta misma línea, ESPINOZA RODRIGUEZ, Francis Rosario. *El agua para la producción de energía en Centroamérica. Régimen Jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 184; GUAITA MARTORELL, Aurelio. *Derecho Administrativo Especial: aguas, montes, minas*. 2da edición, Civitas: Madrid, 1986, pp. 151 y ss.; CARPI ABAD, María Victoria. *Aprovechamientos hidroeléctricos. Su régimen jurídico-administrativo*. Valladolid: Lex Lova, 2002, 236.

suficiente, tomando también como base la experiencia peruana respecto a su tratamiento legal.

En esta línea, consideramos vigente la afirmación de VILLAR PALASÍ en el sentido de que la evidente bilateralidad de las concesiones demaniales no conlleva, por suma necesidad, a la figura contractual:

“A estos efectos hay que tener en cuenta que si bien el contrato es un vínculo o acuerdo de voluntad, no todo acuerdo de voluntad supone un contrato. En la concesión administrativa se da efectivamente una situación bilateral, que podría parangonarse con la vinculación contractual entre las partes, mas el modo de crearse tal vinculación no es precisamente el acuerdo de contrato, sino el acto administrativo unilateral”⁴⁸⁹.

En otras palabras, no todo acuerdo de voluntades entre la Administración con un privado configura una relación contractual necesariamente; sino que, como en este caso, constituye un acto administrativo. Así también, como ya hemos adelantado líneas arriba, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ afirman que, aunque la naturaleza del acto administrativo sea esencialmente la de un acto unilateral, esto no excluye que la voluntad del administrado sea un presupuesto de existencia o de eficacia del mismo; ya que, por ejemplo, “las concesiones demaniales siguen considerándose todavía actos administrativos unilaterales necesitados de aceptación”⁴⁹⁰.

Asimismo, la concepción contractual de la concesión demanial se configura en un contexto donde la Administración gozaba de mayor discrecionalidad y aún no estaban consolidados los límites del principio de legalidad; por lo que la figura del contrato otorgaba tanto estabilidad a la relación como garantías a los privados o

⁴⁸⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis. “Concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, p. 703.

⁴⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo I. Óp. Cit.*, p. 595. Así también, los citados autores más adelante enfatizan que el requerimiento de la aceptación del pliego de cláusulas en la concesión demanial configura su naturaleza de “acto administrativo cuya eficacia está necesitada de la conformidad del administrado”. *Ídem*, p. 722.

concesionarios, siendo una visión propia de la coyuntura⁴⁹¹. Es así como “hoy en día ya no es necesario forzar la institución contractual con figuras cuyo perfeccionamiento depende de la voluntad unilateral de la Administración, independientemente de que produzca efectos bilaterales”⁴⁹².

Ello, toda vez que la configuración de la concesión demanial como acto administrativo supone no solo mayor discrecionalidad, sino también modificación unilateral como extinción anticipada mediante el discutido precario administrativo. No obstante, podemos argumentar que el actual régimen administrativo se caracteriza por un rígido tratamiento de la revocación de los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos, dentro de los cuales podríamos considerar a las concesiones demaniales. Es así como el artículo 212.2 del vigente TUO de la LPAG señala:

“Artículo 212.- Revocación

[...]

212.2 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.”

Ello demuestra que siendo la revocación una de las potestades más intensas de la Administración, lo que hace su regulación no es otorgarle mayor discrecionalidad sino “reconocerla, disciplinarla, limitarla, sujetándola al Estado de derecho”⁴⁹³. En este sentido, no es suficiente el simple deseo de la Administración de afectar los derechos creados mediante la concesión por considerar que el interés público para dichos efectos ya no es conveniente u oportuno⁴⁹⁴. De

⁴⁹¹ GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., p. 406.

⁴⁹² Ídem, p. 407.

⁴⁹³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II*. 12da edición, Lima: Gaceta, 2017, p. 168.

⁴⁹⁴ Ídem, 170.

esta forma, se matiza la histórica diferenciación que vinculaba al acto con la revocabilidad y al contrato con la irrevocabilidad⁴⁹⁵.

Entonces, podemos afirmar que el argumento de una supuesta menor seguridad jurídica otorgada por el acto administrativo no es del todo consistente, pues actualmente la regulación administrativa delimita correctamente la discrecionalidad de la Administración Pública en estos casos, disminuyendo los riesgos de que el concesionario se vea perjudicado por una eventual decisión unilateral de la Administración.

No obstante, si bien la figura contractual genera seguridad por definición, cabe recordar que el contrato administrativo se caracteriza por las prerrogativas de la Administración, que si bien hoy en día deben entenderse de acuerdo con los márgenes constitucionales y de respeto a los derechos fundamentales⁴⁹⁶, son potestades legales que les permiten modular los contenidos de las relaciones contractuales⁴⁹⁷.

Entre estas potestades destacamos el *ius variandi* o *potestas variandi*, que “se refiere al poder unilateral de modificación que posee la Administración en virtud de la atribución realizada por el Ordenamiento”⁴⁹⁸, la cual incluso podría alterar “sustancialmente” el equilibrio financiero, casos para los que el concesionario puede acudir a una indemnización⁴⁹⁹. Por otro lado, resalta también la potestad administrativa de interpretación unilateral del contrato, la cual se rige por los principios de prohibición de la arbitrariedad y de no haber lugar a interpretación ante la claridad del contrato (*in claris non fit interpretatio*)⁵⁰⁰. Otra potestad que vale la pena mencionar es aquella

⁴⁹⁵ MEILÁN GIL, José Luis. “La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 99, 1982, p. 10.

⁴⁹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Núm. 12, 2008, p. 798.

⁴⁹⁷ *Idem*, p. 803.

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 805.

⁴⁹⁹ *Idem*, p. 807.

⁵⁰⁰ *Idem*, p. 809.

que otorga el privilegio administrativo de resolución unilateral del contrato, aunque esta cuenta con condiciones muy delimitadas legalmente como, por ejemplo, algún incumplimiento por parte del concesionario.

Además, no puede desconocerse que “el ejercicio de estas potestades ha de conducirse dentro de límites que no desnaturalicen el objeto del contrato. Por ello, el interés público que justifica el ejercicio de estos poderes ha de ser expreso, claro y bien motivado”⁵⁰¹. Sin embargo, aún en esos términos de delimitación conceptual, se han desarrollado propuestas para abandonar las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos, señalando que si bien el interés público es una idea cardinal del derecho público, este no puede ser instrumentalizado en aras de decisiones injustas para alguna de las partes; así, más que un abandono, lo que se propone es una redefinición de estas prerrogativas, situándolas como la voluntad de la Administración que debe establecerse en cada contrato, como todos los derechos y obligaciones de las partes⁵⁰².

Ante lo expuesto, la elección de la Administración por actuar a través de un acto o contrato administrativo es meramente instrumental, atendiendo a fines pragmáticos⁵⁰³. Argumentar a favor de la contratación administrativa como naturaleza jurídica de las concesiones demaniales no resulta muy convincente si el elemento

⁵⁰¹ Idem, p. 803. También en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”. En: *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*. Núm. 13, 2016, p. 214.

⁵⁰² Sobre esta posición, revisar el notable trabajo del profesor MEILÁN GIL, José Luis. “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 191, 2013, pp. 11-41.

⁵⁰³ Así lo señala MEILÁN GIL: “la configuración del contrato y su uso por la Administración están dominados por un alto grado de instrumentalidad. No son razones dogmáticas, esenciales, exigidas por la naturaleza de las cosas o de las situaciones las que preside ese uso y esa configuración. Es algo mucho más pragmático. Que la Administración actúe a través del acto unilateral o del contrato, se explica por las finalidades que persiga en cada caso y está condicionada por el contexto ideológico o político o económico de cada ordenamiento o de cada circunstancia” MEILÁN GIL, José Luis. “La actuación contractual (...)”. *Óp. Cit.*, p. 10.

justificante es la seguridad jurídica que genera a los concesionarios en comparación con los efectos del acto administrativo, pues como hemos expuesto, el correcto ejercicio de las prerrogativas administrativas es uno de los mayores desafíos del Derecho Administrativo moderno⁵⁰⁴, existiendo incluso propuestas para su eliminación. Por otro lado, si bien el régimen de los actos administrativos se ve delimitado en atención a las garantías constitucionales y derechos fundamentales de los administrados, como sucede con la figura de la revocación, queda claro el rol primario de la Administración Pública en estos casos⁵⁰⁵.

Es evidente que no existe posición libre de debilidades jurídicas⁵⁰⁶, pues tanto la configuración del contrato como del acto administrativo parecen atender las mismas dificultades en su aplicación⁵⁰⁷. Así,

⁵⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “Las prerrogativas (...)”, *Óp. Cit.*, p. 812. “El ejercicio razonable, mensurado y proporcionado de los poderes administrativos al servicio objetivo del interés general es el gran desafío del moderno Derecho Administrativo”. Desde el derecho peruano, revisar el trabajo del profesor MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Las prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal”. En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y otros (Coordinadores). *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*. Volumen II, Lima: Adrus, 2013, pp. 483-513.

⁵⁰⁵ Francisco LÓPEZ MENUDO, señala que cada postura tiene justificantes particulares, así “las tesis que suscriben la bilateralidad del negocio buscan resaltar su carácter paccionado, haciendo alusión a la mayor dificultad para variar el clausulado por parte de la administración, en lo que se pretende constituya una *lex inter partes*, e inmodificable, en consecuencia, por una de ellas en forma unilateral, advirtiendo, por el contrario, que aquellos que refieren al carácter unilateral de la concesión demanial ponen el énfasis en el escaso papel del concesionario en la formación de las condiciones, en su fuerte componente legal u objetivo y en el carácter discrecional de su otorgamiento, destacando en consecuencia la menor resistencia a la posibilidad de su modificación o revocación”. LÓPEZ MENUDO, Francisco. “La concesión de aguas públicas y sus posibles modificaciones”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 77, 1993, p. 97.

⁵⁰⁶ Cfr. con lo señalado por doctrina argentina: “Lo difuso que se ha tornado en algunos casos en la práctica la teórica diferenciación entre permiso y concesión refleja el estado actual de la cuestión, y permite llegar a la conclusión de que ni los contratos administrativos dan lugar a relaciones jurídicas tan estables e intocables como la vieja dogmática pretendía, ni la naturaleza unilateral de la concesión/permiso da lugar a poderes ilimitados de la administración a los cuales el concesionario/permisionario quede absolutamente subordinado” (MARTIN, Liber. *Derecho de aguas (...)*. *Óp. Cit.*, p. 150).

⁵⁰⁷ No obstante, y aunque corremos el riesgo de exceder los fines de la presente investigación, no podemos omitir el valioso trabajo del profesor Víctor BACA ONETO, “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. En: *Ius Et Veritas*. Núm. 48, 2014, pp. 270-297, así como la importante bibliografía citada, para quien acto unilateral y contrato no son nociones contrapuestas, y siguiendo a MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ define al contrato como “un acto administrativo unilateral en su emisión, necesitado de previa aceptación y contractual en sus efectos”. Es así como BACA ONETO denomina a esta teoría como “el contrato público como relación contractual nacida de un acto unilateral” (Ídem, pp. 276-279). También véase BACA ONETO, Víctor. *La invalidez de los contratos públicos*. Madrid: Civitas, 2006, pp. 115 y ss.

decantarse por una u otra técnica dependerá de cómo se quiera dar forma al contenido concesional⁵⁰⁸. Sin embargo, no podemos negar que actualmente la doctrina se presenta convincente al definirla como acto administrativo, afirmando que “por más limitaciones a que puedan estar sujetas las concesiones de aguas, el punto de partida no puede ser otro que su reconocimiento como un acto declarativo de derechos. Se trata de un acto formal, discrecional, unilateral, constitutivo, otorgante de un derecho real, gravable, inscribible, transmisible”⁵⁰⁹.

Según la experiencia del derecho peruano, que parece tomar una posición mixta en su práctica, se evidencia que, tal y como señala el profesor GARRIDO FALLA, no existe impedimento alguno para calificar a las concesiones de dominio bien como actos o bien como contratos administrativos, tarea propia del derecho positivo⁵¹⁰.

Con ciertos matices a lo señalado, y refiriéndose en general a la figura concesional, el profesor ZEGARRA VALDIVIA asume también una posición mixta, para quien la concesión posee una faz reglamentaria o de acto de poder público y una faz contractual⁵¹¹. En esta línea, también se pronuncia el profesor Richard MARTIN TIRADO, para quien la concesión posee una “naturaleza compleja”, de contenido contractual y reglamentario; calificándola, incluso, con una triple dimensión: como procedimiento, acto y contrato⁵¹².

⁵⁰⁸ En este sentido se pronuncia GUAITA, para quien “la concesión viene definida por su contenido, mientras que los actos administrativos y los contratos son formas jurídicas definidas por la forma, por lo que aquel contenido (la concesión) puede insertarse tanto en un acto unilateral como en un contrato, todo depende del Derecho positivo”. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 115.

⁵⁰⁹ LÓPEZ MENUDO, Fernando. “Concesiones”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 400.

⁵¹⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. 4ta edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, pp. 531-532.

⁵¹¹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión administrativa (...)”. Óp. Cit., p. 103.

⁵¹² MARTIN TIRADO, Richard. “Los procesos de promoción de la inversión privada y la incertidumbre del inversionista ante las decisiones erráticas del Estado Peruano (Primera Parte)”. En: *Actualidad Jurídica*, Lima: Gaceta, Núm. 198, 2010, p. 197.

Por ejemplo, la LOASRN al regular los derechos de aprovechamiento de los recursos naturales, señala que este podrá habilitarse por medio de una concesión o de técnicas autorizatorias diversas:

“Artículo 23.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

[...]

Artículo 24.- Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable”

Entonces, la realidad peruana demuestra una utilización indiferenciada de técnicas administrativas para calificar a la concesión demanial. En este sentido, conviene reproducir la opinión del profesor Jorge DANÓS, aunque resulte algo extensa:

“Como se puede apreciar constituye una opción del legislador utilizar la figura administrativa que más acomode a los fines públicos en juego a fin de otorgar derechos a los particulares para la explotación de recursos naturales, por tal razón algunas leyes sectoriales recurren a la concesión ya sea que se exprese en un simple acto administrativo (minería) o que se formalicen en un contrato suscrito entre el Estado en su rol de concedente y el concesionario particular (recursos forestales, geotérmicos, etc.), mientras que otras leyes prefieren la utilización de las figuras de las licencias, autorizaciones o permisos (aguas, pesca), que normalmente se manifiestan en decisiones unilaterales de la administración y no en contratos, a excepción de la ley de hidrocarburos que contempla los contratos de licencia y de servicios. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico peruano se tiende a considerar que las figuras contractuales, en tanto que determinan

con precisión los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, generan mayor seguridad jurídica para los inversionistas”⁵¹³

Por lo señalado, consideramos que la diversidad de regímenes utilizados por el legislador peruano respecto a las concesiones demaniales carece de coherencia, pues evoca cierto carácter irreflexivo al tratar con suma diferencia, fenómenos jurídicos similares. En nuestra posición, el problema con la legislación peruana no parte principalmente de considerar a la concesión demanial como acto o contrato; sino en la amalgama de definiciones utilizadas alrededor de su *genus*.

Podemos apreciar ello ya que el legislador claramente considera diferentes a las concesiones de las técnicas autorizatorias, las cuales, como en el caso de los derechos de aprovechamiento de recursos hídricos, tienen una clara naturaleza concesional, como veremos a detalle líneas abajo. Ello impide apreciar la figura concesional, ya que se da un tratamiento de técnica autorizatoria –evidentemente formalizada mediante un acto administrativo unilateral– a una figura histórica y naturalmente concesional como el aprovechamiento privativo intenso de las aguas públicas.

Finalmente, lo cierto es que si bien es el legislador quien decide si utiliza la figura del acto administrativo o el contrato, consideramos que la concesión demanial se configura en un primer momento como un acto administrativo que otorga el derecho para aprovechar los bienes de dominio público. No obstante, y de acuerdo con la experiencia peruana, en algunos casos se recurre, adicionalmente, a un segundo

⁵¹³ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. *Óp. Cit.*, p. 77.

momento de perfeccionamiento de un contrato de concesión⁵¹⁴, como ocurre en el sector forestal⁵¹⁵.

3.2.3. La crisis en la distinción entre autorizaciones y concesiones demaniales

Consideramos pertinente esbozar una lectura moderna de los límites entre las concesiones y autorizaciones demaniales. Al respecto, la exigencia de un título habilitante es uno de los elementos diferenciables, como bien hemos profundizado líneas arriba, entre los usos comunes y los usos privativos; siendo la concesión de dominio público un título obligatoriamente expreso⁵¹⁶ que tiene límites muy poco definidos con las autorizaciones demaniales que habilitan también el uso privativo del demanio.

La clásica distinción entre las autorizaciones y concesiones demaniales⁵¹⁷ ha sufrido una evidente crisis⁵¹⁸ producto de los difusos límites propios de la evolución de dichos conceptos⁵¹⁹. De esta forma,

⁵¹⁴ Al respecto, coincidimos con Francis Rosario ESPINOZA RODRÍGUEZ, quien señala que a través de este procedimiento acto – contrato, “se protege al inversionista quien es en todo caso el mayor beneficiario de esta figura, pudiendo dejar salvadas sus garantías ante un incumplimiento por parte de las autoridades concedentes”, haciendo referencia a las concesiones hidroeléctricas. En: ESPINOZA RODRÍGUEZ, Francis Rosario. *El agua para la producción de energía en Centroamérica. Régimen Jurídico*. Óp. Cit., p. 187.

⁵¹⁵ El RGF, en su artículo 39, señala que la concesión es un título habilitante para el acceso a los recursos forestales, definiendo a dicho título como un “acto administrativo otorgado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que permite a las personas naturales o jurídicas el acceso [...] para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre”.

⁵¹⁶ Cfr. VILLAR PALASI, José Luis. “Naturaleza y regulación de la concesión minera”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 1, 1950, p. 103; y FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 61.

⁵¹⁷ ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Óp. Cit., pp. 377-392.

⁵¹⁸ Sobre ello, los ya citados trabajos de MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. “Acción administrativa sanitaria (...)”. Óp. Cit.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. “Inscripciones y autorizaciones industriales”. Óp. Cit.; MEILÁN GIL, José Luis. “Sobre la determinación conceptual (...)”. Óp. Cit.; ENTRENA CUESTA, Rafael. “Las licencias en la legislación local”. Óp. Cit.

⁵¹⁹ Por ejemplo, ARROYO JIMÉNEZ resume el problema de derecho preexiste y el carácter declarativo de la autorización: “A pesar de su aparente consistencia dogmática, este modelo presenta un problema estructural que va a conducir a la conocida como crisis del concepto de autorización: el dogma del derecho preexistente y las consecuencias a las que conduce – especialmente, el carácter meramente declarativo del acto administrativo, la naturaleza reglada de la potestad y el derecho a obtener la autorización si se satisface el supuesto de hecho de la norma que la regula– no constituyen un criterio de delimitación conceptual que satisfagan todas las manifestaciones de la figura presentes en el Derecho positivo. Y esta circunstancia representa desde luego una carencia en una teoría que pretenda explicar el uso que del lenguaje

la teoría clásica de la autorización planteada por RANELLETI la cual señalaba como criterio de delimitación conceptual entre las autorizaciones concesiones a “los efectos que la decisión administrativa tiene sobre el patrimonio jurídico del administrado”⁵²⁰, ha perdido vigencia actualmente; pues como ya lo advirtieron de forma brillante autores como E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ⁵²¹ o F. GARRIDO FALLA⁵²², la tesis estricta del derecho preexistente, que conlleva al carácter reglado y declarativo de las autorizaciones, ya no se concibe como un criterio absoluto de delimitación conceptual de las autorizaciones.

Por ello, coincidimos con FERNÁNDEZ ACEVEDO cuando afirma que “las fronteras entre la autorización y concesión demanial son poco nítidas toda vez que cuentan con numerosos puntos en común”⁵²³. De esta forma, los puntos que históricamente han servido para diferenciar a ambas figuras hoy se han visto inservibles para tales efectos, los cuales mencionamos brevemente:

a. Su naturaleza jurídica:

Lejos del debate sobre la naturaleza jurídica de las concesiones demaniales, es innegable que la fuerza de la doctrina que las considera actos administrativos; y, como es la vertiente contemporánea, actos administrativos unilaterales necesitados de la colaboración del privado. De seguirse esta posición, el criterio

hacen los operadores jurídicos” (ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Óp. Cit., p. 381).

⁵²⁰ ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Óp. Cit., p. 379. RANELLETI consideraba que mientras las concesiones “crean *ex novo* derechos subjetivos, la autorización sería una técnica dirigida a la remoción de un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo preexistente en la esfera jurídica del particular” (Ibídem).

⁵²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...), Tomo II*. Óp. Cit., p. 137.

⁵²² Dicho autor señala que “la existencia de un derecho previo en el administrado –precisamente aquel cuyo ejercicio se trata de autorizar– no debe confundirse con la existencia de un derecho subjetivo a obtener la licencia; pues frente a la potestad discrecional de la Administración solo se dan intereses legítimos o derechos condicionados”. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado (...)*. Óp. Cit., p. 143.

⁵²³ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 143.

diferenciador por su naturaleza jurídica pierde vigencia, ya que tanto la concesión como la autorización coinciden en dicho punto.

b. Su carácter constitutivo y declarativo:

Tradicionalmente se entendió a la autorización como actos declarativos, pues se negaba su naturaleza constitutiva de derechos para los administrados. Hoy en día la doctrina es mayoritaria, salvo algunas excepciones⁵²⁴, al señalar que la autorización demanial posee naturaleza constitutiva, “pues determina un incremento de la capacidad de obrar del individuo al que se dirige, originando una nueva situación jurídica, otorgándole facultades que no poseía con anterioridad”⁵²⁵.

Lo expuesto resalta la posibilidad del ejercicio del derecho, mas no la titularidad del derecho mismo⁵²⁶; asimismo tiene íntima vinculación con la cercanía de los usos comunes especiales (usos para los que se necesita la autorización) con los usos privativos, y su lejanía de los usos comunes, la cual es la postura que defendemos en la presente tesis.

⁵²⁴ Autores que defienden el carácter declarativo de la autorización demanial: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Óp. Cit., pp. 84-85, 148-150; ENTRENA CUESTA, Rafael. “Las licencias en la legislación local”. Óp. Cit., p. 649; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Derechos reales administrativos”. Óp. Cit., pp. 92-93; MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. 3ra edición, Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 562; LÓPEZ PELLICER, José. “Uso y aprovechamiento (...)”. Óp. Cit., pp. 654-655. Resaltamos que un argumento central de esta postura, explicada claramente por LÓPEZ PELLICER en el artículo citado –siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ–, consiste en aceptar que existe un derecho subjetivo a obtener la licencia (es decir, un derecho frente a la Administración); pero no un derecho sobre el bien de dominio público propiamente dicho. Ello, debido a que los mencionados autores consideran a los usos comunes especiales como modalidad de los usos comunes (lo que también señala LAGUNA DE PAZ, Ídem. p. 148); caso contrario a lo que planteamos en la presente tesis, que es considerar a los usos comunes especiales dentro de los usos privativos, es decir, como una especie menos intensa que estas últimas (como señala GARCÍA PÉREZ, los usos comunes especiales se encuentran más cerca de los privativos que de los comunes).

⁵²⁵ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 132.

⁵²⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Acción administrativa (...)”. Óp. Cit., p. 148.

Por su parte, las concesiones demaniales son, por definición, creadoras de derechos *ex novo*, por lo que nuevamente este criterio pierde utilidad diferencial.

c. Su régimen jurídico:

Sobre este punto nos hemos referido con frecuencia, toda vez que hoy en día ya no puede vincularse a las autorizaciones demaniales solo para los denominados “usos comunes especiales”; ya que según nuestra perspectiva comparten el régimen jurídico de los usos privativos junto con las concesiones demaniales; y es a partir de ello de donde devienen sus puntos en común. Por lo tanto, su pertenencia a diferente régimen jurídico de aprovechamientos de bienes demaniales tampoco es un criterio diferenciador útil.

d. La *publicatio*:

La titularidad previa propia de las concesiones demaniales ya no rige como un criterio diferenciador, pues el dominio público es de titularidad administrativa, es decir, “en el ámbito demanial aquella *publicatio* existe siempre, no obstante, lo cual, unas veces se exige una concesión y otras una autorización”⁵²⁷.

e. Su carácter discrecional y reglado:

La concesión suele relacionarse con el carácter discrecional de la Administración al momento de su otorgamiento; mientras la autorización con el carácter reglado. No obstante, esta figura en su momento *casi perfecta*, ha perdido total nitidez, ya que es

⁵²⁷ FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 139. Así también, en palabras de LAGUNA DE PAZ, “la *publicatio* no sirve, en cambio, como criterio de distinción entre la autorización y concesión demanial, ya que la titularidad del dominio público –por definición– corresponde a la Administración”. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Óp. Cit., p. 89.

posible advertir situaciones donde existe una considerable reducción de la discrecionalidad de la Administración concedente, pero ni aún así, dicho escenario debe llevarnos a desconocer la capacidad de decisión de la Administración⁵²⁸.

En esta línea, estos márgenes amplios de discrecionalidad de la Administración en el otorgamiento de autorizaciones se dan no solo alrededor de figuras indeterminadas y generales como el *interés público*, “sino también en la introducción de nuevos títulos interventores: servicio universal, defensa de la competencia, garantía de suministro, protección del medio ambiente o defensa de los consumidores y usuarios”⁵²⁹.

Por otro lado, ya que no todas las autorizaciones se caracterizan por la preexistencia de un derecho, hoy en día podemos hablar de una potestad discrecional de la Administración en sus otorgamientos⁵³⁰.

En este orden de ideas, y como lo hemos venido sugiriendo a lo largo de la presente investigación; los criterios que pueden dar ciertas luces respecto a las diferencias –ya relativizadas, difuminadas y hasta convencionales⁵³¹ – entre las concesiones y autorizaciones demaniales son la **intensidad del uso y el plazo del título**⁵³². Por ello, estaremos hablando de una concesión demanial toda vez que se requiera un uso intenso de las aguas, manifestado en la instalación de construcciones fijas o la necesidad de realizar obras; vinculado con un plazo extenso, que puede ser de naturaleza indeterminada. Por el

⁵²⁸ Tomando como ejemplo el otorgamiento de títulos de ocupación en el sector de telecomunicaciones español, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 104.

⁵²⁹ FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Óp. Cit., p. 96.

⁵³⁰ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Óp. Cit., pp. 85-86; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 130. También en términos generales, con algunas referencias al dominio público radioeléctrico, pero desarrollando de forma notable la discrecionalidad en el otorgamiento de autorizaciones: FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “Elementos autorizatorios y concesionales (...)”. Óp. Cit., pp. 95-102.

⁵³¹ FUENTETAJA PASTOR, Jesús. “Elementos autorizatorios y concesionales”. Óp. Cit., p. 103.

⁵³² Cfr. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., pp. 141-142.

contrario, nos referiremos a autorizaciones demaniales cuando exista un uso menos intenso, como instalaciones desmontables; además de un plazo del título habilitante de corta duración, de preferencia no mayor a 5 años.

3.3. Los derechos de uso según la normativa de aguas en el Perú.

Según lo expuesto, la legislación peruana regula un tratamiento poco homogéneo en lo referido a la utilización privativa de los bienes de dominio público, en especial, de los recursos naturales. De esta forma, independientemente de la técnica administrativa que se utilice para dar forma a las concesiones demaniales – sea mediante acto o contrato administrativo –; lo que resulta inexacto es el tratamiento autorizacional que expone la regulación.

En el presente apartado se analizarán los principales derechos de utilización del dominio público según lo dispuesto en la Ley de Recursos Hídricos – LRH y su Reglamento. Asimismo, se realizará una breve exposición de los aspectos básicos de su régimen, tales como los procedimientos de otorgamiento, extinción y el rol competencial de las autoridades para su asignación. Finalmente, se propondrá una lectura crítica a los límites existentes entre las autorizaciones y concesiones demaniales, concluyendo en la naturaleza concesional de los derechos de uso de aguas regulados en la legislación peruana.

3.3.1. El rol de la Autoridad Nacional del Agua y las competencias en el otorgamiento de los derechos de uso de recursos hídricos: breves comentarios sobre la organización administrativa del agua

La entidad principal en el marco de la gestión de los recursos hídricos es la Autoridad Nacional del Agua – ANA, la cual tiene el papel de máxima autoridad técnico-normativa. Cabe resaltar que la ANA se crea antes de la promulgación de la LRH, exactamente en la primera

disposición complementaria final del Decreto Legislativo N.º 997, mediante el cual se aprobó la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura. Ello se complementa con la creación del mencionado Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos mediante el Decreto Legislativo N.º 1081 de 2008.

Esta situación se presentó ante la demora en la aprobación de la LRH⁵³³, por lo que resulta lógico que el Título II referido al Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos recoja gran parte de lo regulado en el Decreto Legislativo 1081. Asimismo, actualmente se debe entender que dicho Sistema no se reduce a una actuación del Estado, sino que también forman parte esencial del mismo la gran cantidad de usuarios⁵³⁴, en atención al propio carácter integral y participativo de la gestión.

En esta misma línea, el Estado garantiza la gestión integrada, participativa y multisectorial, además del aprovechamiento, conservación y protección de calidad de las aguas a través del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos⁵³⁵, integrado por⁵³⁶:

- a. La Autoridad Nacional del Agua – ANA;
- b. Los Ministerios de Agricultura; de Ambiente; de Vivienda, Construcción y Saneamiento; de Salud; de la Producción; y, de Energía y Minas;
- c. Los gobiernos regionales y gobiernos locales;
- d. Las organizaciones de usuarios agrarios;
- e. Las organizaciones de usuarios no agrarios;

⁵³³ Laureano DEL CASTILLO explica que en la Comisión Permanente de 2009 planteó como cuestión previa el debate respecto a una posible condición de Ley Orgánica de la LRH. Ante ello, la Comisión de Constitución determinó que no se trataba de una Ley Orgánica (DEL CASTILLO PINTO, Laureano. “Ley de Recursos Hídricos: necesaria pero no suficiente”. En: *Debate Agrario*, Lima, Núm. 45, p. 97).

⁵³⁴ Cfr. Ídem, p. 102.

⁵³⁵ Ver el artículo 9 de la LRH y 7 de su Reglamento.

⁵³⁶ Ver el artículo 10 del Reglamento de la LRH.

- f. Las entidades operadoras de los sectores hidráulicos;
- g. Las comunidades campesinas;
- h. Las comunidades nativas;
- i. Las entidades públicas vinculadas con la gestión de las aguas;
- j. Proyectos especiales vinculados.

A continuación, expondremos algunos comentarios respecto a la organización administrativa del agua, específicamente el rol de las Autoridades Administrativas del Agua (AAA) y las Autoridades Locales del Agua (ALA), los cuales junto con los Consejos de Recursos Hídricos de Cuencas cumplen una participación directa en la gestión del agua, sobre todo, en el otorgamiento de derechos de uso de agua. Finalmente, señalaremos el rol que cumplen los usuarios del agua, especialmente dentro de la buena gestión y como elementos claves en la búsqueda de una óptima planificación hídrica.

3.3.1.1. *Las Autoridades Administrativas y Locales del Agua (AAA y ALA)*

En este orden de ideas, vale resaltar el papel fundamental de las **Autoridades Administrativas del Agua – AAA**, las **Administraciones Locales del Agua – ALA**; y, sobre todo, los **Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca**, los cuales son clasificados por el ROF del ANA como órganos desconcentrados⁵³⁷, es decir, se transfiere el ejercicio de cierta competencia mas no su titularidad⁵³⁸.

⁵³⁷ Ver desde el artículo 24 al 32 del Reglamento de la LRH.

⁵³⁸ ARIÑO, Gaspar. "Principios de descentralización y desconcentración". En: *Documentación Administrativa*. Núm. 214, 1988, p. 20. Asimismo, para el profesor GALLEGO ANABITARTE, la esencia de la desconcentración es "la competencia de resolver definitivamente, ejerciendo en propio nombre, y no en el de otro órgano, la correspondiente competencia, aunque exista tutela jurídica y material", toda vez que "supone un cambio objetivo en el orden jurídico que regula el ejercicio de las competencias, aunque no afecte a la titularidad de las competencias, que pueden seguir siendo de la misma organización" (GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo". En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 122, 1990, pp. 33-34).

Los primeros de estos órganos son las **Autoridades Administrativas del Agua**, mediante los cuales el ANA tiene presencia a nivel nacional⁵³⁹. Entre sus funciones más relevantes destacamos^{540 541}:

- Otorgar, modificar y extinguir licencias de uso de agua, con excepción de lo previsto en el Decreto Supremo N.º 022-2016-MINAGRI; autorizaciones de uso de agua y autorizaciones de reúso de agua residual tratada; así como, aprobar la implantación, modificación y extinción de servidumbres forzosas de uso de agua.
- Aprobar la acreditación de disponibilidad hídrica para el otorgamiento de derechos de uso de agua y autorizar la ejecución de obras de aprovechamiento hídrico, destinadas a la obtención de derechos de uso de agua, con excepción de lo previsto en el Decreto Supremo N.º 022-2016-MINAGRI u otras disposiciones normativas que se aprueben sobre la materia.
- Autorizar la ejecución de obras en los bienes naturales asociados al agua y en la infraestructura hidráulica multisectorial, las que deberán ejecutarse conforme los estudios aprobados.
- Ejercer la facultad sancionadora, imponiendo sanciones y medidas complementarias por infracción a la normatividad en materia de aguas, y por incumplimiento de las funciones de las organizaciones de usuarios de agua, previo Informe de instrucción de la Administración Local de Agua.
- Emitir opinión técnica vinculante respecto a la disponibilidad de recursos hídricos para la viabilidad de proyectos de inversión de infraestructura hidráulica.

⁵³⁹ Ver artículo 22 del Reglamento de la LRH.

⁵⁴⁰ También en HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. *Óp. Cit.*, p. 7.

⁵⁴¹ Ver las funciones de las AAA en el artículo 46 del ROF de la ANA.

- Resolver en primera instancia administrativa las cuestiones y reclamos por el uso del agua, salvo aquellas que corresponden a la Administración Local de Agua.
- Autorizar la prestación del servicio de agua desalinizada a favor de terceros y el suministro de agua subterránea a favor de terceros.

De esta forma, advertimos que las Autoridades Administrativas de Aguas son los órganos desconcentrados del ANA encargados del otorgamiento y gestión de la mayoría de los títulos que habilitan el uso de las aguas, lo cual las convierte quizá, junto con los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca, en los órganos de mayor impacto directo en la gestión de los recursos hídricos en el Perú⁵⁴². Por lo tanto, la ANA desempeña un rol más vinculado a la gestión administrativa, mientras las AAA asumen el papel de ejecutoras de las directrices y políticas implantadas por la ANA.

Así también, cumplen un rol determinante ya que son los encargados de aprobar las acreditaciones de disponibilidad hídrica, así como autorizar la ejecución de obras de aprovechamiento hídrico, ambos requisitos indispensables para la posterior emisión de una licencia definitiva o final de uso de aguas. Más adelante podremos entrar a detalle respecto a la naturaleza de ambos requisitos, sin embargo, es posible adelantar su vinculación con la planificación hidrológica, la cual, insistimos, debe ser un medio de gestión que reúna diversos datos exactos (condiciones de disponibilidad, metodología de cálculo de caudales ecológicos, estadísticas de otorgamiento de títulos, oferta y demanda del agua, entre otros) los cuales deben ser trabajados, necesariamente, según las condiciones propias de cada cuenca hidrográfica⁵⁴³.

⁵⁴² Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. *Óp. Cit.*, p. 8.

⁵⁴³ Tal y como ya hemos hecho mención, en nuestro país existe un importante avance desde una perspectiva legislativa, toda vez que nuestra LRH ha incorporado los Planes de Gestión de Recursos Hídricos en las Cuencas.

Los segundos órganos son las **Administraciones Locales de Agua – ALA**, los cuales dependen de las Autoridades Administrativas de Agua – AAA. Entre sus funciones más relevantes destacamos^{544 545}:

- Apoyar, en su ámbito, a la Autoridad Administrativa del Agua para el funcionamiento del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos.
- Autorizar estudios de aprovechamiento hídrico y otorgar permisos de uso de agua, informando al Director de la Autoridad Administrativa del Agua.
- Emitir opinión vinculante en casos particulares.
- Supervisar el cumplimiento del pago de la retribución económica por el uso del agua y por vertimientos de aguas residuales tratadas en las fuentes naturales de agua, reportando a la Oficina de Administración.
- Apoyar a la AAA para el cumplimiento de sus funciones.
- Extinguir y otorgar licencia de uso de agua por cambio del titular de la actividad a la cual se destina el uso del agua, siempre que se mantenga el objeto y las mismas condiciones del título primigenio.
- Reconocer a los Comités y Comisiones de Usuarios de Agua.

De lo expuesto, se sostiene que las ALA cumplen una función de apoyo a las AAA, ejerciendo la mayoría de las funciones de esta última; destacando, por ejemplo, el otorgamiento de licencias de uso de agua en el marco del D.S. N.º 022-2016-MINAGRI, que refiere

⁵⁴⁴ Ver las funciones de las ALA en el artículo 48 del ROF de la ANA.

⁵⁴⁵ También en HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. *Óp. Cit.*, p. 8.

disposiciones para simplificar procedimientos administrativos de otorgamiento de derechos de uso de agua (SPA0). De esta forma, en el marco de proyectos especiales regulados en la referida norma, las ALA están facultadas de otorgar Acreditación de la Disponibilidad Hídrica, Autorización de Ejecución de Obras de Aprovechamiento Hídrico y Licencias de Uso en situaciones puntuales⁵⁴⁶.

3.3.1.2. *Los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca*

Por último, resaltamos el rol de los **Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca**, que funcionan como órganos desconcentrados del ANA. Al respecto, vale mencionar con cierta brevedad la importancia de las cuencas para la organización administrativa del agua, de la cual sirve como base. Sobre su concepto, reproduciremos el señalado en el artículo 16 Texto Refundido de la Ley de Aguas española – TRLA⁵⁴⁷:

“A los efectos de esta ley, se entiende por cuenca hidrográfica la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta. La cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso se considera indivisible”

Esta definición, en términos del profesor Antonio EMBID IRUJO, resulta “las más correspondiente con las características «naturales» de división hidrográfica a la que me refiero y en el que destaca la desembocadura en el mar de la o las distintas corrientes de agua que

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

⁵⁴⁷ Se destaca la creación de los Consejos de Recursos Hídricos de Cuencas con el fin de superar las deficiencias estructurales y comunes presentes en Perú, además de “fomentar la participación y coordinación”. MARTIN, Liber. “El futuro de los Organismos de Cuenca en Latinoamérica”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *El futuro de los Organismos de Cuenca*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi, 2017, p. 137. Asimismo, sobre el tema Cfr. DOUROJEANNI, Axel. “La gestión del agua y las cuencas en América Latina”. En: *Revista de la CEPAL*, Núm. 53, 1994, pp. 11-127; y DOUROJEANNI, Axel; JOURAVLEV, Andrei; y CHÁVEZ, Guillermo. “Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica”. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2002, 83 pp.

forman la cuenca⁵⁴⁸, definición que quizá no encaje correctamente en países de geografía distinta a la española, en el sentido de que no posean salida al mar o que debido a cadenas montañosas sus cursos de agua se partan y las integren otros países⁵⁴⁹, lo cual no es el caso de Perú. Por ello, dicha definición se adecúa correctamente a la realidad geográfica peruana.

Es así como la organización administrativa del agua toma como punto central indiscutible el criterio de cuenca hidrográfica⁵⁵⁰. Sobre ello, EMBID IRUJO afirma que “en la actualidad se postula la implantación del modelo de organismo de cuenca en todos los países como fórmula idónea de administración de las aguas⁵⁵¹, llegando a señalar, incluso, que actualmente podría requerirse la participación de ciudadanos que no necesariamente tengan la condición de usuarios dentro del esquema de las unidades hidrográficas^{552 553}.”

⁵⁴⁸ EMBID IRUJO, Antonio. “Agua y territorio: nuevas reflexiones jurídicas”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. Extra 11, 2009, p. 50.

⁵⁴⁹ Ibidem, nota 44. Asimismo, el citado autor realiza una salvedad en el caso de los ríos de extensa longitud, como es el caso del Amazonas, para lo cual serán necesarias confederaciones hidrográficas internacionales (Ibidem, nota 45). En esta misma línea, véase LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico (...)*. Óp. Cit., pp. 219-220: “Cuando una cuenca hidrográfica rebasa las fronteras estatales, fenómeno muy común en la Europa comunitaria y que en nuestro caso afecta especialmente a los ríos compartidos con Portugal, la exigencia de un único plan hidrológico de cuenca internacional admite las siguientes modulaciones en el artículo 13 de la Directiva Marco del Agua: a) si la cuenca se extiende más allá de las fronteras comunitarias, únicamente se impone a los Estados miembros esforzarse por elaborar un único plan hidrológico de cuenca; b) en cambio, si la cuenca se sitúa totalmente en territorio comunitario, como es el caso español, los Estados miembros han de garantizar la coordinación con objeto de elaborar un único plan hidrológico de cuenca internacional; c) no obstante, si no se lleva a cabo dicho plan hidrológico de cuenca internacional, los Estados miembros pueden elaborar planes hidrológicos de cuenca que abarquen al menos las partes de la demarcación hidrográfica internacional situadas en su territorio.”

⁵⁵⁰ EMBID IRUJO, Antonio. “Evolución del derecho y de la política (...)”. Óp. Cit., p. 82.

⁵⁵¹ Ibidem.

⁵⁵² El profesor Antonio EMBID IRUJO comenta que en la actualidad, y no pensando solamente en la realidad española, existe “una preocupación creciente de los simples ciudadanos, sin categoría de usuarios tradicionales, en relación a las cuestiones del agua, que hace imprescindible su inserción en diversos órganos de las Confederaciones Hidrográficas, hasta el punto de que algunos de éstos ya no son concebibles sin esa participación, cuyo porcentaje y formas de expresarse pueden ser materias a discutir”. Ibidem.

⁵⁵³ También lo mencionamos en HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. Óp. Cit., p. 10.

Entendiendo a la cuenca como “la unidad de gestión del agua con importantes implicaciones funcionales y administrativas”⁵⁵⁴, resulta necesario establecer un sistema de planificación vinculante de carácter normativo⁵⁵⁵, toda vez que los Planes Hidrológicos de Cuenca no deben limitarse solo a aspectos ambientales sino a temas técnicos y materiales respecto al otorgamiento de títulos habilitantes, disponibilidad hídrica o el manejo de la oferta y demanda del recurso; todo ello en concordancia con lo establecido en el Plan Nacional. lo cual se traduce en los esfuerzos que viene realizando el ANA para mejorar su gestión, pues según dicha entidad: “considerando los aspectos hidrológicos, ambientales, sociales y económicos de las cuencas, la gestión de los recursos hídricos se hace cada vez más compleja, debido a la presión que ejercen las actividades productivas y las limitantes de tipo financiero en su gestión”⁵⁵⁶.

De esta forma, tal y como señala el profesor Antonio EMBID IRUJO, la gestión del agua es tarea prioritaria de los organismos de cuenca, lo cual no se reduce a la entrega de títulos habilitantes; sino a una verdadera “gestión del dominio público hidráulico y de los ecosistemas en los que este se expresa”⁵⁵⁷.

En esta línea, los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca “se crean progresivamente con la finalidad de lograr la participación activa y permanente de sus integrantes, en la planificación, coordinación y concertación para el aprovechamiento sostenible de recursos hídricos

⁵⁵⁴ FANLO LORAS, Antonio. “Cuenas Hidrográficas”. *Óp. Cit.*, p. 480.

⁵⁵⁵ Coincidimos con la profesora Francis Rosario ESPINOZA RODRÍGUEZ, quien insiste en la necesidad del carácter normativo de la planificación hídrica, pues como bien señala el profesor EMBID IRUJO, “para contribuir a la seguridad jurídica, los planes hídricos deben ser aprobados, o al menos estar acompañados por Decreto ejecutivo o legislativo, que los dote de obligatoriedad y congruencia, que vincule las conductas públicas y privadas y por supuesto, que sean realizados mediante consenso de la sociedad y los poderes públicos”. (ESPINOZA RODRÍGUEZ, Francis Rosario. *El agua para la producción de energía [...]*. *Óp. Cit.*, pp. 123-124.

⁵⁵⁶ Priorización de cuencas para la gestión de recursos hídricos, aprobada mediante Resolución Jefatural N.º 139-2016-ANA.

⁵⁵⁷ EMBID IRUJO, Antonio. “Los organismos de cuenca tienen futuro”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *El futuro de los Organismos de Cuenca*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi, 2017, pp. 55-59.

en sus respectivos ámbitos”⁵⁵⁸; los cuales se relacionan con la agrupación de unidades hidrográficas, cuyo límite es el ámbito territorial de un AAA, pero que puede ser igual al de una o más ALA⁵⁵⁹.

Entre las principales funciones de los Consejos de Recursos Hídricos de Cuencas, destacamos⁵⁶⁰:

- Elaborar, juntamente con la Autoridad Administrativa del Agua, el Plan de Gestión de Recursos Hídricos en la Cuenca, en armonía con la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos, el Plan Nacional de Recursos Hídricos y la Política Nacional del Ambiente.
- Proponer anualmente, a la Autoridad Administrativa del Agua, el plan de aprovechamiento de las disponibilidades hídricas.
- Velar por el cumplimiento del Plan de Gestión de Recursos Hídricos en la Cuenca.
- Emitir diversas opiniones, por ejemplo, para el otorgamiento diversos derechos de uso de agua, usos prioritarios o derechos de autorización de reúso de agua residual tratada.
- Fomentar planes y programas integrales de prevención y atención de desastres por inundaciones u otros impactos que afecten a los bienes asociados al agua, promoviendo acciones estructurales e institucionales.

De esta forma, se evidencia el carácter central de la participación de los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca en la gestión de los recursos hídricos, toda vez que tiene incidencia directa en la

⁵⁵⁸ Ver artículo 49 del ROF del ANA.

⁵⁵⁹ Ver artículo 25 del Reglamento de la LRH.

⁵⁶⁰ Ver las funciones de los Consejos de Recursos Hídricos de Cuencas artículo 50 del ROF del ANA.

elaboración de los planes hidrológicos de cuencas y en los otorgamientos de los derechos de uso. Si sumamos ciertas funciones de las AAA, su equivalente en la realidad española, salvando las diferencias de impacto e influencia en su gestión hídrica propia de la geografía de dicho país, sobre todo por el papel que las Comunidades Autónomas cumplen; serían las Confederaciones Hidrográficas⁵⁶¹, las cuales “son los organismos encargados de la administración del agua en la cuenca”⁵⁶².

Actualmente, según los datos oficiales del ANA, en el Perú existen 159 cuencas hidrográficas, distribuidas de la siguiente forma: 62 cuencas o “unidades hidrográficas” en la vertiente o “región hidrográfica” del Pacífico; 84 cuencas en la vertiente del Atlántico y 13 cuencas en la vertiente del Titicaca, ello según la metodología de cálculo reconocida mediante la Resolución Ministerial N.º. 033-2008-AG⁵⁶³.

En este sentido, consideramos que debería existir mayor reflexión alrededor del rol de los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca, potenciar su estructura con apoyo económico y funcional, entendiendo a la gobernanza hídrica no solo como un esfuerzo

⁵⁶¹ El profesor Ramón PARADA señalaba que “los Organismos de cuenca son ahora, con la denominación de Confederaciones Hidrográficas, *Organismos Autónomos*. Tienen personalidad jurídica propia distinta de la del Estado, adscrita a efectos administrativos al Ministerio de Medio Ambiente y con plena autonomía funcional para regir y administrar los intereses que les sean confiados” PARADA, Ramón y LORA-TAMAYO, Marta. *Óp. Cit.*, p. 115.

⁵⁶² FANLO LORAS, Antonio. “Confederaciones Hidrográficas”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: lustel, 2007, p. 950. Sobre este tema, el profesor Antonio EMBID IRUJO señala que “hablar de Confederaciones Hidrográficas es hacer una clara referencia a un modelo de organización administrativa por cuencas basado en un principio de participación de los usuarios, hasta el punto de que la expresión «Confederaciones Hidrográficas» y su ínsito contenido parecen algo esencial y naturalmente vinculado” EMBID IRUJO, Antonio. “Evolución del derecho y de la política (...)”. *Óp. Cit.*, p. 82.

⁵⁶³ Técnicamente, existen opiniones que difieren de dicho cálculo. Por ejemplo, los profesores LLERENA PINTO y HERMOZA ESPEZÚA, de la Facultad de Ciencias Forestales de la Universidad Agraria La Molina, señalan que en la vertiente del Pacífico existen entre 44 y 62 cuencas; en la vertiente del Titicaca entre 9 y 13; mientras en la vertiente del Atlántico solamente una: la gran cuenca amazónica. Esta última estaría conformada por diversas subcuencas como las de los ríos Marañón y Ucayali, Nanay, Napo, Yaraví, Putumayo, Yuruá, Purus o Madre de Dios. (LLERENA PINTO, Carlos A. y HERMOZA ESPEZÚA, Rosa María. “¿Cuántas cuencas hidrográficas hay en el Perú...?”. En: *Xilema, Facultad de Ciencias Forestales de la Universidad Agraria La Molina*. Vol. 23, Núm. 01, 2010, pp. 25-26.

técnico exclusivo sino como “un proceso politizado que se enfrenta a las condiciones hídricas cambiantes tanto como a las relaciones sociales y económicas inciertas”⁵⁶⁴. Fortalecer estos aspectos sería decisivo para la consolidación de la gestión de recursos hídricos en el Perú⁵⁶⁵.

A propósito, merece el esfuerzo de reproducir lo señalado por el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, quizá el más influyente estudioso del derecho de aguas de nuestro idioma, para quien “el concepto de administración de las aguas públicas entendido en su sentido material, se refiere no sólo a la acción ciertamente compleja que requiere el «buen orden en el uso y aprovechamiento» de las mismas, sino que comprende además [...] toda la actividad encaminada a lograr el mayor rendimiento de las aguas así como su máxima utilidad social”⁵⁶⁶. Recordar ello, y aplicarlo en una realidad donde la conservación del medio ambiente y la lucha contra la escasez del agua son puntos clave, es el reto moderno en lo que a gestión de recursos hídricos refiere.

3.3.1.3. *Las organizaciones de usuarios de agua*

Un primer punto que merece comentario es el referido a las **organizaciones de usuarios de agua**⁵⁶⁷, tanto agrarias como no

⁵⁶⁴ FRENCH, Adam. “Hacia una institucionalidad del agua más participativa e integrada: el complejo proceso de establecer los consejos de recursos hídricos de cuenca en el Perú”. En: URTEAGA, Patricia y VERONA, Aarón (Editores). *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú. Segundas Jornadas de Derecho de Aguas*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CICAJ-DAD: Lima, 2015, p. 148.

⁵⁶⁵ Los Consejos de Recursos Hídricos de Cuencas se configuran como órganos de participación en la determinación de políticas hídricas, tal y como lo señalan EMBID IRUJO, Antonio y MARTIN, Liber. *La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina*. Lima: Naciones Unidas, 2015, p. 30.

⁵⁶⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Problemas de organización en materias de aguas públicas”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 33, 1960, p. 47.

⁵⁶⁷ Sobre su concepto, recomendamos revisar el estudio de Silvia DEL SAZ; el cual, aunque enmarcado en la legislación española, desarrolla una aproximación a su naturaleza jurídica que vale la pena referir: DEL SAZ, Silvia. “Comunidades de usuarios”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: lustel, 2007, pp. 366 y ss.

agrarias, las cuales asumen un rol *fundamental*⁵⁶⁸ en el marco del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos⁵⁶⁹. El Reglamento de la LRH las define de la siguiente forma:

“Artículo 16.- Las organizaciones de usuarios de agua

Las organizaciones de usuarios de agua agrarias y no agrarias son asociaciones civiles sin fines de lucro que se crean con la finalidad de participar en la gestión del uso sostenible de los recursos hídricos, en armonía con la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos [...]”

Estas organizaciones son un claro ejemplo de participación de ciudadanos con la Administración, las cuales fueron clasificadas por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁷⁰ en participación orgánica, funcional y cooperativa. En esta línea, las organizaciones de usuarios configuran una participación orgánica toda vez que implican la

⁵⁶⁸ El profesor S. MARTÍN RETORTILLO señala su preocupación alrededor del importante papel de las Organizaciones de Usuarios en relación con la agricultura y la problemática al respecto, realidad muy cercana a la peruana. Vale la pena reproducir textualmente las ideas del maestro español: “se trata en primer lugar, de advertir que la temática que acabo de referir está cargada de dificultades. Es cierto que el ámbito de las Comunidades de usuarios va más allá del estrictamente agrario. No obstante, es obligado convenir el papel fundamental que en el mismo desempeñan. Un sector en profunda situación de crisis – o de reconversión –, extremo por todos admitido, por lo que no parece sea preciso insistir mayormente en él. Crisis además generalizada, universal, si bien notablemente acentuada entre nosotros por la claudicante torpeza con la que nuestros gobernantes negociaron en materia agraria la posición de España en la Unión Europea, y que habrá de costar mucho rectificar. Interrogarse sobre cuáles vayan a ser las posibilidades de nuestras Comunidades de regantes requiere hacerlo con carácter previo sobre cuál haya de ser el futuro de nuestra Agricultura. Además, guste o no, vivimos en una realidad internacionalizada que de modo muy directo determina nuestro sistema de producción. ¿No más regadíos? En algunos casos, incluso, radical replanteamiento de los existentes. ¿Hay que rectificar, reduciéndolas, las zonas regables existentes? ¿Hay que echar por tierra los logros alcanzados tras años de luchas y de aspiraciones en las que jugaron las mejores mentes de nuestra tierra? Son estos condicionamientos los que muy singularmente han de determinar el futuro de nuestra agricultura y, consecuentemente, de nuestras Comunidades de Regantes”. (MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de Aguas*. Óp. Cit., pp. 564-565).

⁵⁶⁹ EMBID IRUJO, Antonio. “Organizaciones de usuarios y participación en la gestión del agua en el derecho español: reflexiones generales y consideración de la reciente legislación peruana de aguas sobre estas cuestiones”. En: URTEAGA, Patricia y VERONA, Aarón (Editores). *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú. Segundas Jornadas de Derecho de Aguas*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CICAJ-DAD: Lima, 2015, p. 240.

⁵⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas, 1989, pp. 437 y ss.

incorporación de los ciudadanos en un órgano de la Administración pública⁵⁷¹.

Asimismo, el profesor EMBID IRUJO advierte que, en el caso peruano, las organizaciones de usuarios son consideradas una asociación civil solo en un primer momento, pues luego existe un reconocimiento mediante resolución administrativa por parte del ANA, seguido de una inscripción en el registro. Solo luego de dicho procedimiento, estas organizaciones podrán ejercitar las funciones, evidentemente públicas, que se le reconocen⁵⁷². En el Perú, actualmente se han identificado 5056 organizaciones de usuarios, distribuidas de la siguiente forma: 2776 en la vertiente del Atlántico, 1826 en la vertiente del Pacífico y 454 en la vertiente del Titicaca⁵⁷³.

La participación de los usuarios en la planificación hidrológica y la gestión de los recursos hídricos permiten que se cumplan “las exigencias que en plano teórico de la gobernabilidad se hacen en relación con la participación social en la configuración de las políticas públicas sobre el agua”⁵⁷⁴. Ello reafirma que su participación es muy influyente dentro de la organización administrativa del agua, ya que ejercen representación ante el ANA, participan en los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca⁵⁷⁵ y supervisan el cumplimiento de los pagos de las retribuciones económicas, tarifas de aguas y similares⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*. Núm. 1, 2006, p. 125. Asimismo, el autor comenta que, a diferencia de la doctrina española donde se reconoce constitucionalmente el derecho a la participación ciudadano, con énfasis en el ejercicio de las funciones administrativas; en el Perú existe una importante omisión sobre la participación ciudadana en los órganos administrativos, sobre todo por parte de la doctrina constitucional, la cual ha reducido su análisis a la participación política – electoral (Ídem, pp. 130-133).

⁵⁷² EMBID IRUJO, Antonio. “Organizaciones de usuarios y participación (...)”. *Óp. Cit.*, p. 241.

⁵⁷³ AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA. *Priorización de Cuencas para la Gestión de los Recursos Hídricos*. Lima, 2016, p. 40. Recuperado el 18 de mayo de 2019 de: https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/publication/files/priorizacion_de_cuencas_para_la_gestion_de_los_recursos_hidricos_ana.pdf

⁵⁷⁴ EMBID IRUJO, Antonio. “El Derecho de Aguas del Siglo XXI”. *Óp. Cit.*, p. 87.

⁵⁷⁵ Los cuales trataremos indistintamente como Consejos de Cuenca.

⁵⁷⁶ Ver el artículo 40 del Reglamento de la LRH.

3.3.2. Los derechos de uso en la LRH

En el Perú, la entidad encargada de la gestión y política de usos de aguas, gestión integrada y planificación de recursos hídricos y de ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas⁵⁷⁷ es la Autoridad Nacional del Agua – ANA, la cual es un organismo especializado adscrito al Ministerio de Agricultura y Riego. Como hemos repasado, el ANA se apoya de sus órganos desconcentrados como las AAA, ALA y los Consejos de Cuenca. Así, los títulos administrativos que habilitan el uso del agua “permiten que la Administración Pública cuente con una herramienta de control cuantitativo y cualitativo sobre el aprovechamiento del agua, lo cual permite que se garantice el aprovechamiento de los recursos hídricos de manera sostenible en el tiempo”⁵⁷⁸.

3.3.2.1. *Las “clases de uso de agua” según la LRH y su Reglamento*

En palabras de CAIRAMPOMA y VILLEGAS, “el agua se presenta como un bien indispensable para el desarrollo sostenible, no obstante, su sola presencia no resulta suficiente debido a que, además, su disponibilidad debe darse en cantidad y calidad necesaria” tanto para los usos ecológicos como para los usos del humano⁵⁷⁹. Desde una perspectiva normativa, la LRH y su Reglamento regulan tres clases de uso de agua en el siguiente orden de prioridad⁵⁸⁰: 1. Uso primario⁵⁸¹, 2. Uso poblacional⁵⁸²; y, 3. Uso productivo⁵⁸³; sobre los cuales nos referimos⁵⁸⁴.

⁵⁷⁷ Ver el Capítulo VIII del ROF del ANA.

⁵⁷⁸ CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y VILLEGAS VEGA, Paul. *Óp. Cit.*, p. 26.

⁵⁷⁹ Ídem, p. 24.

⁵⁸⁰ Ver artículo 55 del Reglamento de la LRH.

⁵⁸¹ Ver artículos 36 y 37 de la LRH y artículos 56 y 57 de su Reglamento.

⁵⁸² Ver artículos 39, 40 y 41 de la LRH y artículos 58, 59 y 60 de su Reglamento.

⁵⁸³ Ver artículos 42 y 42 de la LRH y artículos 61, 62 y 63 de su Reglamento.

⁵⁸⁴ Sobre ello nos hemos referido también en HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. *Óp. Cit.*, p. 14-15.

En primer lugar, la normativa menciona al uso primario, característico por su utilidad para satisfacer las necesidades básicas de las personas como bañarse, lavar, preparación de alimentos, entre otros. Ello, adicionado a su baja intensidad e inexistencia de alteración en la calidad y cantidad del agua, facilita su modo de uso; ya que es, generalmente, una utilización directa por parte de los usuarios.

Debido a su baja intensidad de uso, así como la inexistencia de alteración de la cantidad y calidad del agua, la administración no exige la obtención de algún título que habilite el uso primario. Así, nos referimos al *uso común* ya estudiado, toda vez que no impiden el uso de los demás ni procuran individualización del bien, hablamos entonces de un derecho cívico gratuito⁵⁸⁵.

En segundo lugar, la normativa distingue los usos poblacionales, que consisten en el aprovechamiento del agua de una fuente o red pública debidamente tratada, esencialmente con la finalidad de satisfacer necesidades básicas. El título habilitante para el ejercicio de los usos poblacionales es la licencia de uso, la cual se otorga a las entidades encargadas del suministro de agua poblacional, las denominadas Empresas Prestadoras de los Servicios de Saneamiento-EPS en zona urbana o las Juntas Administradoras de Servicios de Saneamiento en zonas rurales.

El uso poblacional, “sea a nivel rural o urbano, no se efectúa mediante métodos manuales para la captación del recurso ni para su distribución, además que, tratándose de un servicio brindado, implica una contraprestación económica por parte de los usuarios finales del servicio”⁵⁸⁶. Asimismo, cabe resaltar que existe un procedimiento especial que regula licencias de uso con fines doméstico-poblacional en el ámbito rural cuando no sea posible recibir el suministro de agua

⁵⁸⁵ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico (...)*. Óp. Cit., p. 152.

⁵⁸⁶ RUIZ OSTOIC, Lucía. “Reflexiones en torno al acceso al agua en el Perú, en el marco de la nueva Ley de Recursos Hídricos”. En: *Revista Derecho PUCP*. Núm. 70, 2013, p. 126.

a través de una Junta Administradora de Servicios de Saneamiento u otra organización comunal⁵⁸⁷.

Según los más recientes datos, entre febrero de 2017 y enero de 2018 el 89,4% de la población del país, es decir 28 millones 374 mil habitantes, acceden a agua para consumo humano proveniente de red pública (dentro de la vivienda, fuera de la vivienda, pero dentro del edificio o pilón de uso público). Se aprecia un incremento de 0,2 punto porcentual respecto a su año anterior. Asimismo, según el área de residencia el 94,4% de la población del área urbana accede a este servicio, frente a un 71,9% de la población rural⁵⁸⁸. No obstante, aún queda trabajo pendiente en este aspecto, ya que el 10,6% de la población total del país, no accede a agua por red pública, es decir se abastecen de agua de otras formas como mediante camión-cisterna (1,2%), pozo (2,0%), río, acequia, manantial (4,0%) y otros (3,3%)⁵⁸⁹; siendo la población rural la más afectada, pues el 28.1% de esta no tiene acceso al agua mediante redes públicas⁵⁹⁰.

La normativa actual regula un otorgamiento de derechos de uso vinculado necesariamente a una priorización del uso del agua, pues señala en el artículo 55 del RLRH, por un lado, que “el acceso al agua para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana es prioritario sobre cualquier otra clase o tipo de uso”; y, por

⁵⁸⁷ Ver el artículo 26 del Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y de Autorización de Ejecución de Obras en Fuentes Naturales de Agua (en adelante, RPDU), aprobado mediante Resolución Jefatural N.º 007-2015-ANA:

“Artículo 26.- Licencia de uso de agua con fines doméstico - poblacional

26.1 La licencia de uso de agua con fines domésticos - poblacionales se otorga en ámbitos rurales para satisfacer el uso personal, doméstico y de pequeñas actividades de subsistencia del solicitante.

26.2 La licencia de uso de agua con fines domésticos - poblacionales se otorga únicamente cuando no le sea posible recibir el suministro de agua a través de una Junta Administradora de Servicios de Saneamiento u otra organización comunal.

26.3 La resolución que otorga licencia debe ser notificada a la Municipalidad Distrital y a la Autoridad Regional de Salud. El administrado debe presentar “La acreditación de la aptitud del agua” en un plazo de treinta (30) días; en caso de incumplimiento se declarará la extinción del derecho, previo procedimiento sancionador”

⁵⁸⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Perú: formas de acceso al agua y saneamiento básico*. s/l, 2018, p. 4. Recuperado de: www.ana.gob.pe

⁵⁸⁹ Ídem, p. 8.

⁵⁹⁰ Ídem, p. 9.

el otro, que “en situaciones de escasez, el Estado asegura el uso preferente del agua para fines de abastecimiento de las necesidades poblacionales”.

De esta forma, vale la pena detenernos y resaltar la priorización del uso primario en tanto el agua satisfaga necesidades básicas, lo cual se fundamenta principalmente en su carácter de derecho humano y, además, para cuyo uso no se necesita título habilitante. Por otro lado, se señala que en situaciones de escasez, se prioriza el uso poblacional, entendemos, sobre los usos industriales. Dicha disposición es totalmente lógica y necesaria, pero nos invita a poner en el debate el hecho de que actualmente nos encontramos en un estado de escasez hídrica, para lo cual es necesario establecer políticas más severas de priorización del recurso y del otorgamiento de los derechos de usos a aquellos destinados al abastecimiento de agua potable. Dejamos claro que esta última reflexión no es materia exacta de la presente investigación, pero su exposición sirve para recordar que actualmente no nos encontramos en un estado de abundancia del recurso, sobre todo en la zona costa del Perú y, específicamente, en el departamento de Lima. Por lo tanto, es menester de las autoridades respetar esta disposición de priorización desde las planificaciones hidrológicas.

En tercer y último lugar, se regulan a los usos productivos del agua, que son definidos como aprovechamientos de carácter exclusivo de los recursos hídricos, requiriéndose obligatoriamente títulos habilitantes para su uso, como licencias, permisos o autorizaciones. Su orden de preferencia para su otorgamiento⁵⁹¹, de concurrir solicitudes de diversos sectores económicos, es el siguiente:

- a. Agrario, acuícola y pesquero;
- b. Energético, industrial, medicinal y minero;

⁵⁹¹ Ver los artículos 62 y 63 del Reglamento de la LRH.

- c. Recreativo, turístico y transporte;
- d. Otros usos.

Cabe resaltar que este orden de preferencia puede variar, excepcionalmente, según el Plan Nacional de Recursos Hídricos, las características de las cuencas, la disponibilidad del recurso o los planes de gestión del agua en las cuencas. No obstante, la priorización del uso productivo empieza con el sector agrario, estando los usos para fines industriales recreativos en un orden de priorización mucho más bajo, por ejemplo.

Ello evidencia que, en el Perú, los derechos de uso no se otorgan de forma irracional o por el simple orden de solicitud, sino que la autoridad está obligada a evaluar las finalidades del futuro aprovechamiento, en otras palabras, nos encontramos ante un sistema de otorgamiento de títulos administrativos que habilitan el uso del agua en función al propio uso que se pretenda dar al recurso hídrico y, definitivamente, de naturaleza discrecional.

Respecto al otorgamiento de los mencionados títulos habilitantes, el RPDU señala:

“Artículo 2.- Autoridad instructora y autoridad resolutive

2.1 La Dirección de la Autoridad Administrativa del Agua (AAA) resuelve en primera instancia los procedimientos administrativos, salvo los casos que por norma expresa se confiera dicha facultad a la Administración Local del Agua (ALA)”

De esta forma, como ya se podía desprender de lo explicado en la organización administrativa del agua, son las AAA en coordinación con las ALA y, para cuestiones particulares, con los Consejos de Cuencas, los órganos encargados del otorgamiento de los títulos que habilitan los derechos de uso de agua: licencias, permisos y autorizaciones.

A modo de ejemplo, recientes datos sobre la demanda de usos de agua en las cuencas de los ríos Rímac, Chillón y Lurín, que son las principales que abastecen el recurso a Lima Metropolitana, demuestran que en el 2016 el 69% de demandas de uso fue el poblacional, siendo lo demás requerido para uso productivo que se reparten entre los usos industrial, minero, energético y recreativo⁵⁹².

Sin embargo, merece cierto comentario la particular nomenclatura que ha utilizado el legislador para referirse a los tipos de usos de agua. Queda claro que cuando se habla del uso primario nos referimos a los usos comunes. Sin embargo, por razones –entendemos, pragmáticas–; se ha decidido la clasificación de usos poblacionales para aquellos prestados, en su mayoría, a las EPS; y los usos productivos prestados a diversos particulares para fines económicos. En nuestra opinión, estos tipos de uso de agua son manifestación de los *usos privativos*, sobre el cual nos hemos dedicado líneas arriba.

Es aquí cuando toma sentido nuestra disposición a clasificar los usos de bienes demaniales en comunes y privativos, con una fijación especial en la regulación peruana de los usos del agua. Tanto los usos poblacionales como los productivos son manifestaciones propias de *usos privativos*, toda vez que requieren habilitación expresa para su ejercicio (según la nomenclatura peruana: licencias, permisos y autorizaciones), y según realizan un uso exclusivo del agua, regulado así también por el Reglamento de la LRH⁵⁹³. En resumen, según el grado de intensidad, permanencia o rentabilidad, estos títulos serán

⁵⁹² AUTORIDAD NACIONAL DEL ANA. *Estado situacional de los recursos hídricos en las cuencas Chillón, Rímac y Lurín 2016/2017*. Lima: ANA, 2018, p. 41. Recuperado de: www.ana.gob.pe

⁵⁹³ **Artículo 61.- Uso productivo del agua**

61.1 El uso productivo del agua consiste en la utilización con carácter exclusivo de los recursos hídricos, como insumo para el desarrollo de una actividad económica. Para ejercer este uso se requiere de licencia, permiso o autorización de uso de agua otorgado por la Autoridad Nacional del Agua.

de naturaleza autorizacional o concesional; figuras propias del *uso privativo*⁵⁹⁴.

3.3.2.2. *La licencia de uso*

Las licencias de uso reguladas en la LRH y su Reglamento son aquellas otorgadas por el ANA a través de las AAA, en colaboración con las ALA, y con opinión de los Consejos de Cuenca. La licencia de uso definitiva es el título habilitante por excelencia para los usos de aguas en el Perú, calificación que asemeja a la definición de concesión de aguas de LÓPEZ RAMÓN⁵⁹⁵.

En primer lugar, las características de las licencias de uso de aguas son las siguientes⁵⁹⁶:

- a. Faculta a su titular el uso de agua de carácter **permanente**.
- b. Se otorgan con un **fin** y en un **lugar determinado**.
- c. Su **plazo es indeterminado**.
- d. Son **intransferibles**⁵⁹⁷.
- e. Garantiza la **exclusividad del uso**, ya que la resolución que la otorga consigna un volumen anual máximo asignado.
- f. Faculta a ejercer **servidumbres** previstas en la LRH.

Asimismo, la regulación contempla usos consuntivos y no consuntivos, diferenciación basada en el criterio de consumo del volumen de agua asignado. Respecto a los usos no consuntivos, donde los usos energéticos o aprovechamientos hidroeléctricos son un tradicional ejemplo, el titular está obligado a la devolución de las

⁵⁹⁴ GARCÍA PÉREZ, Marta. *La utilización (...)*. Óp. Cit., pp. 293-294.

⁵⁹⁵ “El título habilitante por excelencia de los usos privativos es la concesión demanial”. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico (...)*. Óp. Cit., p. 154.

⁵⁹⁶ Sobre ello nos hemos referido también en HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. *Óp. Cit.*, p. 16-18.

⁵⁹⁷ De esta forma, a diferencia de los ordenamientos jurídicos como Chile o España, no se configura mercados de aguas o “cuasi” mercados, en palabras de VERGARA BLANCO.

aguas según los parámetros definidos en el otorgamiento de su licencia.

De las características señaladas se concluye que las licencias de aguas *definitivas* habilitan el uso privativo en su máxima intensidad, dada la concurrencia de permanencia, plazo indefinido y exclusividad del uso. Debido a ello, advertimos que la naturaleza jurídica de las licencias de uso es indudablemente concesional, descartando su pertenencia al *genus* autorizacional, como explicaremos líneas abajo.

En segundo lugar, conviene detenernos en la naturaleza concesional de la licencia de uso. Por un lado, una lectura conjunta del artículo 66° de la CP de 1993, la LOASRN y la LRH y su reglamento; se advierte que la figura autorizacional ha sido desdibujada, toda vez que el tratamiento jurídico otorgado es el propio de una concesión. Ello, producto también de la herencia de la LGA, cuya redacción de títulos habilitantes fue tomada por la LRH. De esta forma, podemos afirmar que desde un punto de vista legislativo, la nomenclatura autorizacional es meramente instrumental, propia de la errónea tradición jurídica del sector (LGA); lo cual de ser analizado en conjunto con las disposiciones de la CP de 1993 y la LOASRN nos conducen a la correcta naturaleza jurídica del título en mención: una concesión de dominio público.

Por otro lado, independientemente del poco claro panorama legislativo, dogmáticamente también las clásicas diferencias entre autorizaciones y concesiones, tales como su naturaleza jurídica como acto administrativo o contrato, su naturaleza declarativa o constitutiva de derechos o su carácter reglado o discrecional; ya no son elementos que definan a cada uno de estos títulos administrativos. Sin embargo, desde nuestra posición, y como hemos venido defendiendo a lo largo de esta investigación, existen dos características claves que permiten establecer esta diferenciación: el plazo para el aprovechamiento y la intensidad del uso (que se refieren a permanencia y exclusividad).

En el caso de las licencias de uso de aguas, es su carácter indefinido, es decir, que el plazo de duración de la licencia de aguas transcurre mientras existe la actividad de aprovechamiento; un elemento fundamental que define su naturaleza concesional. Asimismo, existe una intensidad en su uso que no solo se manifiesta con la exclusividad, sino también en la presencia de construcciones fijas que permitan un aprovechamiento rentable del recurso, por ejemplo, los casos de las centrales hidroeléctricas. Por ello, nuestra postura es considerar a la licencia de uso de aguas como una concesión demanial.

En tercer lugar, vale hacer mención de dos tipos de licencias *atípicas* reguladas en la LRH: las licencias de uso en bloque⁵⁹⁸ y las licencias provisionales. Dichas licencias, **no poseen naturaleza concesional**. Ello, debido a que poseen un plazo determinado y, en el caso de las provisionales, su otorgamiento va condicionado a la existencia de una concesión sobre otra actividad, y el uso del agua no será efectivo sino hasta el otorgamiento de una licencia de uso *definitiva* –de naturaleza concesional–. De esta forma, como bien señala RUIZ OSTOIC⁵⁹⁹, las licencias provisionales comparten características más cercanas a las *autorizaciones de uso* que a las *licencias de uso*.

De esta forma, dejamos absolutamente claro que cuando nos referimos a la *licencia de uso* de naturaleza concesional, hacemos referencia exclusivamente a las *licencias de uso definitivas*. Las licencias de uso *provisional* y las licencias de uso *en bloque*, son títulos habilitantes de naturaleza meramente autorizacional. Comentaremos brevemente sobre cada una de ellas.

⁵⁹⁸ Ver artículo 51 de la LRH. Sobre estas, nos remitimos a los comentarios de RUIZ OSTOIC, Lucía. *Óp. Cit.*, pp. 129-132.

⁵⁹⁹ Ídem, pp. 133-134.

Por un lado, las licencias de uso *en bloque* se refieren a aquellas otorgadas a organizaciones de usuarios para el uso del agua desde una perspectiva colectiva⁶⁰⁰, aprovechadas desde una fuente de abastecimiento común. Cabe resaltar que la organización es la responsable de la operación y mantenimiento de la infraestructura hidráulica común, así como de la entrega de *Certificados Nominativos*, los cuales determinan el uso del agua correspondiente a cada integrante del bloque, otorgándose, según la normativa, “*los mismos derechos y obligaciones que las licencias de uso de agua individuales*”⁶⁰¹. En nuestra opinión, esta licencia es carácter autorizacional, toda vez que carece de intensidad en el uso y de exclusividad en su otorgamiento, es un título habilitante *sui generis* que es otorgado a un colectivo y, a su vez, mediante certificados forzados a adquirir valor jurídico, este colectivo determina la asignación del uso correspondiente a cada integrante. La finalidad de esta licencia, desde sus inicios, solo fue la de formalizar los derechos de uso de aguas preexistentes⁶⁰², dirigido especialmente a las comunidades campesinas e indígenas.

Por otro lado, las licencias de uso *provisionales* son aquellas que, para su otorgamiento, necesitan la opinión del Consejo de Cuenca y dos requisitos: que exista agua excedente y que no se afecten derechos de terceros⁶⁰³. Estas licencias son otorgadas a titulares de concesiones y es de plazo determinado según el de las concesiones que la originan. A nuestro criterio, la utilidad de esta autorización es residual, y dista mucho de la naturaleza concesional de la licencia de uso *definitiva* sobre todo en lo referente al plazo de duración, la intensidad del uso y complejidad de su otorgamiento.

⁶⁰⁰ El RLRH habla de una “pluralidad de beneficiarios, integrantes de la organización, que comparte una fuente y una infraestructura común” (Ver artículo 77).

⁶⁰¹ Ver artículo 78 del RLRH.

⁶⁰² RUIZ OSTOIC, Lucía. *Óp. Cit.*, p. 129.

⁶⁰³ Ver artículo 52 de la LRH.

Luego de este breve comentario, consideramos útil señalar los procedimientos para el otorgamiento de las licencias de uso de agua, los cuales son:

- a. Autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica;
- b. Acreditación de disponibilidad hídrica; y,
- c. Autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico.

Es así como las licencias de uso de agua se otorgan previa verificación técnica de campo de la conclusión de la ejecución de obras de aprovechamiento hídrico. El procedimiento específico se regula en el Reglamento de Procedimientos Administrativo para el Otorgamiento de Derechos de Uso – RPDU.

Finalmente, el RPDU regula también los procedimientos de otorgamiento de licencias de uso de aguas “especiales”, sea porque se prescinde algún procedimiento⁶⁰⁴ o por la presencia de situaciones excepcionales⁶⁰⁵; las cuales son las siguientes:

- Licencia de uso de agua con fines doméstico – poblacional;
- Licencia de uso de agua desalinizada y de agua de mar;
- Licencia de uso de agua con fines turísticos;
- Licencia de uso de agua con fines acuícolas – piscícolas;
- Licencia de uso de agua con fines mineros;
- Licencia de uso de agua prescindiendo del trámite de autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico

⁶⁰⁴ Por ejemplo, para el otorgamiento de la *licencia de uso de agua desalinizada y de agua de mar*, se prescinde de la exigencia del procedimiento de la acreditación de disponibilidad hídrica (ver artículo 27 del RPDU).

⁶⁰⁵ Por ejemplo, la *licencia de uso de agua con fines domésticos - poblacionales* se otorga únicamente cuando no le sea posible recibir el suministro de agua a través de una Junta Administradora de Servicios de Saneamiento u otra organización comunal (ver artículo 26 del RPDU).

3.3.2.3. *El permiso de uso*

La normativa de uso y aprovechamiento de las aguas en el Perú también reconoce a los permisos de uso de aguas como un título habilitante eventual. En palabras de EMBID IRUJO y MARTIN, se trata de un “título otorgado en *precario*”⁶⁰⁶. La LRH y su Reglamento distinguen dos tipos de permiso⁶⁰⁷:

- a. Permiso de uso de aguas para épocas de superávit: se caracteriza porque su otorgamiento se produce solo en períodos de superávit hídrico, siendo estos permisos de plazo indeterminado. Se resalta su carácter incierto, toda vez que no se asegura su disponibilidad.
- b. Permiso de uso sobre aguas residuales: Faculta al privado del uso de aguas superficiales de retorno, drenaje y filtraciones resultantes del ejercicio del derecho de los titulares de licencias de uso de aguas por un plazo indeterminado.

Asimismo, cabe resaltar que los permisos de uso se otorgan, principalmente, para usos agrarios. Cuesta creer que diversas empresas se arriesguen a la obtención de permisos para usos productivos debido a la inseguridad de su disponibilidad, debido a ello la salvedad que el legislador señala: la ANA “no es responsable por las pérdidas o perjuicios que pudieran sobrevenir a quien utilizare el permiso, si los recursos excedentes que lo motivan no permitieran alcanzar el objetivo para el cual fue solicitado”⁶⁰⁸.

Por ello, consideramos que los permisos de uso son dirigidos, principalmente, a la actividad agrícola, por ejemplo, para los cultivos

⁶⁰⁶ EMBID IRUJO, Antonio y MARTIN, Líber. *La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina*. Óp. Cit., p. 31.

⁶⁰⁷ Sobre ello nos hemos referido también en HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. Óp. Cit., p. 18-19.

⁶⁰⁸ Ver el artículo 87 del Reglamento de la LRH.

temporales⁶⁰⁹. Es un título habilitante de evidente naturaleza autorizacional, toda vez que posee una intensidad, rentabilidad y duración mínimas.

3.3.2.4. *La autorización de uso*

Por último, la LRH también regula las autorizaciones de uso como la típica técnica *autorizacional* para el uso de las aguas. Estas son de carácter temporal, ya que se otorgan por un plazo máximo de 2 años con posibilidad de una prórroga por el mismo tiempo. Su finalidad es cubrir exclusivamente las necesidades de aguas vinculadas con: 1. La ejecución de estudios u obras; y, 2. Lavado de suelos. Su otorgamiento está sujeto a silencio administrativo positivo.

Compartimos, en parte, la preocupación de RUIZ OSTOIC⁶¹⁰, en el sentido de que la legislación peruana, específicamente la Ley de Concesiones Eléctricas – LCE⁶¹¹; ha utilizado indistintamente la nomenclatura de *autorización de uso*, pues en el caso concreto de los aprovechamientos hidroeléctricos, se exige una *autorización de uso* a una figura que comparte más características de una *licencia de uso*, tanto por su vigencia indeterminada como por la intensidad del uso. Al respecto, nuestro análisis va más allá de las nomenclaturas propias de la LRH y su Reglamento, pues el título que habilita el uso del agua exigido en el caso de los aprovechamientos hidroeléctricos, por su vigencia, intensidad y exclusividad, corresponde a una **concesión demanial de uso de aguas**, lo que incorrectamente la normativa peruana denomina *licencia de uso*.

⁶⁰⁹ En esta línea, Cfr. RUIZ OSTOIC, Lucía. *Óp. Cit.*, p. 135.

⁶¹⁰ Ídem, p. 137.

⁶¹¹ Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley N.º 25844

Artículo 25.- La solicitud para la obtención de concesión definitiva, será presentada al Ministerio de Energía y Minas, con los siguientes datos y requisitos:

[...]

b) Autorización del uso de recursos naturales de propiedad del Estado, cuando corresponda [...]"

3.4. Las formas de uso privativo de aguas en la legislación extranjera

Previo al análisis de la naturaleza concesional de la licencia de uso de agua, como título que habilita el uso privativo del agua (del cual ya hemos adelantado nuestra posición y argumentos); consideramos necesario exponer una visión comparada respecto a países con una tradición jurídica en lo que respecta a usos demaniales como a derecho de aguas. Por ello, centraremos nuestro análisis en los regímenes jurídicos de uso de aguas en España, Argentina y Chile.

3.4.1. El caso español

Tal y como hemos venido señalando a lo largo de la presente investigación, el régimen jurídico de utilización de bienes demaniales en España se rige por la LPAP⁶¹², el cual diferencia entre usos comunes, usos especiales y usos privativos.

Si bien la LPAP regula, de forma general, la exigencia de un título habilitante otorgado por la autoridad competente para el uso y aprovechamiento de bienes demaniales (art. 84.1) a excepción de los usos comunes; “la utilización de los bienes demaniales depende en buena medida del sector demanial de que se trate, ya que muchas peculiaridades sobre su régimen de uso se regulan en las grandes leyes sectoriales de aguas, de costas, de minas”⁶¹³.

⁶¹² Sobre el tratamiento de la LPAP, recomendamos revisar íntegramente el voluminoso volumen coordinado por la profesora CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas”. Madrid: Civitas, 2004. Específicamente sobre el régimen de utilización de los bienes demaniales, recomendamos revisar el citado artículo del profesor PAREJO ALFONSO, Luciano. “El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones”. *Óp. Cit.*, pp. 433-474. Así también, textos relevantes sobre los usos demaniales: BERMEJO VERA, José (Director). *Derecho Administrativo Parte Especial*. 7ma. edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 2009. Especialmente, la Parte Tercera que refiere al Patrimonio y Propiedades Públicas; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. “Cuestiones del régimen general del dominio público”. *Óp. Cit.*, pp. 89-160; ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. *Óp. Cit.*, pp. 517-534. Asimismo, específicamente sobre el uso de aguas, entre la extensa bibliografía, por todos: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho de Aguas*. *Óp. Cit.*; EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007; LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. *Óp. Cit.*

⁶¹³ MOREU CARBONELL, Elisa. “El derecho público de los bienes”. *Óp. Cit.*, p. 393.

El uso general consiste en el uso que todos realicen sobre los bienes demaniales sin excluir a otros del mismo, por lo que no se exige título que habilite su uso. Asimismo, el uso especial, sin dejar de lado su carácter común (según la LPAP, art. 85.2), es aquel donde concurren circunstancias como la peligrosidad o intensidad del uso. Para ello, se requiere, comúnmente, una autorización demanial; aunque en casos exceda de 4 años se requerirá una concesión demanial.

Por último, el uso privativo se caracteriza, según la normativa española, por la limitación o exclusión del bien demanial por otros interesados (art. 85.3 LPAP), para lo que también se requerirá, por excelencia, la concesión administrativa; aunque en casos de un uso intenso de corta duración, se requerirá una autorización administrativa (art. 86.2 LPAP).

En el caso de los usos de las aguas públicas, esta se rige en su mayoría por lo dispuesto en el TRLA de 2001, y sus posteriores modificaciones.

Respecto a los usos comunes, estos se “tratan de supuestos marginales de utilización del agua”⁶¹⁴, y se condicen con las características propias de los usos comunes expresados en la LPAP; es decir, no se necesita título habilitante para su uso, además de “llevarse a cabo de forma que no se produzca una alteración de la calidad y caudal de las aguas” (art. 50 TRLA).

Sobre los usos comunes especiales, tales como la navegación y flotación, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos, o cualquier uso común no incluido en los generales que no excluya la utilización del agua por terceros (art. 51 TRLA); se caracterizan por el requerimiento de una declaración responsable. Ello, toda vez que

⁶¹⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico (...)*. Óp. Cit., p. 237.

estos usos especiales “han dejado de someterse a autorización administrativa en aplicación de los postulados liberalizadores de la Directiva de Servicios 2006/123/CE”⁶¹⁵.

LÓPEZ RAMÓN destaca los vertidos son un caso excepcional de usos especiales que requieren autorización administrativa, la cual establece “las condiciones en que debe realizarse el vertido, como son las relativas a instalaciones de depuración, elementos de control, límites cualitativos y cuantitativos, e importe del canon de control de vertido, que responde al principio ‘quien contamina paga’”⁶¹⁶ (art. 100 al 113 TRLA).

En relación con los usos privativos, estos solo se adquieren por disposición legal o por **concesión administrativa**, sea dicho uso consuntivo o no consuntivo, estando prohibido su adquisición por prescripción (art. 52 TRLA). Asimismo, estas concesiones demaniales se otorgarán según lo previsto en los Planes Hidrológicos (art. 59.4 TRLA), “aunque discrecionalmente, dado que estos planes únicamente generan expectativas y no verdaderos derechos al uso del agua”⁶¹⁷.

Asimismo, el aprovechamiento de las aguas subterráneas también se sujeta a concesión administrativa según un régimen especial de previa autorización (art. 74 TRLA). Quizá sea este régimen lo más parecido a la denominada *licencia de uso* del ordenamiento jurídico peruano; toda vez que la concesión de aguas subterráneas regulada en el TRLA también cuenta con una fase previa que consiste en la obtención de una *autorización de investigación de aguas subterráneas*, similar a las autorizaciones de disponibilidad de recurso hídrico o de ejecución de obras reguladas en la LRH y su Reglamento.

⁶¹⁵ Ibidem. También en PARADA, Ramón y LORA-TAMAYO, Marta. *Óp. Cit.*, p. 102.

⁶¹⁶ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Sistema jurídico (...)*. *Óp. Cit.*, p. 237.

⁶¹⁷ Ídem, p. 239.

Es así como en el derecho español, el uso privativo se habilita mediante la concesión demanial, toda vez que aquel obedece a las características de exclusividad e intensidad; es decir, no existe técnica autorizatoria que habilite el uso privativo de las aguas públicas⁶¹⁸.

3.4.2. El caso argentino

El derecho argentino de aguas se caracteriza por su régimen federal, pues el artículo 124º de su Carta Magna señala que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”; por lo cual las leyes provinciales determinan las condiciones del uso del agua. En esta línea, MARTIN y PINTO señalan que “el régimen federal argentino constituye un *prius* que determina una heterogeneidad de textos normativos en relación con el uso de las aguas, cuya regulación es una facultad de cada provincia”⁶¹⁹. En esta misma línea, podemos decir el sistema de aguas de Argentina, debido a su naturaleza federal, es muy complejo pues diferencia de Chile y España, en Argentina “las aguas constituyen una competencia estatal y hay tantas regulaciones como Estados federales existen (24 en el caso argentino)”⁶²⁰.

Sin perjuicio de ello, el derecho de aguas argentino tiene bases iusprivatistas, toda vez que, como señala SPOTA, “es posible observar cómo fue sin lugar a dudas el Código Civil la fuente principal tomada para la construcción de los principios del derecho de aguas argentino”⁶²¹. Sin embargo, MARIENHOFF apuntó que el derecho civil

⁶¹⁸ Podría considerarse como un supuesto excepcional el caso de la *reutilización de aguas públicas*, pero no debe olvidarse que el título que habilita dicho uso es la concesión; y solo bastará autorización administrativa en caso dicho uso sea solicitado por el titular de una autorización de vertido de aguas ya depuradas (art. 109.2 TRLA).

⁶¹⁹ MARTIN, Liber y PINTO, Mauricio. “Los mecanismos legales de acceso al agua en las provincias áridas del oeste argentino: principios y características comunes”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad de Cuyo*. Tomo 47, Núm. 1, 2015, p. 146.

⁶²⁰ MARTIN, Liber. “Instituciones y principios matrices (...)”. *Óp. Cit.*, p. 105.

⁶²¹ MARTIN, Liber. *Derecho de Aguas (...)*. *Óp. Cit.*, p. 21. Así también señala que “el primer rasgo que merece destacarse es que el régimen jurídico fue enfocado por los códigos civiles y la doctrina sistematizadora de sus disposiciones desde las posibilidades de propiedad sobre las aguas, es decir, desde el enfoque o paradigma dominial que parte de la doctrina ha considerado

no puede regular aspectos propios del derecho administrativo, como por ejemplo el uso de las aguas como bienes públicos⁶²², cuestión que respalda la doctrina contemporánea al señalar que “aun cuando entendamos que la norma civil nada tiene que regular sobre las aguas de dominio público, su análisis es de interés, sea porque de hecho las regula y con ello adquiere una virtualidad jurídica, sea porque es aplicable al ámbito federal, sea porque puede extenderse al ámbito provincial por antología”⁶²³.

Asimismo, vale resaltar que en 1999 la Subsecretaría de Recursos Hídricos inició un “proceso de intercambio de ideas en todas las provincias del país y con actores representativos de la mayoría de sectores vinculados al agua, con el objetivo de diseñar políticas comunes en materia hídrica”⁶²⁴, lo que finalmente culminó en el Acuerdo Federal del Agua de 2003, que estableció los Principios rectores de Política Hídrica de la República Argentina.

En el caso concreto de los usos del agua, la más clásica doctrina argentina los clasificó en comunes y especiales⁶²⁵, diferenciados

vigente desde el derecho romano hasta mediados del siglo XX. Respondiendo a esta concepción, se prestó especial atención a la titularidad del dominio de las aguas (perspectiva subjetiva), a la delimitación entre aguas públicas y privadas según los tipos de agua, a las servidumbres civiles y administrativas impuestas en el uso de las aguas en tanto limitaciones al dominio, a los usos comunes y especiales, y a las clases de aguas, entre otros tópicos que pueden mencionarse”. Ibidem.

⁶²² MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación de las aguas (...)*. Óp. Cit., p. 101 – 103.

⁶²³ MARTIN, Liber y PINTO, Mauricio. “El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela ambiental”. En: *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015, p. 112.

⁶²⁴ KLOSTER, Silvia Elizabeth. “Argentina: Recursos hídricos y su vulnerabilidad”. En: MORA ALISEDA, Julián (Director). *Gestión de Recursos Hídricos en España e Iberoamérica*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi, 2015, p. 195.

⁶²⁵ Cfr. MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación de las aguas (...)*. Óp. Cit.

ambos por la exigencia de un título que habilite el uso⁶²⁶ y la exclusión de otros⁶²⁷; criterio que se sigue manteniendo por la actual doctrina⁶²⁸.

Sobre los usos comunes, la doctrina argentina los define como aquellos “que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, y sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad”⁶²⁹. El actual Código Civil y Comercial de la Nación argentino, aprobado mediante Ley N. ° 26994 (CCCN) vigente desde 2015, regula en su artículo 237 que “los bienes públicos del Estado son inajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”⁶³⁰. Como señala Liber MARTIN, el uso común ha sido reconocido y desarrollado de forma más extensa por las diversas legislaciones provinciales o locales como la Ley de Aguas de Mendoza, el Código de Aguas de Córdoba, el Código de Aguas de Buenos Aires, entre otras⁶³¹.

Por otro, los usos especiales o privativos, son aquellos que “únicamente pueden realizar aquellas personas que se encuentren en las condiciones que al efecto exige la ley”⁶³², o “lo que es igual, que dispongan del título administrativo hábil y suficiente para la utilización especial”⁶³³. Al igual que en los usos comunes, la normativa especial de cada provincia regula las condiciones de los usos privativos.

⁶²⁶Al respecto, Liber MARTIN señala que “el hecho de que se repite por principio libre y gratuito [...] no obsta a que ciertas utilidades requieran de una autorización o permiso especial, tal como ocurre con el caso de la pesca o la navegación, que normalmente requieren, además, algún desembolso pecuniario, lo que no alcanza para configurar una excepción cabal a los sentados principios de libertad y gratuidad, que informan los usos comunes, manteniéndose dentro de lo que puede considerarse como una reglamentación razonable de su ejercicio”. MARTIN, Liber. *Usos del agua (...)*. Óp. Cit., p. 131.

⁶²⁷ MARTIN, Liber. *Usos del agua (...)*. Óp. Cit., p. 134. Toma como base a MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho de aguas*. Óp. Cit., p. 247.

⁶²⁸ Por todos, MARTIN, Liber. *Usos del agua (...)*. Óp. Cit.

⁶²⁹ MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación de las aguas (...)*. Óp. Cit., p. 544.

⁶³⁰ El antiguo Código Civil de 1869 señalaba en su artículo 2341 que “las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código y a las ordenanzas generales o locales”.

⁶³¹ MARTIN, Liber. *Usos del agua (...)*. Óp. Cit., pp. 130-131.

⁶³² MARIENHOFF, Miguel. *Régimen y legislación de las aguas (...)*. Óp. Cit., p. 562.

⁶³³ MARTIN, Liber. *Usos del agua (...)*. Óp. Cit., p. 133.

Respecto a los títulos que habilitan el uso privativo, destacan las concesiones y los permisos. Sobre ello, MARTIN afirma que “la concesión ha sido la forma normal de acceder al uso privativo de las aguas en el derecho argentino”⁶³⁴, ante lo que el permiso constituiría, según la doctrina clásica, un título imperfecto, un acto de mera tolerancia de la administración y por naturaleza *precario*⁶³⁵.

Nos llama la atención lo anteriormente expuesto, ya que podemos observar una leve semejanza con la problemática peruana que tratamos en esta tesis respecto a la naturaleza concesional de la licencia de aguas. No obstante, existe una distancia muy clara, ya que la legislación argentina sí cuenta con la figura concesional como título por excelencia para acceder a los usos privativos, siendo su permiso un título residual, cuya naturaleza, como es de esperarse, ya ha sido criticada como *imperfecta*. Caso contrario lo que sucede en el Perú, donde no existe la concesión como título para acceder al uso privativo, y la licencia de aguas como título para acceder a dichos usos parece no haber despertado interés en la doctrina a pesar de su evidente naturaleza concesional.

Los permisos en la legislación argentina son otorgados a título oneroso y condicionado a la disponibilidad hídrica, necesidades reales del titular y otros requisitos menores; y generalmente para extracción de agua subterránea o superficial, descarga de efluentes líquidos a conductos pluviales o curso de agua superficial, y labores transitorias y especiales⁶³⁶.

⁶³⁴ Ídem, p. 145.

⁶³⁵ Ídem, p. 146.

⁶³⁶ EMBID IRUJO, Antonio y MARTIN, Líber. *La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina*. Óp. Cit., p. 39.

3.4.3. El caso chileno.

En el caso del derecho de aguas chileno, este se rige por el Código de Aguas de 1981, en el cual los derechos de aprovechamiento ocupan un lugar residual, pues la “mayoría de los derechos de aguas son “antiguos”, es decir, provienen de regímenes previos al Código de 1981”⁶³⁷.

Sin perjuicio de ello, las aguas como *bienes de uso público*, según la legislación chilena, son susceptibles de usos comunes y privativos. De forma idéntica a lo expuesto en las otras legislaciones, los usos comunes o generales responden a los que pueden acceder cualquier persona sin necesidad de habilitación previa; mientras los usos privativos son de naturaleza exclusiva y excluyente, necesitados de habilitación administrativa⁶³⁸.

De esta forma, el título de aprovechamiento de aguas por excelencia en el derecho chileno es la **concesión**. Sobre ella, el profesor VERGARA BLANCO afirma que “una vez operada la *publicatio* en materia de aguas, el Estado-Administración se reserva la potestad de otorgar a los particulares el título que les permite acceder a la explotación: la concesión”⁶³⁹.

Asimismo, en el contexto chileno la concesión también se caracteriza por su naturaleza de derecho real administrativo, lo cual significa que “teniendo en cuenta la inapropiabilidad de los bienes nacionales de uso público [se] pretende cubrir al derecho particular para aprovechar las aguas con el estatuto jurídico de propiedad. En otras palabras, que se le aplicase las normas de adquisición, conservación y pérdida del

⁶³⁷ RIVERA BRAVO, Daniela. *Usos y derechos consuetudinarios de aguas (...)* Óp. Cit., p. 151.

⁶³⁸ Ídem, p. 47.

⁶³⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Evolución y principios del derecho de aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile”. En: AA.VV. *Derecho de Aguas. Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 467.

dominio”⁶⁴⁰. Ello también es desarrollado por VERGARA BLANCO, para quien estos derechos reales administrativos que nacen a través de la concesión son los denominados derechos de aprovechamiento en materia de aguas, donde “la Administración crea tales derechos, ex *novo*, pues no existían antes, ni podían existir en el sector del aprovechamiento de las aguas que, como consecuencia de la *publicatio*, había quedado excluido del tráfico jurídico privado”⁶⁴¹.

Ante lo expuesto, y para los fines de la presente investigación, queda claro que la concesión es el modo por excelencia de adquirir el derecho de aguas en la realidad chilena, al igual que en el contexto argentino (a pesar del sistema federal del mismo), y los aprovechamientos privativos del sistema español. Así, coincidimos con RIVERA BRAVO cuando señala que “estamos frente a la razón de ser y finalidad última de la concesión: ser la vía ordinaria que permite a los particulares acceder a la utilización privativa del recurso hídrico”⁶⁴².

3.5. Conclusiones preliminares. El contexto actual del régimen de aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú: la naturaleza concesional de la licencia de uso

El primer punto que llama nuestra atención es la nomenclatura que utiliza el legislador peruano para referirse a los títulos que habilitan los derechos de uso de aguas, estos son licencia, permiso y autorización. Es así como, en palabras del profesor LAGUNA DE PAZ, nos

⁶⁴⁰ CELUME BYRNE, Tatiana. *Régimen Público de las Aguas*. Óp. Cit., p. 209.

⁶⁴¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. “Evolución y principios del derecho de aguas (...)”. Óp. Cit., p. 467.

⁶⁴² RIVERA BRAVO, Daniela. *Usos y derechos consuetudinarios de aguas (...)* Óp. Cit., p. 48.

encontramos ante una “hemorragia terminológica”⁶⁴³, la cual resulta inoperativa ante un análisis integral de la figura autorizacional^{644 645}.

Al respecto, sería impreciso afirmar la identidad de las autorizaciones, permisos y licencias; toda vez que existen diferencias que se evidencian, sobre todo, desde el punto de vista formal. Quizás ello ha motivado a diversos autores a forzar diferencias claras, posiblemente buscando tratarlas como títulos de naturaleza distinta⁶⁴⁶.

En la doctrina peruana, podemos advertir el trabajo de la profesora Xennia FORNO⁶⁴⁷, quien establece las características principales de los títulos habilitantes, diferenciando sutilmente las autorizaciones, permisos y licencias. Sin embargo, ya adelantaron GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ que estas figuras “con unos y otros matices y bajo una terminología muy variada, expresan ideas muy próximas entre sí”⁶⁴⁸. En nuestra opinión, si bien reconocemos las diferencias entre dichas nomenclaturas, propias de todo *genus* jurídico,

⁶⁴³ El profesor LAGUNA DE PAZ señala que “la dialéctica que acompaña a la autorización se ha visto propiciada por la profusión terminológica que emplean la normativa, la jurisprudencia, y aún la propia doctrina. Se utilizan a este respecto expresiones como *autorización*, *permiso* o *licencia*. Esta hemorragia terminológica – GIANNI habla de promiscuidad en el uso de los términos – es también compartida por los países de nuestro entorno”, y cita ejemplos de las normativas alemana e italiana. (LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Óp. Cit., p. 32).

⁶⁴⁴ En este sentido, el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO señala que “las diferenciaciones y matices que entre las autorizaciones, licencias, aprobaciones, etc., se han señalado insisten, buscando diferencias siempre en la forma o en el tiempo en que se realizan tales actos administrativos, y pueden aparecer, como se ha indicado recientemente, como un tanto inoperantes desde una perspectiva estructural de tales actos”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Acción administrativa (...)”. Óp. Cit., p. 150.

⁶⁴⁵ En esta línea, también MUÑOZ MACHADO afirma que “dentro de la fórmula genérica de la autorización se reúnen, con diferentes denominaciones técnicas que tienen un significado parejo, como los permisos, licencias, visados, habilitaciones, etc... Todas estas denominaciones las utiliza la legislación vigente, aunque su régimen no difiere en lo esencial” (MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas”. Óp. Cit., p. 85).

⁶⁴⁶ Valiosa doctrina referente en ENTRENA CUESTA, Rafael. Óp. Cit., pp. 642 y ss.

⁶⁴⁷ FORNO CASTRO POZO, Xennia. “El título minero como acto administrativo habilitante”. En: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*. Núm. 8, 2009, pp. 54-55.

⁶⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso (...) Tomo II*. Óp. Cit., p. 133. Así, postulan que “en todos estos casos (autorizaciones, permisos, licencias, visados, habilitaciones, colegiaciones, dispensas, inscripciones incluso, etc.) una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. La intervención de la Administración por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que, de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos”. *Ibidem*.

consideramos que todos ellos suponen la misma técnica de intervención calificada como **autorización**⁶⁴⁹.

Así también, es el profesor español Aurelio GUAITA quien enfatiza la necesidad de utilizar el término idóneo al referirnos a los aprovechamientos de recursos hídricos. Al respecto, señala que el término correcto para los usos privativos del agua es la **concesión**, toda vez que genera “un derecho consolidado y adquirido”, siendo el término **autorización** o, en nuestro caso “**licencia**”, “discriminatorio y perturbador”⁶⁵⁰.

En segundo lugar, tal y como hemos concluido en el capítulo anterior, la calificación constitucional del agua como Patrimonio de la Nación, no significa más que la denominación del agua como un bien de dominio público, para ser más estrictos, *funcionalizado*. Superado ello, tenemos otro mandato constitucional relevante materializado en el artículo 66°, según el cual:

“los recursos naturales, renovables y no renovables, son Patrimonio de la Nación. El Estado es soberano de su aprovechamiento [...] por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

Entonces, de lo expuesto se advierte una **primera conclusión**: que según nuestra actual Constitución Política de 1993, el agua, en su calidad de recurso natural, es un bien de dominio público cuyo aprovechamiento se configura mediante la figura de la concesión,

⁶⁴⁹ En este sentido, LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Óp. Cit., p. 33; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “Acción administrativa (...)”. Óp. Cit., p. 150; ENTRENA CUESTA, Rafael. Óp. Cit., p. 643; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones (...)*. Óp. Cit., p. 129.

⁶⁵⁰ GUAITA, Aurelio. *Derecho administrativo especial [...]*. Óp. Cit., p. 150. También citado por ESPINOZA RODRIGUEZ, Francis Rosario. *El agua para la producción de energía [...]*. Óp. Cit., p. 175.

cuyo procedimiento y presupuestos serán desarrollados en su ley especial.

Sin embargo, si recurrimos a la LOASRN, especialmente a su artículo 24°, esta señala que:

“las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable”.

Cabe recalcar que la citada norma fue publicada el 26 de junio de 1997, cuando aún estaba vigente la LGA de 1969, normativa emitida durante el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas; la cual regulaba a las licencias, permisos y autorizaciones como títulos habilitantes del uso del agua ⁶⁵¹. Cabe recalcar que dicha nomenclatura no varió con la LRH, toda vez que su redacción actual regula el mismo esquema de títulos habilitantes.

Como **segunda conclusión**, puede advertirse que el texto de la LOASRN trata de armonizar la redacción de la Ley General de Aguas propia de un gobierno estatista temeroso de usar figuras concesionales que aparenten una pérdida de dominio del estado de sus propios recursos; con lo dispuesto en la Constitución Política de 1993, que señalaba de forma acertada a la concesión como la figura adecuada para el otorgamiento del uso de aguas a los privados. Es decir, mediante la LOASRN se desnaturalizan las figuras autorizacionales (entre ellos, definitivamente, la licencia de uso) para darles un contenido completamente concesional (ya que se señala *“tiene los mismos alcances que las concesiones”*).

⁶⁵¹ Artículo 28°.- Los usos de las aguas se otorgan mediante permiso, autorización o licencias.

Es allí de donde se desprende nuestra **tercera conclusión** de este segundo argumento, la cual es que la licencia de uso regulada en la LRH tiene una naturaleza concesional según el supuesto previsto en el artículo 24° de la LOASRN y el artículo 66° de la Constitución Política de 1993. Para evitar este tipo de confusiones no solo formal sino también material, ya que nos referimos a figuras completamente distintas (autorización/licencia y concesión) que producen efectos jurídicos distintos en su aplicación; lo correcto hubiese sido que al derogar la Ley General de Aguas en el 2008, la nueva Ley de Recursos Hídricos regulara a la concesión como el título por excelencia que habilite el uso de aguas, mas no la licencia de uso.

Como tercer argumento, a nuestro entender, la licencia de uso *definitiva* de agua regulada en la LRH y su Reglamento es un título habilitante de naturaleza concesional. **Primero**, por un tema legislativo, ya que, dentro de una interpretación sistemática y concordada entre la LRH, la LOASRN y la CP de 1993, se concluye que la licencia de uso tiene naturaleza de concesión demanial. **Segundo**, al realizar un análisis material de estas figuras, determinamos que las principales características de las licencias de uso *definitivas* en nuestra legislación son su plazo indeterminado y su uso permanente, excluyente y exclusivo. Estas características no encajan en la definición doctrinal de autorización demanial, ya que las licencias de aguas confieren un uso muy intenso durante un plazo indeterminado. En este sentido, cuando la normativa de aguas se refiere a licencia de uso (*definitiva*) de aguas, el título en mención será la concesión demanial, la cual otorga mayores cuotas de seguridad jurídica al particular⁶⁵².

⁶⁵² Íbidem.

Por lo expuesto, coincidimos totalmente con FUENTETAJA PASTOR cuando señala que

“lo que en realidad hay que plantearse es la insuficiencia de la autorización para explicar los títulos habilitantes. Y ello en razón, primero, a la relativización de la distinción entre la autorización y la concesión, al haber tomado aquélla muchos elementos de esta, y, segundo, a la explicación de esa contaminación concesional de la autorización: la ausencia de una auténtica teoría general de la autorización”⁶⁵³

Justamente, la licencia de uso de aguas como técnica autorizacional es totalmente insuficiente para explicar el contenido concesional que ostenta, situación que ha sido heredada de una ley propia de un régimen militar y nacionalista; pero que ha sido mantenida conscientemente en la legislación actual, lo cual consideramos es momento de repensar. El hecho de denominarla “licencia de uso de aguas”, remite a incluirla dentro del régimen jurídico –y por lo tanto de principios jurídicos y leyes aplicables– de la técnica autorizacional, donde se incluyen los permisos y autorizaciones de uso –y también las licencias en bloque y provisionales—; cuando lo correcto desde un punto de vista jurídico es incluirla dentro del régimen jurídico de la concesión demanial.

Finalmente, hasta el momento hemos expuesto nociones conceptuales de carácter general respecto a la naturaleza concesional de la licencia de uso de aguas. Por lo tanto, resulta oportuno aplicar estas aproximaciones a un caso puntual de usos privativos, para lo cual analizaremos a las licencias de uso de aguas para fines de generación de energía eléctrica, donde se podrá apreciar el contenido jurídico del título y si la figura autorizacional realmente es suficiente para lo que dicho uso privativo representa.

⁶⁵³ FUENTETAJA PASTOR, Jesús. “Elementos autorizatorios y concesionales (...)”. *Óp. Cit.*, p. 102.



CAPÍTULO IV

EL APROVECHAMIENTO DE AGUAS CON FINES ELÉCTRICOS EN EL PERÚ

4.1. El agua y los proyectos hidroeléctricos. II 4.1.1. El uso productivo del agua para la generación de energía eléctrica. II 4.1.1.1. La relación de agua con la generación de energía eléctrica. II 4.1.1.2. Los aprovechamientos hidroeléctricos como usos productivos. II 4.1.2. El marco normativo peruano sobre la generación de energía eléctrica. II 4.1.2.1. El marco eléctrico general según la LCE. II 4.1.2.2. El marco jurídico especial según la Ley RER. II **4.2. La concesión hidroeléctrica: requisitos y consideraciones.** II 4.2.1. El régimen jurídico de los aprovechamientos hidroeléctricos y la actual normativa de protección ambiental en las actividades eléctricas. II 4.2.2. Algunos temas pendientes: la ausencia de planificación hidrológica a nivel nacional. II 4.2.2.1. La planificación como técnica general. II 4.2.2.2. En particular, sobre la planificación hidrológica. II 4.2.2.3. La incidencia de la planificación hidrológica en el sistema concesional. II 4.2.3. Sobre el procedimiento regular y los títulos administrativos necesarios: análisis del DS041. II 4.2.3.1. Sobre el procedimiento regular para obtener la licencia de uso de aguas con fines de generación de energía eléctrica. II 4.2.3.2. Sobre el rol de la ANA en el otorgamiento final de la licencia de uso de aguas. II 4.2.4. El caudal ecológico y su aplicación en los proyectos hidroeléctricos. II 4.2.4.1. Sobre el concepto de los caudales ecológicos. II 4.2.4.2. Los caudales ecológicos y las modificaciones de su metodología de cálculo en la normativa peruana: la posibilidad de indemnización en casos de revisión de concesiones. II **4.3. Conclusiones preliminares: la naturaleza concesional de la licencia de uso aguas en los proyectos hidroeléctricos.**

El reconocimiento del agua como un bien de dominio público *funcionalizado*, nos invita a repensar si la protección jurídica que sobre ella existe se realiza de forma coherente con los fines que busca alcanzar. Por esta razón es fundamental reflexionar acerca de la oportunidad de los títulos habilitantes que garantizan el correcto aprovechamiento de los recursos hídricos, ya que estos no cumplen la función de un simple procedimiento administrativo, sino que son el eje de la protección administrativa de un recurso que posee una función pública determinante.

Por ello, luego de fundamentar la naturaleza concesional de las licencias de uso de aguas, conviene desarrollar cómo esta institución se aplica en otros sectores como es el caso de la energía eléctrica. La relación entre el agua y la energía es uno de los tópicos que ha generado mayor interés en los últimos años, en parte, debido a las demandas de formas alternativas de energía y la búsqueda por una mayor productividad del agua frente a las sombras de su escasez.

En este capítulo analizaremos, en *primer lugar*, la relación del agua con la energía y cómo se configuran los denominados aprovechamientos hidroeléctricos en nuestra realidad jurídica. En *segundo lugar*, trataremos la regulación de las concesiones definitivas de generación eléctrica y algunos indicios jurídicos de su interrelación con el agua dentro de la Ley de Concesiones Eléctricas y la regulación sectorial correspondiente. Como *tercer acápite* de este capítulo, estudiaremos conceptos fundamentales para entender el funcionamiento de los aprovechamientos hidroeléctricos dentro del marco de la llamada “disponibilidad hídrica”, así como sus conceptos conexos como son el caudal ecológico, el Instrumento de Gestión Ambiental y la ya mencionada planificación hidrológica, el cual, insistimos, es una herramienta base para el correcto funcionamiento de un derecho de aguas peruano. Finalmente, enfatizaremos la naturaleza concesional presente en los proyectos hidroeléctricos, destacando los elementos propios de la figura de la concesión en la

licencia de uso agua requerida para fines eléctricos, así como una aproximación al estudio de la discrecionalidad administrativa existente en estos supuestos.

4.1. El agua y los proyectos hidroeléctricos.

4.1.1. El uso productivo del agua para la generación de energía eléctrica.

4.1.1.1. *La relación de agua con la generación de energía eléctrica.*

El agua es un elemento que se relaciona con diversas actividades como la minería, la agricultura o la energía. Por ello, volvemos a mencionar el papel fundamental de una correcta planificación hidrológica, ya que toda vez que esta encuentra su fundamento en la atención a los distintos usos del agua, puede cubrir los vacíos que existan en las planificaciones de los sectores energía o agrícolas⁶⁵⁴, por citar algún ejemplo. Quizá ello deslice la posibilidad de pensar en una planificación integral⁶⁵⁵, pues, como notaremos a lo largo de este capítulo, la interconexión entre el agua y la energía en la legislación y planificación es muy deficiente; no obstante, un análisis de ello a profundidad excede los límites y objetivos de la presente investigación.

Particularmente, nuestro estudio se centrará en la producción de energía eléctrica, toda vez que constituye el motor de desarrollo de

⁶⁵⁴ EMBID IRUJO, Antonio y MARTÍN, Liber. *El Nexo entre el agua, la energía y la alimentación en América Latina y el Caribe. Planificación, marco normativo e identificación de interconexiones prioritarias*. Santiago: Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ONU, CEPAL), 2017, p. 14.

⁶⁵⁵ Cfr. MIRALLES-WILHELM, Fernando. “Desarrollo y aplicación de herramientas analíticas a la planificación trinómica Agua-Alimentos-Energía en América Latina y el Caribe”. En: *Water Monographs*, Núm. 02, 2014, p. 77. El autor señala que “existe una necesidad apremiante para la planificación integrada de desarrollo de los recursos relativos al trinomio AAE y su uso, para evitar escenarios no deseados e insostenibles en los próximos años. Aunque el trinomio AAE es bastante evidente, estos tres sectores históricamente se han regulado y gestionado por separado; y a pesar de la creciente preocupación por estas tendencias, los tomadores de decisiones a menudo permanecen mal informados acerca de sus implicaciones y mal equipados para hacer frente a los posibles resultados de esa mala información”.

las naciones ⁶⁵⁶, lo cual resulta estratégico para los sectores productivos de todo país⁶⁵⁷. Una muestra de la relevancia del agua para la generación de energía se puede observar en los datos del IRENA, pues según dicha organización, el 15% de captaciones mundiales de agua son destinadas a la generación de energía eléctrica; a tal punto de que recomienda la reducción del agua para su generación y su sustitución por energías renovables alternativas o no convencionales procedentes del sol o el viento⁶⁵⁸.

En este mismo sentido, además de recalcar la importancia de la gestión integrada del agua y la energía, en la Agenda de Aguas de las Américas se afirma que “el desarrollo futuro de la hidroeléctrica enfrenta la tendencia de financiar grandes proyectos de infraestructura hacia proyectos más pequeños [...], así como la tendencia hacia la exploración de fuentes alternativas de energía, tales como la solar y la eólica⁶⁵⁹”; señalando claramente que dichas fuentes aún no se consideran como sustitutos viables de la energía hidráulica ⁶⁶⁰. No obstante, esta última afirmación cada vez irá perdiendo vigencia ante el desarrollo de la energía nuclear o eólica a gran magnitud, lo cual no solo es una alternativa de energía limpia,

⁶⁵⁶ Como menciona Carles SUNDRIA, la hidroelectricidad fue clave para el impulso industrial del primer tercio del siglo XX en España, donde “desempeñó un papel esencial en el abaratamiento de los costes de producción, en la mejora de la calidad de vida doméstica y urbana y en la modernización de los transportes, permitiendo, por ejemplo, la instalación del metro” (SUNDRIA, Carles. “Un factor determinante: la energía”. En: SUNDRIA, Carles, NADAL LORENZO, Jordi y CARRERAS I ODRIOZOLA, Albert. *La economía española en el siglo XX: una perspectiva histórica*. Barcelona: Ariel, 1987, pp. 313-353. Citado por: DELGADO PIQUERAS, Francisco. *Óp. Cit.*, p. 102).

⁶⁵⁷ AMAYA ARIAS, Ángela María y GUZMÁN JIMÉNEZ, Luis Felipe. “La industria energética y el recurso hídrico en Colombia. Breve referencia al caso de la Hidroeléctrica El Quimbo”. En: *Global Iure*, Núm. 04, 2016, p. 186.

⁶⁵⁸ EMBID IRUJO, Antonio y MARTÍN, Liber. *El Nexo entre el agua, la energía y la alimentación en América Latina y el Caribe [...]*. *Óp. Cit.*, p. 31.

⁶⁵⁹ Un estudio del impacto ambiental y social de diversas fuentes de energía renovable determinó que la energía eólica es la más sostenible debido a sus bajas emisiones de gases de efecto invernadero. Asimismo, durante el período 2000-2010, la generación de electricidad eólica aumentó en un promedio de 27%, mientras la de energía solar fotovoltaica en un promedio de 42% anual. (WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME-WWAP. *Agua y Energía: Datos y Estadísticas. Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo*. 2014, p. 2. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: <https://www.ana.gob.pe>)

⁶⁶⁰ WORLD WATER FORUM. *Agenda de Agua para las Américas: Metas, soluciones y rutas para mejorar la gestión de los recursos hídricos*. Marsella, 2012, p. 60. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: <https://www.gwp.org>

sino que se presenta también como una opción frente a los problemas socioambientales que, como veremos más adelante, puede causar la generación de energía hidroeléctrica a gran escala.

Asimismo, en el Perú, dicha relación (agua-electricidad) está dotada de mayor base legal y relevancia práctica, toda vez que hasta el año 2002, la electricidad generada a partir de energía hidroeléctricas representaba el 85% del total de energía generada en el país⁶⁶¹. Sería un ejercicio fácil creer que dicha importancia representa un correcto desarrollo en la realidad, por lo que plantearemos dos ideas que serán claves para entender el porqué de la relevancia del estudio de la energía hidroeléctrica en nuestro país.

En primer lugar, a nivel mundial, y sobre todo en países desarrollados como, por ejemplo, España; la producción de energía hidroeléctrica, si bien se mantiene importante, actualmente se caracteriza por un crecimiento casi nulo cuantitativamente hablando en comparación con otras fuentes de energía, tales como la eólica o la nuclear⁶⁶². Debido al nivel de infraestructura, inversión inicial⁶⁶³ y alta ingeniería que estos tipos alternativos de producción de energía requieren, es evidente que su desarrollo solo es posible, al menos por ahora, en países desarrollados. Cabe resaltar que, a largo plazo, este tipo de energía deviene en un costo de producción barato y rentable, a comparación de fuentes tradicionales⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Porcentaje que disminuyó al 61% en el año 2008 con el “descubrimiento” del Gas de Camisea. Cfr. ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA. “¿Qué son las Energías Renovables? s/f. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.osinergmin.gob.pe

⁶⁶² EMBID IRUJO, Antonio. “El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico”. *Op. Cit.*, p. 20.

⁶⁶³ Así, según el IRENA, “la instalación de la energía eólica requiere de una considerable inversión inicial, pero posteriormente no presenta gastos de combustible”. Citado por: VÁSQUEZ, Arturo; TAMAYO, Jesús y SALVADOR, Julio (Editores). *La industria de la energía renovable en el Perú: 10 años de contribuciones a la mitigación del cambio climático*. Lima: Osinergmin, 2017, p. 40.

⁶⁶⁴ Por ejemplo, según el informe del *Renewable Infrastructure Investment Handbook* del World Economic Forum; en el 2006 la energía solar costaba US\$ 600/MWh; mientras que las tradicionales (carbón y gas natural) ascendían a US\$ 100/MWh. El coste de las energías renovables era 6 veces mayor al de las energías tradicionales. Al 2016, esta diferencia es casi inexistente ya que el costo de la energía solar es US\$ 100/MWh y el de la energía eólica es de US\$ 50/MWh. (Ídem, p. 36).

En segundo lugar, es necesario precisar que en países como el Perú se depende mayoritariamente del agua como fuente de energía, lo cual puede ocasionar dificultades considerables en casos como sequías, o afectaciones directas a la disponibilidad hídrica y caudal de los ríos, como es el caso de ciertas centrales hidroeléctricas en el Amazonas.

Vale la pena detenernos en este punto. DOUROJEANNI y otros⁶⁶⁵, explican claramente la diferencia entre los dos tipos de centrales hidroeléctricas importantes para nuestros fines: (i) las centrales hidroeléctricas de paso o de pasada, y (ii) las centrales hidroeléctricas de cierre o embalse. Mientras en las primeras no existe un cierre total del río respetándose su caudal y desarrollándose, sobre todo, en ríos caudalosos y de flujo suficiente todo el año; en las segundas se represa un volumen considerable de líquido mediante la construcción de presas que forman lagos artificiales, pudiendo producirse energía eléctrica todo el año aún en el poco común caso de que exista sequía del río por unos meses. Estas últimas exigen una mayor inversión de capital

Un importante estudio sobre la situación del aprovechamiento de recursos naturales en la selva peruana al 2021⁶⁶⁶, evidenció que las centrales hidroeléctricas de cierre o embalse generan severos problemas socioambientales, tales como la alteración total del régimen hidrológico de acuerdo a las necesidades de la central; lo cual modifica no solo el ciclo natural de los ríos, sino que genera un impacto negativo en la flora y fauna acuática, afectaciones directas a la calidad del agua, deforestación y destrucción de hábitats, cuencas inundadas, afectación a áreas naturales protegidas, desplazamiento

⁶⁶⁵ DOUROJEANNI, Marc; BARANDIARÁN, Alberto y DOUROJEANNI, Diego. *Amazonía Peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructuras: ¿Qué está pasando? ¿Qué es lo que significan para el futuro?* Perú: Pro Naturaleza – Fundación Peruana para la Conservación de la naturaleza, 2009, pp. 55-56

⁶⁶⁶ Ídem, pp. 55 y ss.

forzado de poblaciones, alteración de costumbres tradicionales, entre otros.

Debido a ello, no resulta lógico un desarrollo hidroenergético sin las previsiones ambientales necesarias, sobre todo por la afectación al ecosistema y a poblaciones enteras, tal y como se ha evidenciado en casos como Portugal⁶⁶⁷ y Brasil⁶⁶⁸. Comúnmente, no se considera que los impactos de estos embalses van más allá que las inundaciones y los daños ambientales, pues también afectan directamente a poblaciones que son desplazadas de las áreas de inundaciones⁶⁶⁹, dejándolas en casi todos los casos en un estado de indefensión total.

Asimismo, los impactos de las centrales hidroeléctricas de embalse en el ecosistema también tienen repercusiones en la salud de la población, derivando en (i) enfermedades asociadas al agua, (ii) nutrición y seguridad alimentaria, (iii) enfermedades de transmisión sexual relacionadas a la presencia temporal de personas durante la construcción de las presas, y (iv) afectaciones psicológicas derivadas⁶⁷⁰.

Sería absurdo negar la importancia económica y social de la producción de energía hidroeléctrica en el Perú, más aun cuando históricamente ha sido la fuente más relevante de generación de electricidad. No obstante, ello no es fundamento para no evidenciar nuestra preocupación por los problemas ambientales y poblaciones que causan los embalses sin las previsiones ambientales necesarias.

⁶⁶⁷ SANTOS, R.M.B., SANCHES FERNANDES, L.F., CORTES, R.M.V. y otros. "Integrative assessment of river damming impacts on aquatic fauna in a Portuguese reservoir". En: *Science of The Total Environment*. Volumen 601-602, Núm. 01, diciembre 2017, pp. 1108-1118.

⁶⁶⁸ FEARNSIDE, Philip M. "Environmental and Social Impacts of Hydroelectric Dams in Brazilian Amazonia: Implications of Aluminium Industry". En: *World Development*, Volumen 77, enero 2016, pp. 48-65.

⁶⁶⁹ OVIEDO-OCAÑA, Edgar Ricardo. "Las Hidroeléctricas: efectos en los ecosistemas y en la salud ambiental". En: *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*. Volumen 50, Núm. 03, julio-setiembre 2018, pp. 191-192.

⁶⁷⁰ Para mayor abundancia: LERER, Leonard B. y SCUDDER, Thayler. "Health impacts of large dams". En: *Environmental Impact Assessment Review*. Volumen 19, marzo 1999, pp. 113-123.

Por lo tanto, reiteramos que los proyectos de centrales hidroeléctricas deben desarrollarse no solo de la mano con normas ambientales, sino que la intervención de estas últimas sea realmente efectivo e inalterable por presiones políticas o sociales.

Finalmente, según las últimas estadísticas elaboradas por el COES, en el 2018⁶⁷¹ las mayores fuentes de producción de energía eléctrica han sido el agua (55.3%) y el gas natural (37.2%), seguidos por fuentes renovables no convencionales (7.2%), Diesel 2 (0.21%), carbón (0.08%) y fuente residual (0.05%). Como es apreciable, el agua aún es la principal fuente de energía eléctrica, existiendo en nuestro país 71 centrales hidroeléctricas⁶⁷², entre convencionales y no convencionales. Asimismo, según estas recientes estadísticas es apreciable un ligero aumento de producción de energía hidroeléctrica, así como una reducción de la producción de energía derivada del Gas de Camisea desde el año 2016, lo cual se está viendo compensado con el exponencial aumento de la producción con recursos renovables alternativos, siendo la energía eólica el ejemplo por excelencia⁶⁷³.

Por lo tanto, en el presente capítulo vamos a estudiar el uso productivo del agua en el mercado energético, específicamente la generación hidroeléctrica; realizando un análisis de los encuentros normativos de ambos sectores, consideraciones críticas su la realidad práctica, y, por ende, cuál es el rol que cumplen las autoridades administrativas que intervienen en el procedimiento.

⁶⁷¹ Adjuntamos las mencionadas estadísticas en calidad de **Anexo 01**: COES. *Estadística de Operación 2018. Parte 01: Estadística relevante del SEIN*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

⁶⁷² Adjuntamos dicha información en calidad de **Anexo 02**: COES. *Informes Anuales 2018. Cuadro N.º 4.7, Parte 04: Producción de Energía Anual por Central y Tipo de Generación 2018*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

⁶⁷³ Adjuntamos un cuadro resumen de la Evolución Anual de la producción de Energía por Recurso Energético desde el año 2001 hasta la actualidad en calidad de **Anexo 03**: COES. *Informes Anuales 2018. Cuadro N.º 4.10, Evolución Anual de la Producción de Energía por Recurso Energético (GW.h)*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

4.1.1.2. *Los aprovechamientos hidroeléctricos como usos productivos.*

Como hemos estudiado en capítulos previos, el agua es un recurso natural con denominación de bien de dominio público funcionalizado, toda vez que si bien tiene como titular al Estado, existen mecanismos de protección como el otorgamiento de títulos administrativos que habilitan su aprovechamiento y uso por parte de privados, garantizando el cumplimiento de exigencias ambientales, cuidado de la calidad del recurso y un uso eficiente del mismo.

En este sentido, si bien cuando nos referimos a títulos de naturaleza autorizacional no existe conflicto alguno en el destino del uso toda vez que se requieren para situaciones particulares (autorización de uso, permiso de uso o licencia provisional, por ejemplo); sí pueden existir conflictos en los llamados usos productivos del agua, para los cuales están destinados los títulos de naturaleza concesional, en nuestro caso, la denominada licencia de uso de aguas.

En estos términos, la idea de un orden de utilización⁶⁷⁴ de los recursos hídricos solo se fundamenta en una situación de escasez del agua⁶⁷⁵. Según los más recientes datos de la ANA, el 98.22% de la disponibilidad del agua en el Perú, considerando aguas superficiales como subterráneas, se encuentra en la vertiente del Amazonas; quedando solo el 1.50% de disponibilidad hídrica en la vertiente del Pacífico, según los datos indicados:

⁶⁷⁴ El “determinado orden de valores”, en palabras de MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de aguas*, Óp. Cit., p. 295.

⁶⁷⁵ Cfr. EMBID IRUJO, Antonio. “El agua y la energía en el ordenamiento jurídico (...)”. *Óp. Cit.*, pp. 47-48.

Vertiente/Ríos	Disponibilidad del agua (Hm ³)			
	Total	%	Superficial	Subterránea
Total	2 482 351	100,00	1 935 621	546 730
Pacífico	37 260	1,50	34 136	3 124
Atlántico	2 438 218	98,22	1 895 226	542 992
Titicaca	6 873	0,28	6 259	614

(Fuente: www.ana.gob.pe)⁶⁷⁶

Como es posible advertir, si bien existe una considerable disponibilidad del agua en el Perú, esta se encuentra distribuida de forma totalmente desigual, pues la población de los departamentos que forman parte de la costa del Pacífico representa el 65.7% de la población de todo el país (y solo en Lima, el 35.6%)⁶⁷⁷ y para dicho porcentaje solo se encuentra disponible el 1.5% del total de agua. Debido a la escasez de agua existente, es una necesidad buscar la eficiencia del aprovechamiento del recurso, manteniendo su calidad y respeto por las condiciones socioambientales que se presenten.

De esta forma, el RLRH ubica a las licencias de uso de aguas con fines energéticos en un cuarto orden de preferencia⁶⁷⁸, detrás de usos con fines agrarios, acuícolas y pesqueros; y a la par con usos industriales, medicinales y mineros. No obstante, dicha clasificación no tiene carácter absoluto, pues podrá variar según algún Plan de Gestión de Recursos Hídricos de Cuenca en orden a criterios como las características de las cuencas o sistemas hidráulicos, la disponibilidad de las aguas, el propio Plan Nacional de Recursos

⁶⁷⁶ AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA. *Priorización de cuencas para la gestión de los recursos hídricos*. Lima, 2016, p. 32. Recuperado con fecha 1 de agosto de 2019, de: www.ana.gob.pe

⁶⁷⁷ Según el resumen estadístico realizado por la empresa CPI. *Perú: Población 2019*. Abril 2019. Recuperado con fecha 1 de agosto de 2019, de: www.cpi.pe. Cabe resaltar que este informe tiene como base el Censo Nacional de 2017.

⁶⁷⁸ Vale resaltar que en algunos países el uso energético no se encuentra dentro de los usos industriales del agua, toda vez que se otorga mayor valor al aprovechamiento hidroeléctrico por la relevancia socioeconómica que esta representa para dichas realidades. Por ejemplo, en Panamá, el artículo 16 de la LA.Pan. establece que “el uso provechoso de aguas comprende entre otros aquellos usos para fines domésticos y de salud pública, agropecuarios, industriales, minas y energías, y los necesarios para la vida animal y fines de recreo”. Similar tenor en la normativa de Honduras (art. 6 y 68 de la LA.Hond.) y Nicaragua (art. 46 de la LA.Nic.). (ESPINOZA RODRÍGUEZ, Francis Rosario. *Op. Cit.*, p. 143).

Hídricos, o un mayor interés social y público si se trata de un mismo uso productivo⁶⁷⁹.

En el Perú, quizá de forma particular, y por ello vale la pena mencionarlo, no se incluye dentro de este orden de preferencia de usos productivos al abastecimiento poblacional, que viene a ser el uso destinado al servicio público de agua potable. Dicho uso se encuentra regulado independientemente dentro de la categoría de *uso poblacional del agua*, siendo común que se encuentre en el primer orden de preferencia de los usos productivos⁶⁸⁰.

No obstante, si bien no observamos mayor conflicto en dicha clasificación al momento de otorgar los títulos habilitantes, sí es evidente la predilección del legislador por otorgar relevancia al servicio público de abastecimiento de agua potable.

Dicho ello, consideramos apropiado señalar que, aunque la legislación peruana ha decidido ubicar a los usos eléctricos lejos del primer orden de preferencia – priorizando, por ejemplo, el uso agrícola –; autorizada doctrina ha señalado que, luego del uso del agua para abastecimiento poblacional, el siguiente uso más importante es el eléctrico⁶⁸¹, debido a su relación con proyectos de interés superior y por su regulación prioritaria y especial⁶⁸².

Así, las concesiones de aguas para fines de aprovechamiento hidroeléctrico “han cumplido y cumplen la misión de dotar de seguridad jurídica a su titular, permitiéndole a su vez hallar la

⁶⁷⁹ Ver artículo 62 del RLRH.

⁶⁸⁰ Ver artículos 58, 59 y 60 del RLRH

⁶⁸¹ EMBID IRUJO, Antonio. “Algunos aspectos del Derecho europeo de aguas según la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de setiembre de 2012 en el marco de la problemática suscitada por la desviación de un río (griego)”. En: *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 28, 2012, p. 12.

⁶⁸² ESPINOZA RODRÍGUEZ, Francis Rosario. *Óp. Cit.*, pp. 149-150.

viabilidad económica imprescindible para llevar adelante una inversión privada”⁶⁸³ de gran envergadura.

4.1.2. El marco normativo peruano sobre la generación de energía eléctrica.

4.1.2.1. *El marco eléctrico general según la LCE.*

La concesión eléctrica es un título habilitante naturaleza mixta: en un **primer momento** se figura como un acto administrativo⁶⁸⁴, toda vez que en virtud del artículo 28 de la LCE es otorgada por Resolución Ministerial de Energía y Minas; y, en un **segundo momento** se perfecciona mediante un contrato de concesión, y es allí cuando se definen las condiciones generales, obligaciones, causales de caducidad, entre otras cláusulas importantes para el desarrollo de la actividad. En este sentido, si bien en su génesis se configura como un acto administrativo, la concesión eléctrica perfecciona sus matices mediante la técnica contractual.

De esta forma, según la normativa peruana esta será necesaria cuando un privado pretenda realizar actividad de generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos con una potencia mayor a 500 KW.

No obstante, la LCE y su Reglamento han regulado dos aparentes concesiones eléctricas: la temporal y la definitiva; las cuales tienen por objetivo habilitar actividades totalmente diferentes.

⁶⁸³ CARPI ABAD, Ma. Victoria. “Aprovechamientos Hidroeléctricos”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 236.

⁶⁸⁴ Entendida como un “acto de la Administración, en virtud del cual se crean derechos a favor del particular”. VERGARA BLANCO, Alejandro. “La concesión eléctrica: procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público. Propositiones concretas de cambios legislativos”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 21, Núm. 03, 1994, p. 468. El autor afirma ello dentro del supuesto de considerar a la concesión como un acto administrativo que crea derechos favorables, desligando su génesis de la figura contractual.

En primer lugar, los artículos 23 y 30 de la LCE regulan el otorgamiento de las concesiones temporales solo para la ejecución de estudios de factibilidad relacionados con la actividad de generación y transmisión, las cuales también permiten el uso de bienes de dominio público y la imposición de servidumbres temporales. Este tipo de concesiones eléctricas tienen un plazo de vigencia de 2 años prorrogables un año más por causas de fuerza mayor.

La concesión temporal no solo se caracteriza por ser otorgada por un corto plazo, pues tampoco genera exclusividad para el administrado, ya que el RLCE señala en su artículo 34 lo siguiente: *“la concesión temporal no tiene carácter exclusivo; en consecuencia, se puede otorgar concesión temporal para realizar estudios de centrales de generación, subestaciones y líneas de transmisión dentro de las mismas áreas a más de un peticionario a la vez”*.

Cabe señalar que la sola falta de exclusividad para el aprovechamiento, uso o estudio relacionado con el objeto a conceder, podría ser causa suficiente para que dicho título habilitante no sea considerado una concesión; sin embargo, lo correcto sería analizar si confluyen otros elementos que fortalezcan la naturaleza autorizacional de dicho acto. En este orden de ideas, podemos concluir que la existencia de un plazo corto y la baja intensidad del uso, derivada esta última de la falta de exclusividad y la ausencia de elementos y/o construcciones permanentes en el área de estudio; nos llevan sin ninguna duda a definir la concesión temporal como un título habilitante propio del género autorizacional.

En segundo lugar, el título habilitante por excelencia para la generación de energía eléctrica es la **concesión definitiva**, cuyos requisitos se encuentran regulados principalmente en los artículos 3, 25 y 38 de la LCE y en los artículos 37 y 66 de su Reglamento. Al respecto, debemos señalar que la concesión eléctrica nace mediante

acto administrativo, pero se perfecciona, como bien hemos señalado, mediante un contrato, según lo dispuesto en el artículo 29 de la LCE.

Procederemos con el mismo análisis realizado a las concesiones temporales, en lo que respecta a las características del título que configuran su naturaleza jurídica. De esta forma, la concesión definitiva se otorga por plazo indefinido, y en caso de que estas hayan sido resultado de una licitación pública realizada por el MINEM o entidad encargada, el plazo será de un máximo de treinta años. Así también, existe un carácter de exclusividad para el concesionario, así como la necesidad de construcción de obras que permitan la operación de generación. En esta línea, concurren las características importantes que califican, sin ninguna duda, a este título habilitante como concesión.

Aclarada la naturaleza jurídica de dichos títulos habilitantes, el que reviste importancia para el caso de las concesiones hidroeléctricas es la concesión definitiva, ya que su obtención es necesaria para el otorgamiento final de la licencia de uso de aguas. Entre los requisitos de la concesión definitiva que nos interesan ⁶⁸⁵, destacamos principalmente la autorización del uso de recursos naturales, en este caso, bastaría la Autorización de ejecución de estudios de aprovechamiento hídrico. Así también, otros requisitos importantes son la memoria descriptiva, el calendario de ejecución de obras, presupuesto, especificación de servidumbres, y la resolución aprobatoria del Instrumento Ambiental.

4.1.2.2. *El marco jurídico especial según la Ley RER.*

Conviene precisar que desde el 2008, en el Perú existe un régimen especial para la promoción del uso de energías renovables para la producción de electricidad. En este sentido, la denominada Ley RER

⁶⁸⁵ Artículo 25 del RLCE.

solo es aplicable para las siguientes fuentes renovables de producción de energía: biomasa, eólica, solar, geotérmica, mareomotriz e hidroeléctrica cuando su capacidad instalada no sobrepase los 20 MW. Así, es acertado aclarar que la Ley RER y su reglamento solo regula la generación de electricidad mediante el uso de energías renovables no convencionales, toda vez que dicho régimen no considera como tales a las grandes centrales hidroeléctricas⁶⁸⁶, las cuales vendrían a ser energías renovables convencionales.

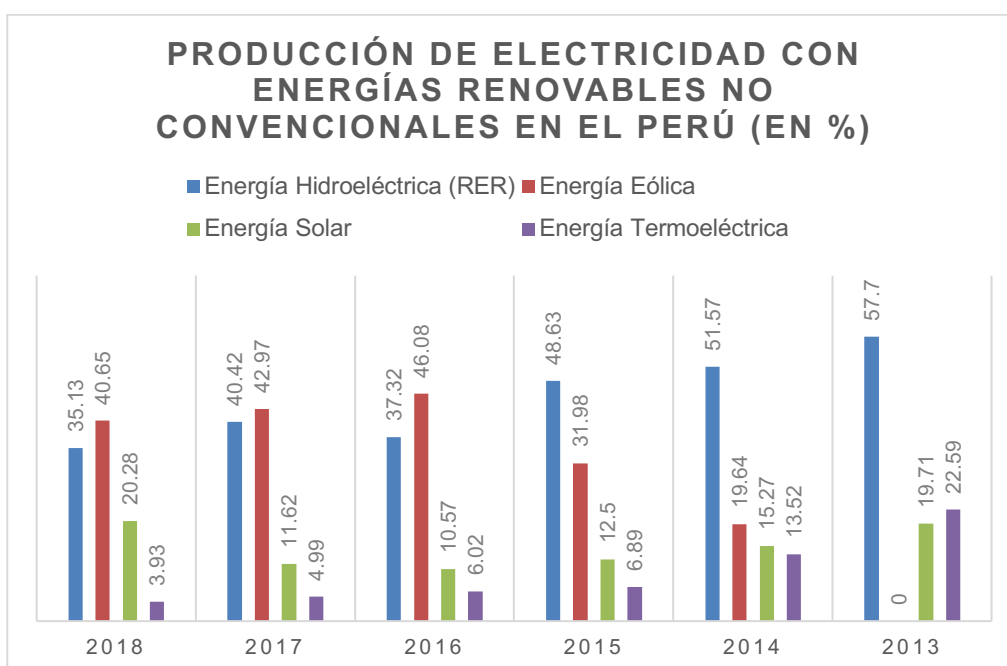
En línea con lo anterior, actualmente las pequeñas hidroeléctricas representan el 35.13% de la generación de energía con recursos energéticos renovables⁶⁸⁷, contando, según datos actualizados a diciembre de 2018⁶⁸⁸, con 25 pequeñas centrales hidroeléctricas distribuidas entre Piura (1), Ancash (2), Lima (7), Arequipa (1), Cajamarca (5), Junín (6) y Puno (3). No obstante, cabe resaltar que en los últimos 5 años se ha visto un aumento considerable del uso de la energía eólica, que si bien aún es poco representativa si observamos estadísticas generales (teniendo en cuenta las grandes centrales hidroeléctricas, gas natural, entre otros); hoy en día es la principal fuente de producción de energía dentro de la categoría de energías renovables no convencionales (bajo el marco de la Ley RER). Consideramos pertinente señalar su evolución en los últimos años, comparándola con la de las pequeñas centrales hidroeléctricas y

⁶⁸⁶ Ello, debido a que la finalidad del citado régimen es promover el uso de energías renovables alternativas como la eólica o solar, buscando que se presenten como opciones viables ante un dominio absoluto de las grandes centrales hidroeléctricas y el Gas de Camisea. Por dicha razón, el régimen de las RER solo considera a las energías renovables no convencionales a las pequeñas centrales hidroeléctricas.

⁶⁸⁷ Adjuntamos un cuadro resumen de la Producción de Energía con Recursos Energéticos Renovables y el detalle de la Producción de Energía de Centrales con Recursos Renovables de Origen Hidroeléctrico – 2018. Revisar el Gráfico N.º 7.1, Gráfico N.º 7.2, Gráfico N.º 7.3 y Cuadro N.º 7.4 A del **Anexo 04**: COES. *Estadística de Operación 2018. Parte 07: Producción con Recursos Renovables del SEIN*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

⁶⁸⁸ Adjuntamos el Mapa de las centrales de generación de energía con recursos renovables no convencionales actualizado a diciembre de 2018 en calidad de **Anexo 05: Estadísticas Anuales. Mapa de Generación Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables 2018**. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

demás fuentes que, para efectos de la Ley RER, son consideradas energía renovables.



(Gráfico de elaboración propia con datos obtenidos del COES)^{689 690 691 692 693 694}

Para una mejor lectura de este gráfico, se debe tener presente que, tal y como ya hemos señalado, las energías renovables no convencionales representan el 7.23% de la producción de la energía eléctrica en el Perú. Dentro de este porcentaje encontramos: a) Energía Hidroeléctrica, cuya estadística corresponde solo a las pequeñas centrales hidroeléctricas; b) Energía Eólica, la cual va

⁶⁸⁹ Para observar a detalle los datos del año 2018, revisar el Gráfico 7.1 y el Cuadro 7.2 del **Anexo 04**.

⁶⁹⁰ Para observar a detalle los datos del año 2017, revisar el **Anexo 06**: COES. *Estadística de Operación 2017. Parte 08: Producción con Recursos Renovables del SEIN, Gráfico N.º 8.1*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

⁶⁹¹ Para observar a detalle los datos del año 2016, revisar el **Anexo 07**: COES. *Estadística de Operación 2016. Parte 08: Producción con Recursos Renovables del SEIN, Gráfico N.º 8.1*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

⁶⁹² Para observar a detalle los datos del año 2015, revisar el **Anexo 08**: COES. *Estadística de Operación 2015. Parte 08: Producción con Recursos Renovables del SEIN, Gráfico N.º 8.2*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

⁶⁹³ Para observar a detalle los datos del año 2014, revisar el **Anexo 09**: COES. *Estadística de Operación 2014. Parte 08: Producción con Recursos Renovables del SEIN, Gráfico N.º 8.2*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

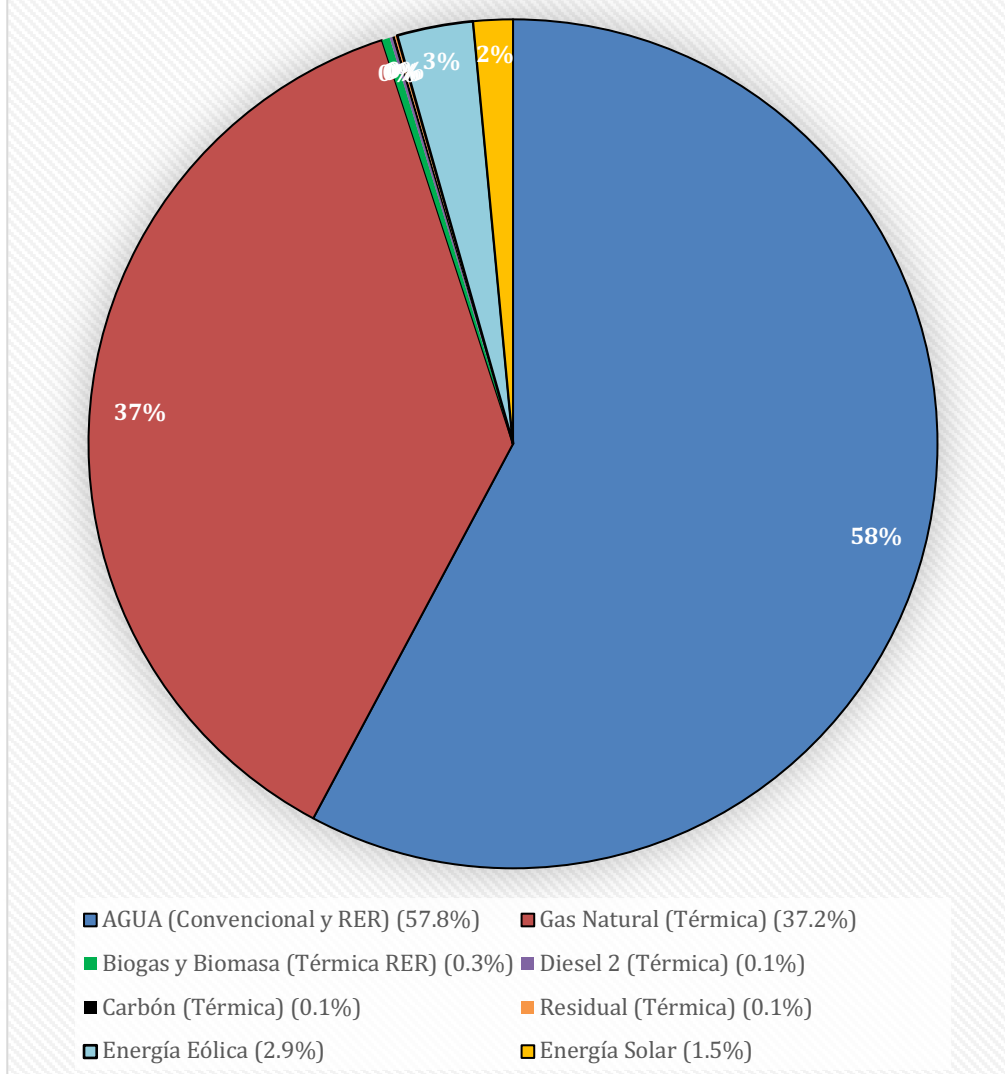
⁶⁹⁴ Para observar a detalle los datos del año 2013, revisar el **Anexo 10**: COES. *Estadística de Operación 2013. Parte 08: Producción de Renovables en el COES, Gráfico N.º 8.2*. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: www.coes.org.pe

tomando cada vez mayor relevancia, con centrales de producción en Piura (1), La Libertad (1) e Ica (3); c) Energía Solar, con centrales de producción en Arequipa (2), Moquegua (4) y Tacna (1); y, d) Energía Termoeléctrica, la cual consiste en usos de biogás, con 3 centrales en Lima, y de biomasa, especialmente de bagazo, con centrales en Piura (1) y en Lima (1)⁶⁹⁵.

De esta forma, uno de los retos de la actualidad es potenciar el uso de energías renovables para la generación de producción de energía eléctrica y, en el Perú, considerando solo a las pequeñas centrales hidroeléctricas dentro de este rubro, pues como hemos podido apreciar, debido a irregularidades en la práctica de las grandes centrales hidroeléctricas, pueden producirse daños ambientales relacionado a los hábitat naturales de animales como a problemas sociales como desplazamientos de comunidades o pobladores. No obstante, y para tener finalmente una visión puntual de la relevancia de cada tipo de generación y recurso energético, señalaremos la producción de energía tomando como base el agua (convencional y RER), el gas natural, energía eólica, energía solar, biogás y biomasa (RER), diésel 2, carbón y residual, según estadísticas al 2018:

⁶⁹⁵ Para observar a detalles estos datos, revisar los cuadros 7.4 B, 7.4 C y 7.4 D del **Anexo 04**.

Producción de Energía según Tipo de Generación / Recurso Energético al 2018



(Gráfico de elaboración propia con datos obtenidos del COES)⁶⁹⁶

Desde la perspectiva global que nos ofrece este gráfico, se puede advertir que la producción de electricidad a partir de energía hidroeléctrica, en general, representa al 2018 el 57.8% del total (55.3% de grandes centrales y 2.5% de las pequeñas, consideradas RER por la legislación peruana). El otro gran grupo de fuentes energéticas la representa el tipo de generación térmica (37.8%), entre la cual se destacan la energía producida a partir de Gas Natural (37.2%), Biomasa y Biogás (0.3%) y carbón, Diesel 2 y residual que

⁶⁹⁶ Para observar a detalle estos datos, revisar el Gráfico 1.3 y el Cuadro 1.4 del **Anexo 1**.

juntas equivalen al 0.3%. Así también, es destacable la relevancia de las energías renovables no convencionales como la eólica (2.9%) y la solar (1.5%).

Ante este panorama, resulta preocupante el incipiente y perjudicial tratamiento de los recursos hídricos en el Perú, lo cual es producto de una falta de cohesión de la normativa hídrica con lo relacionado a la producción de energía; toda vez que dicho tratamiento es la base para el desarrollo posterior de la operación que incluye aspectos de impacto socioambientales, evaluación de caudales ecológicos, entre otros. Estas consideraciones no son menores, ya que incluso el profesor EMBID IRUJO, al referirse al estudio de DOUROJEANNI y otros antes citado, revela cómo en la Amazonía⁶⁹⁷ “los mecanismos ciertamente sofisticados de evaluación de impactos ambientales conocidos en Europa, Estados Unidos y en otros países desarrollados, son embrionarios y de práctica deficiente”⁶⁹⁸.

De esta forma, no debe causar sorpresa que, a pesar del crecimiento del uso de energías alternativas, en el Perú se estima un aumento sustancial en la generación hidroeléctrica en los próximos 10 años⁶⁹⁹—sobre todo, teniendo en cuenta que la región América Latina y el Caribe tiene el segundo mayor potencial técnico de energía hidroeléctrica del mundo, aproximadamente de un 20%—; por lo que es necesario comprender el régimen jurídico de aprovechamientos hidroeléctricos y la naturaleza del título administrativo que habilita dicho uso, pues como también se ha advertido, toda fuente hidroeléctrica sin regulación adecuada requerirá, con el tiempo, un

⁶⁹⁷ El 85% del potencial hidroenergético teórico del Perú se localiza en la cuenca amazónica. (DOUROJEANNI, Marc; BARANDIARÁN, Alberto y DOUROJEANNI, Diego. *Amazonía Peruana en 2021 (...)*. *Óp. Cit.*, p. 39).

⁶⁹⁸ EMBID IRUJO, Antonio. “El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico”. *Óp. Cit.*, p. 21.

⁶⁹⁹ WORLD WATER FORUM. *Agua y Energía: Proceso Regional de las Américas Sub Región América del Sur*. Banco de Desarrollo de América Latina: VII Foro Mundial del Agua, Corea, 2015, p. 20. Recuperado con fecha 20 de agosto de 2019, de: <https://www.gwp.org>

soporte muy costoso⁷⁰⁰ e importantes impactos socioambientales que revertir.

4.2. La concesión hidroeléctrica: requisitos y consideraciones.

4.2.1. El régimen jurídico de los aprovechamientos hidroeléctricos y la actual normativa de protección ambiental en las actividades eléctricas

En el Perú no existe un título integrado para la generación de energía hidroeléctrica, sino que solo una iniciativa de interrelacionar los procedimientos administrativos necesarios para dicho fin. Ello, toda vez que ha sido necesario compatibilizar los requisitos para la obtención de la que llamaremos la “concesión hidroeléctrica”, producto de la obtención de la concesión eléctrica y la licencia de aguas; ambos títulos administrativos independientes, pero cuyo fin es el mismo: la generación de energía hidroeléctrica.

El régimen jurídico aplicable a la obtención de la concesión hidroeléctrica es la LRH, su reglamento y el RPDU, principalmente, respecto al sector de aguas; y la LCE, la Ley RER y sus reglamentos, respecto al sector eléctrico. Además de estas disposiciones legales independientes, en el año 2011 se aprobó el DS041 con el fin de “brindar seguridad jurídica a los futuros titulares de derechos eléctricos de contar con el derecho de uso de agua que les permita realizar la actividad de generación hidroeléctrica una vez concluidas las obras de las centrales hidroeléctricas”; el cual tuvo como antecedente más próximo el DS048 del año 2007.

⁷⁰⁰ Ídem, p. 25. Asimismo, en dicho documento se afirma que “los problemas de encontrar soluciones energéticamente eficientes para la desalación o la operación de sistemas de acueducto y saneamiento, así como el uso múltiple del agua parecen mucho menores. No obstante, estas actividades pueden tener importancia en casos particulares y encuentran un nicho en el futuro que queremos” (Ídem, p. 26), lo cual tiene sentido si nos referimos a la realidad peruana y, sobre todo, en la costa, donde la desalación puede ser una vía eficiente ante la escasez existente.

Sobre los títulos administrativos que habilitan el uso del agua para la producción de la energía eléctrica en el Perú, destacan entre todos, la licencia de aguas y la concesión eléctrica. Tal y como señala ESPINOZA RODRÍGUEZ⁷⁰¹, coincidimos en la necesidad de que existan dos títulos distintos para habilitar los aprovechamientos hidroeléctricos. Encontramos dos argumentos claves para fundamentar lo mencionado, tales como la naturaleza de la concesión de aguas y relación de este título con la producción de energía.

En primer lugar, en el caso de las aguas o recursos hídricos, es la misma concesión de aguas – licencia, en este caso –, la que habilita el uso privativo o productivo de estas, existiendo no solo el uso energético, sino también el industrial, sanitario o agrícola, por citar algunos. De esta forma, resultaría absurdo regular un título individual por cada uso, pues para ello existe toda una normativa sectorial que complementa las exigencias propias de dicho aprovechamiento. Por ejemplo, para obtener la concesión eléctrica es necesario que el administrado cumpla una serie de obligaciones y requerimientos establecidos en las normas del sector eléctrico, cumplimiento de garantiza el estado óptimo del concesionario para realizar la producción de energía.

En segundo lugar, la licencia de aguas debe ser un requisito imprescindible para ejecutar actuaciones propias de otro régimen especial donde sea necesario el uso del agua, como en este caso, la producción de energía. Esta exigencia no se reduce en temas cuantitativos o cualitativos, sino que asegura los derechos y obligaciones del concesionario eléctrico respecto al uso óptimo del agua⁷⁰², pues para llegar a la obtención de la licencia de aguas es necesario cumplir con procedimientos previos como la acreditación de

⁷⁰¹ ESPINOZA RODRÍGUEZ, Francis Rosario. *Óp. Cit.*, pp. 162 y ss. “la concesión de aguas debe estar separada de la concesión de energía”.

⁷⁰² Ídem, p. 165.

disponibilidad hídrica o la autorización de ejecución de obras hidráulicas.

Es así como la existencia de dos títulos habilitantes principales permite un correcto procedimiento para la obtención de la licencia de uso de agua con fines eléctricos, pues se verifica el cumplimiento de los requisitos y exigencias de dos regímenes sectoriales completamente distintos y particulares, estudio que excede los límites de esta investigación. En esta línea, la mencionada concordancia de regímenes no puede agotarse al ámbito procedimental, sino que también es igual de importante una planificación conjunta, lo cual permita afrontar situaciones de escasez de agua en determinados lugares donde este recurso es el principal elemento de producción de electricidad⁷⁰³.

Sin embargo, esta interrelación de los sectores eléctrico e hidráulico aún carece de solidez, ya que las condiciones que se le exigen al concesionario eléctrico son definidas por normas técnicas y procedimientos técnicos del COES; mientras que las normas que regulan la obtención del Estudio de Aprovechamiento del Recurso Hídrico carecen de estudios que analicen el uso hídrico orientado a fines eléctricos⁷⁰⁴.

⁷⁰³ Al respecto, se plantea que el reto actual del estado es garantizar que se ejecuten grandes hidroeléctricas para que afecten el abastecimiento de la demanda de energía eléctrica y, progresivamente, dejar de depender del gas natural. Sin embargo, debido a una falta de planificación en el sector eléctrico y en el sector hidráulico, entre el 2010 y el 2012 se tuvieron que tomar medidas de emergencia al contratar generación a Diesel e importar electricidad de Ecuador a un costo muy elevado. Se afirma que el estado solo está reaccionando, pues existe una incipiente prevención, lo cual es reflejo del nivel de planificación integrada de nuestro país. (Cfr. VÁSQUEZ, Ricardo. “Desafíos y propuestas para el abastecimiento de energía en el Perú”. En: GUEVARA, Armando y VERONA, Aarón (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CICAJ-DAD, 2014, pp. 267”),

⁷⁰⁴ MONCADA ALCÁNTARA, Enrique. “Algunas reflexiones sobre el desarrollo de las Centrales Hidroeléctricas en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo-CDA*, Núm. 12, tomo 2, 2012, p. 215.

No obstante, podemos advertir que actualmente el RPAAE recientemente aprobado en 2019, regula los lineamientos para mitigar el impacto ambiental derivado de la actividad de generación de energía eléctrica, donde se incluye la generación hidroeléctrica. Consideramos ello como un importante avance en materia ambiental e hidráulica, puesto que los proyectos hidroeléctricos ya no se reducen a normativas propias de sus sectores.

También es importante resaltar que si bien la naturaleza concesional de las licencias de uso de agua se define en sus características como intensidad de uso o plazo; también se definen por las obligaciones que se asumen para el cuidado del recurso, tales como el cuidado ambiental y de la calidad del agua. Cabe resaltar que estas obligaciones y cargas a ambas partes, exceden la naturaleza de un título del *genus* autorizacional.

Uno de los primeros puntos a resaltar es la regulación de la responsabilidad ambiental⁷⁰⁵, la cual no solo vincula a las emisiones, efluentes, vertimientos, residuos sólidos, entre otros; sino que enfatiza la necesidad de cumplir con las obligaciones establecidas en los Estudios Ambientales, entre los cuales el Instrumento de Gestión Ambiental o IGA es el correspondiente a los aprovechamientos hidroeléctricos.

Si bien más adelante volveremos a reflexionar acerca del IGA y su oportunidad en el procedimiento de obtención de la licencia de uso, conviene precisar que para el otorgamiento de la concesión definitiva de generación, este instrumento ambiental ya debe encontrarse aprobado y, justamente, debe incluir un análisis del impacto hídrico que será objeto de opinión de la ANA para emitir la acreditación de disponibilidad hídrica.

⁷⁰⁵ Ver artículo 5 del RPAAE.

Entre las disposiciones técnicas específicas aplicables a la actividad de generación hidroeléctrica, el RPAAE señala⁷⁰⁶:

- (i) Las aguas turbinadas: señala que esta no será considerada agua residual ni efluente, además de que debe ser monitoreada con periodicidad semestral a efectos de controlar la calidad ambiental.
- (ii) Los trasvases de aguas: en estos casos, que podrían generar un considerable impacto ambiental negativo, la norma señala que se debe determinar previamente la disponibilidad hídrica, el caudal ecológico respectivo, así como el nivel de calidad del agua.
- (iii) Los manejos de sedimentos: señala que si bien no la purga de sedimentos no es considerada como agua residual o efluente, se debe monitorear constantemente la calidad del agua.
- (iv) Los manejos de embalses: en estos casos, donde es frecuente eventos como inundaciones y, a consecuencia de ello, desplazamiento de poblaciones, la norma es muy clara al señalar que se deben establecer medidas para prever las inundaciones de áreas aledañas a estos embalses, así como adoptar medidas de prevención, minimización, rehabilitación y/o compensación.
- (v) Los depósitos de material excedente: señala que para su ubicación se deben priorizar el uso de depresiones o áreas desiguales, suelos pobres con poca o escasa cobertura vegetal; así como evitar desbordes o erosiones, además de asegurar un drenaje adecuado.

⁷⁰⁶ Ver desde el artículo 87 hasta el 92 del RPAAE.

Si bien lo regulado en la nueva normativa y las intenciones de los instrumentos de gestión ambientales son mitigar los efectos del proyecto hidroeléctrico que sean perjudiciales para el medio ambiente, advertimos un vacío muy cuestionable toda vez que no existen procedimientos establecidos para verificar el cumplimiento efectivo de dichos IGA.

Este problema tiene su origen en el hecho de que el IGA se aprueba mucho antes de que siquiera inicie el proyecto, cuando lo ideal sería que este vaya a la par con gran parte del proyecto, para que exista un control efectivo de los verdaderos impactos ambientales de la actividad de generación hidroeléctrica. Una alternativa a este planteamiento, sería el hecho de establecer controles concretos al desarrollo del proyecto en relación a lo dispuesto en el IGA, para lo cual será necesario que la propia ANA tenga dichas competencias y pueda cubrir el vacío hoy existente.

Lo mencionado no quiere decir que la reciente normativa no tenga puntos destacables, ni mucho menos que la consideremos deficiente. No obstante, si bien el tópico de este trabajo no es profundizar en los temas ambientales, consideramos pertinente reflexionar sobre dicha falta de control posterior y plantear esfuerzos por posibles soluciones.

4.2.2. Algunos temas pendientes: la ausencia de planificación hidrológica a nivel nacional.

Vinculado con los temas ambientales mencionados, y como introducción al procedimiento regular para obtener la concesión hidroeléctrica, es necesario revisar algunos apuntes respecto a la planificación hidrológica. Así, cabe resaltar que esta técnica guarda una relación directa y sumamente relevante con los usos del agua,

sobre todo con la crisis del sistema concesional, lo cual ha sido estudiado en la doctrina extranjera con suficiencia⁷⁰⁷.

Si bien, como hemos mencionado anteriormente, la LRH y su Reglamento regulan y promueven los planes hidrológicos, la realidad es que actualmente no existe una planificación hidrológica a nivel nacional actualizada, y toda esta actividad se desarrolla a nivel regional. Por lo tanto, ciertas reflexiones sobre el significado de la planificación hidrológica y su relación con el sistema concesional, sobre todo con el otorgamiento de títulos habilitantes de usos de aguas; resulta pertinente para los nuestros fines, sobre todo en lo que respecta a la naturaleza concesional de la licencia de uso de aguas y su relación con el mercado eléctrico.

4.2.2.1. *La planificación como técnica general*

En primer lugar, consideramos necesario establecer ciertas reflexiones sobre la planificación como técnica de carácter general y necesaria para la correcta administración del territorio y de los recursos⁷⁰⁸, y, en especial, a la planificación hidrológica entendida básicamente como un elemento necesario y esencial⁷⁰⁹ mediante el

⁷⁰⁷ Principalmente sobre la crisis en la planificación de los usos del agua, revisar a MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de aguas*. Óp. Cit., pp. 278 y ss.; así como el clásico texto de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH; Ángel; DÍAZ LEMA, José Manuel. *El derecho de aguas en España*. Óp. cit., pp. 600 y ss.

⁷⁰⁸ Como antecedente histórico relevante para los fines que nos convoca, resulta interesante recordar que JORDANA DE POZAS ya advertía la necesidad de fórmulas planificadoras en la administración de los recursos, en este entonces principalmente preocupado por la situación del sistema de regadíos, advirtiendo que “la situación actual de los regadíos, sin ser violenta, requiere pronta solución a algunas dificultades”; llegando a proponer como solución transitoria un sistema con tendencia a aumentar la competencia y la responsabilidad de los administradores a través de “la posibilidad de que las Comunidades encomienden su administración a un Consejo de muy pocas personas o a una sola, verdaderos Consejos de Administración y Gerente especializados, responsables y retribuidos”, dando gran relevancia al mutualismo, cooperativismo y nivel de administración de recursos de las Comunidades de Regantes (JORDANA DE POZAS, Luis. “Administración del Regadío”. En: *Ponencias del II Congreso Nacional de Riegos*. Tomo II. Madrid: Sociedad Española de Artes Gráficas, 1919, pp. 12 y ss.)

⁷⁰⁹ Sin perjuicio de más adelante volver a la esencialidad de la planificación hidrológica en los márgenes de la ordenación territorial, revisar los excelentes trabajos del profesor Miguel SÁNCHEZ MORÓN: (1) “Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente en el Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 131, pp. 37 y ss.; y (2)

cual se analiza y pondera el sistema de utilización de los recursos hídricos⁷¹⁰.

Desde un punto de vista macro, ARIÑO ORTIZ entiende a la planificación económica como una de las formas tradicionales de actuación del Estado en la economía; mediante la cual se “desconfía del mercado como instrumento para la asignación justa y eficiente de recursos y, de esta forma engarza con los sistemas de economía planificada”⁷¹¹. Cabe resaltar que ARIÑO también entiende dos modelos de planificación claramente identificados, denominando al primero como *planificación tradicional*, es decir, “en la que una planificación basada en previsiones de la autoridad decida de forma unilateral la oferta necesaria para satisfacer la demanda, e incluso sus destinos específicos”⁷¹², llegando a calificarlo como un modelo antimercado y de ineficiencia probada⁷¹³. Por otro lado, desarrolla el concepto de *nuevo sentido de la planificación*, cuya característica principal además de minimizar su ámbito de actuación, es que “debe utilizar instrumentos *compatibles con el mercado* y la iniciativa privada; respetando la libertad de empresa”⁷¹⁴.

Lo que propone ARIÑO es que frente a una visión de la planificación casi exclusiva de la Administración, de elaboración y ejecución prácticamente unilateral y vinculante para todos; se desarrolle una visión moderna donde la planificación se relacione con una gestión estratégica por parte de la Administración, así como con mayor presencia en las diversas zonas del territorio –en el caso de los recursos hídricos, por ejemplo, entendemos mayor relevancia a los órganos de cuenca y a las organizaciones usuarios–. En esta línea,

“Planificación hidrológica y ordenación del territorio”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 123, 1990, pp. 83 y ss.

⁷¹⁰ MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de aguas*. Óp. Cit., p. 274.

⁷¹¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999, p. 317.

⁷¹² Ídem, p. 323.

⁷¹³ Específicamente, señala ello con énfasis en la Planificación Hidrológica Nacional española, Ídem, p. 329.

⁷¹⁴ Ídem, p. 324.

EMBID IRUJO ya había advertido también un cambio en la concepción de la planificación: “de mero instrumento de actuación administrativa pasa, en ocasiones, a ser técnica esencial para el mismo ejercicio de los derechos fundamentales”⁷¹⁵.

Además de entender a la planificación dentro de este cambio de paradigma, siguiendo al profesor T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, consideramos necesario ver a esta figura “como mecanismo creador de libertad, redactor de incertidumbres, en cuanto que al ordenar la acción administrativa sirve para limitar la discrecionalidad administrativa”⁷¹⁶, entendiendo así a la planificación como una de las técnicas o actuaciones más importantes de la Administración, siendo menester elaborarla dentro de las necesidades propias de cada realidad y dotarla del contenido necesario sin abusar de sus límites.

Desde un punto de vista más reciente, la profesora B. LOZANO CUTANDA define a la planificación como

“un proceso de racionalización, referible a cualquier tipo de actuaciones, mediante el cual los poderes públicos identifican los objetivos que pretenden conseguir en determinado ámbito y fijan los medios para su consecución. Se trata, por tanto de establecer un programa de acción en el que se integren y coordinen todas las actuaciones”⁷¹⁷

Esta definición condensa la función básica de la planificación, la cual es identificar claramente las necesidades y disponibilidad del recurso, y fijar los medios –entendemos posibles y reales– para que su materialización o aplicación sea efectiva. Compartimos esta posición, a la que volveremos bajo ciertas reflexiones líneas abajo.

⁷¹⁵ EMBID IRUJO, Antonio. “La planificación hidrológica”. *Óp. Cit.*, p. 120

⁷¹⁶ Ídem, p. 120. En esta misma línea también MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La Ley, 1988, pp. 357 y ss.

⁷¹⁷ LOZANO CUTANDA, Blanca. “Modificaciones y vicisitudes de la planificación hidrológica”. En: AA.VV. *Planificación y ordenamiento jurídico de los recursos hídricos*. Barcelona: Fundación Agbar, 2015, p. 163.

Por otro lado, un concepto íntimamente ligado a la planificación es el de ordenación territorial, entendido en palabras de SÁNCHEZ MORÓN como la

“actividad de los poderes públicos que tiene por objeto establecer, con carácter global e integrador, un marco de referencia espacial, planificado y, por lo tanto, racionalizado, para los asentamientos de la población y para el ejercicio de cualesquiera actividades humanas, ya sean productivas, en sentido estricto, o bien dirigidas a la conservación y mejora de los recursos naturales, con la finalidad de asegurar un desarrollo económico territorialmente ordenado y unos estándares superiores de calidad de vida”⁷¹⁸

Es decir, nos estamos refiriendo a un modelo territorial donde se desarrollan lineamientos para una mejor gestión de los recursos y para un uso del suelo de acuerdo a las exigencias sociales. Como bien lo explica el profesor LÓPEZ RAMÓN en un clásico trabajo, uno de los antecedentes referentes sobre la aplicación de la planificación territorial es su tratamiento en ordenamiento francés, en el cual primero se la relacionaba íntimamente con lo urbanístico; pero una visión más moderna, y la cual han tomado los ordenamientos actuales, asume que su función es “promover racionalmente el espacio y la utilización óptima de los recursos naturales, con la finalidad de obtener un desarrollo económico armonioso y la elevación del nivel de vida de la población”⁷¹⁹.

De esta forma, si bien la planificación urbana ha tenido siempre en diversos ordenamientos jurídicos una mayor presencia a nivel

⁷¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Planificación Hidrológica y ordenación del territorio”. *Óp. Cit.*, p. 86. Una idea similar desarrollada también en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente (...)”. *Óp. Cit.*, p. 36.

⁷¹⁹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Planificación territorial”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 114, 1987, p. 133.

normativo en el tiempo –tanto en España como en Perú⁷²⁰; podemos afirmar categóricamente que la incidencia de la planificación hidrológica es trascendental, ya que es la que mayor influencia tiene sobre las demás ordenaciones sectoriales, al tratar en su contenido temas relacionados no solo al uso del agua, sino también a los asentamientos de población, localización de actividades productivas, temas ambientales, entre otros ⁷²¹ . De esta forma, si bien desarrollaremos breves reflexiones sobre la planificación hidrológica en lo que respecta a su relación con el objeto de nuestro estudio, considero pertinente señalar que es necesario un estudio profundo de dicha técnica y de su aplicación en nuestra realidad jurídica, sobre todo, para evaluar de manera crítica su aplicación tanto a nivel nacional como de cuencas, análisis que excede los límites del presente trabajo.

4.2.2.2. *En particular, sobre la planificación hidrológica*

La planificación hidrológica, sobre la que hemos hablado someramente en el numeral 2.3.1 de esta tesis, es parte integrante de la planificación general de la actividad económica, solo que centrada en los recursos hídricos⁷²². De esta forma, se debe tener en cuenta que es muy común que los ordenamientos jurídicos –incluido el Perú– categoricen a la planificación hidrológica como un sistema de carácter general “imponiéndola prisma necesario a través del cual analizar y ponderar en su conjunto todo el sistema de utilización de recursos”⁷²³.

⁷²⁰ No es objetivo del presente trabajo reflexionar sobre la planificación urbanística, y mucho menos valorar si dicha normativa responde a las exigencias o no de lo que se necesita; sin embargo dejamos a mero nivel enunciativo que en el Perú la planificación urbanística está regulada en las normas relativas al acondicionamiento territorial y desarrollo urbano, ocupación del territorio y uso del suelo, y las normas relativas a las zonificaciones.

⁷²¹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Planificación Hidrológica y ordenación del territorio”. *Óp. Cit.*, p. 91.

⁷²² Revisar el trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El Plan Hidrológico Nacional”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 126, pp. 27-62.

⁷²³ MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de Aguas*. *Óp. Cit.*, p. 274.

Sin embargo, “al ser el agua un recurso natural de fácil vulnerabilidad, la planificación hidrológica debe prestar singular atención a su protección, así como a la de los demás recursos naturales de su entorno, para cuya conservación y restauración el agua es imprescindible”⁷²⁴. En esta línea, según FANLO LORAS⁷²⁵, son tres las técnicas principales de protección del agua que deben ser establecidas en la planificación: (i) el establecimiento de caudales ecológicos, (ii) la sujeción a la evaluación ambiental y (iii) la regulación en torno a la autorización de vertidos. En este sentido, si ni siquiera existe una planificación nacional adecuada a los nuevos estándares ambientales de los últimos cinco años, es menester nuestro evidenciar que el sector hidroenergético encuentra un problema de aplicación ante la ausencia de planificación.

Se debe recordar que la planificación hidrológica se justifica en la necesidad de ordenar el aprovechamiento del agua y proteger su calidad, “teniendo en cuenta la escasez relativa del recurso y la irregularidad de su distribución en el espacio y en el tiempo”⁷²⁶. En este sentido, la planificación hidrológica “territorializa”⁷²⁷ la gestión del agua, en un primer momento a nivel nacional⁷²⁸, y luego de acuerdo a la realidad de cada cuenca.

Es en este sentido de aplicación de la planificación hidrológica, que es conveniente recordar sus dos exigencias principales: (i) por un lado, la **coordinación** con las demás planificaciones a las afecten; y (ii) la intervención de todas las entidades representativas de los

⁷²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente (...)”. *Óp. Cit.*, p. 37.

⁷²⁵ FANLO LORAS, Antonio. “La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros”. En: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja – REDUR*. 2002, p. 48.

⁷²⁶ FANLO LORAS, Antonio. “Planificación hidrológica en España: estado actual de un modelo a fortalecer”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 169, Madrid, enero-abril, 2006, p. 268.

⁷²⁷ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José. *Óp. Cit.*, p. 662.

⁷²⁸ Sobre las consideraciones para la exigencia de la aprobación legal de los Planes Nacionales, ver MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. “Parlamento y Gobierno en la planificación económica”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 55, 1958, pp. 32 y ss.

intereses afectados en la elaboración de dichos planes⁷²⁹. Respecto a estas exigencias, nos llama a la reflexión aquella relacionada a la coordinación entre planificaciones⁷³⁰, ya que existe una problemática cuando las entidades titulares de la planificación sean diferentes, pues en un país como el Perú, donde el principio de coordinación entre administraciones es aún progresivo; las determinaciones de dichos planes que afecten a mismos recursos o situaciones pueden ser distintas y caer en conflictos⁷³¹. Sobre este problema, nos parece muy acertado y, sobre todo, vigente, la solución planteada por el profesor EMBID IRUJO:

“que los órganos planificadores conocieran y tuvieran en cuenta tanto las previsiones existentes en Planes ya aprobados como las que se están manejando en aquellos procesos de elaboración de Planes que corren paralelos en el tiempo. Es esta postura deseada doctrinalmente y para que también existen distintas técnicas en la misma legislación de aguas”⁷³²

De esta forma, la aplicación correcta de esta propuesta doctrinal ayudaría a dejar de lado el ya criticado excesivo formalismo de la planificación hidrológica, llegando a denominarla *cartesiana*, en palabras de S. MARTÍN-RETORTILLO⁷³³. Es así que, si bien la planificación hidrológica es una técnica, a nuestro criterio, necesaria y obligatoria en la gestión del agua; también es importante no realizar una “exaltación mítica de sus fórmulas”, ni considerarla “siempre como remedio de todos los males y defectos”⁷³⁴. En esta misma línea, GARCÍA DE ENTERRÍA también advirtió que “dar un papel

⁷²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El Plan Hidrológico Nacional”. *Óp. Cit.*, p. 29.

⁷³⁰ También lo ha destacado SÁNCHEZ MORÓN, al señalar “la necesidad de coordinación y compatibilidad entre las planificaciones sectoriales”, en: Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente (...). *Óp. Cit.*, pp. 39-40.

⁷³¹ S. MARTÍN-RETORTILLO señala también la importancia de esta compatibilidad entre planes, exponiendo el problema que puede causar una revisión de algún título concesional y su eventual indemnización (MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de aguas*. *Óp. Cit.*, pp. 283-284).

⁷³² EMBID IRUJO, Antonio. “La Planificación Hidrológica”. *Óp. Cit. (RAP)*, p. 144. También ciertas reflexiones al respecto en GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel; DÍAZ LEMA, José Manuel. *El derecho de aguas en España*. *Óp. cit.*, pp. 660 y ss.

⁷³³ MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de aguas*. *Óp. Cit.*, p. 274.

⁷³⁴ Ídem, nota 214, p. 275.

absolutamente preponderante a los Planes hidrológicos como distribuidores de los recursos y condicionantes de los aprovechamientos expresa un *desiderátum* técnico más que una verdadera mecánica operativa”⁷³⁵.

Si bien estamos exponiendo algunas ideas y propuestas escritas hace aproximadamente veinte años, no puede negar la vigencia y actualidad de todas ellas, lo cual demuestra un lento avance o, quizá, un abandono del desarrollo de dicha técnica en la realidad peruana, tanto en la legislación como en la doctrina. Por lo tanto, concluyo esta idea señalando que una correcta planificación hidrológica no es aquella donde se busca cubrir absolutamente todos los puntos con exigencias casi imposibles de ejecutar, es decir, se debe dejar de lado la idea de que los planes hidrológicos deben contener regulaciones mayores a las que pueden aplicarse en la práctica⁷³⁶. En otras palabras, la Administración pública debe estar preparada para gestionar el agua y todo lo que ello implica de acuerdo a las exigencias del Plan; y en dicho Plan se deben conocer los límites y posibilidades de la Administración respecto a lo que exige. Dejemos de lado la impronta teórica y de previsión absoluta que solo queda en los Planes y, cubriendo los puntos imprescindibles respecto a la gestión del agua, adaptemos las exigencias de la planificación hidrológica a la posibilidad de ejecución de la Administración, con la finalidad de potenciar progresivamente esta última y, por lo tanto, beneficiar a la gestión de los recursos hídricos.

Para terminar este acápite, reiteramos nuestra opinión en el sentido de que la planificación hidrológica nacional debe tener naturaleza jurídica normativa⁷³⁷, toda vez que genera una vinculación sobre la actividad de los particulares y obliga a los planes regionales –los

⁷³⁵ Ídem, p. 275.

⁷³⁶ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Óp. Cit., p. 331; y MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de aguas*. Óp. Cit., p. 275 y ss.

⁷³⁷ Cfr. EMBID IRUJO, Antonio. Voz: “Planificación Hidrológica”. Óp. Cit., pp. 783-784.

cuales también tienen nivel normativo– a seguir sus directrices generales, tanto en materia de mitigación del impacto ambiental como respecto a los caudales ecológicos y criterios para la disponibilidad hídrica. Un claro ejemplo del nivel reglamentario de los planes de cuenca⁷³⁸ puede observarse en la disposición general de la LRH respecto al orden de prelación de los aprovechamientos privativos; sin embargo, se hace la salvedad que dicha regla de rango legal pueda verse exceptuada si en algún Plan Hidrológico de Cuenca se considera estrictamente necesario cambiar el orden de prelación de algún uso privativo.

De esta forma, tal y como se ha demostrado en países como España, Perú o Brasil, la planificación debe ser el centro de la política hídrica nacional⁷³⁹, entendiéndola como una planificación realista y sin sobredimensiones imposibles de ejecutar. Es así que, aún ante eventuales ausencias de planes nacionales generales, la importancia de la gestión del agua recaerá en los Planes Hidrológicos de Cuenca, situación ante la cual resulta nuevamente determinante la aplicación de los principios de cooperación y compatibilización entre diversas planificaciones –tales como la eléctrica o urbanística– que incidan también en la planificación hidrológica.

4.2.2.3. *La incidencia de la planificación hidrológica en el sistema concesional*

La gestión del otorgamiento de títulos habilitantes del uso privativo – en nuestro caso, la licencia de uso de aguas– requiere no solo actuaciones singulares, sino la necesidad de gestionarla de forma global⁷⁴⁰. Ello quiere decir que la planificación no solo se ocupa de establecer los distintos aprovechamientos o indicar el nivel de

⁷³⁸ Ibídem. También en EMBID IRUJO, Antonio. “La Planificación Hidrológica”. *Óp. Cit. (RAP)*, p. 151. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. *Óp. Cit.*, p. 331

⁷³⁹ EMBID IRUJO, Antonio. “El estado de la planificación hidrológica en España y su proceso de revisión. Una visión en perspectiva”. En: NAVARRO CABALLERO, Teresa (Directora). *Desafíos del Derecho de Aguas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Aranzadi, 2016, p. 78.

⁷⁴⁰ MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de aguas*. *Óp. Cit.*, pp. 278-279.

prelación de los mismos, sino que también debe establecer reglas para su explotación⁷⁴¹, de acuerdo a los niveles de disponibilidad hídrica por cuencas, lo cual también debe estar señalado en la planificación.

ARIÑO era claro al señalar una sobrecapacidad en el contenido de los planes hidrológicos de cuenca y nacional en la realidad española, además de que con evidencia de la planificación eléctrica, era demostrable que “la planificación exhaustiva e imperativa no optimiza la asignación de recursos a largo plazo”⁷⁴². Así también, el reconocido hidrogeólogo español R. LLAMAS MADURGA y M. SASTRE afirmaron también la necesidad de “limitarse a una planificación más indicativa, informativa y orientadora que vinculante, para conseguir una mayor flexibilidad basada en la elasticidad de la oferta y la demanda de agua que impone el mercado”⁷⁴³. De esta forma, surge un problema cuando se quieren planificar todos los usos de todas las aguas y, desde luego, todos los otorgamientos de concesiones⁷⁴⁴ –en nuestro caso, denominadas licencias de uso–; lo cual, por un lado, deviene en inejecutable, y, por otro, invita a la pérdida de discrecionalidad de algunas entidades al reducir el nivel de estudio y análisis de cada caso concreto de solicitud de concesiones de aguas.

Para el caso que nos convoca, destacamos que un primer objetivo debe ser considerar una coordinación y compatibilidad entre las planificaciones hidrológica y eléctrica, sobre todo en lo que respecta a las posibilidades de otorgamiento de concesiones y sus requisitos estrictamente vinculados a los aprovechamientos hidroeléctricos. Un segundo objetivo es tener claro que todo el sistema de otorgamiento

⁷⁴¹ Ídem, p. 281.

⁷⁴² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Óp. Cit., p. 331.

⁷⁴³ LLAMAS, Ramón y SASTRE, Mónica. “La vigente planificación hidrológica: 1) ¿Es aplicable?; 2) ¿Es deseable?”. En: FABRA, Adriana y BARREIRA, Ana (Coord.). *La aplicación de la Directiva Marco del Agua en España: retos y oportunidades*. Instituto Internacional de Derecho y Medio Ambiente: Madrid-Barcelona, 2000, pp. 137 y ss. Citado por DEL MORAL ITUARTE, Leandro. “El agua en el siglo XXI: gestión y planificación”. En: CUADRAT PRATS, José María. *El agua en el siglo XXI: gestión y planificación*. Zaragoza: Institución “Fernando el Católico”, 2006, pp. 29-30.

⁷⁴⁴ MARTÍN-RETORTILLO B., Sebastián. *Derecho de aguas*. Óp. Cit., p. 283.

de títulos habilitantes se debe establecer conforme a las previsiones de la planificación hidrográfica⁷⁴⁵, pero siempre dejando lugar a la discrecionalidad de algunas entidades respecto a casos particulares⁷⁴⁶.

Es así que para fortalecer la gestión de los recursos hídricos y, sobre todo, las consideraciones jurídico ambientales relevantes en los aprovechamientos hidroeléctricos, debe existir necesariamente un plan hidrológico nacional adecuado a la normativa vigente y que, realmente, ostente naturaleza normativa y no represente un simple recopilatorio estadístico. Ello será un aporte muy valorado respecto a temas como los lineamientos generales para cálculo de caudales ecológicos, disponibilidad hídrica y consideraciones respecto a la aprobación de los IGA.

4.2.3. Sobre el procedimiento regular y los títulos administrativos necesarios: análisis del DS041

4.2.3.1. *Sobre el procedimiento regular para obtener la licencia de uso de aguas con fines de generación de energía eléctrica.*

Comprender el procedimiento para obtener una licencia de uso de aguas con fines eléctricos no es sencillo debido a las diversas autorizaciones previas que exige el régimen de aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú. Así, se notará que la administración tiene cierto nivel de discrecionalidad al momento de otorgar las citadas autorizaciones previas, lo cual, lógicamente, cuestiona si la licencia de aguas es entregada solo con el cumplimiento de estas

⁷⁴⁵ Cfr. Ídem, p. 281-282.

⁷⁴⁶ Sobre propuestas recientes frente a nuevos desafíos de la planificación hidrológica, recomendamos en su integridad el número 110 de *Ambienta: La revista del Ministerio de Ambiente*, en su ejemplar dedicado a la Planificación Hidrológica, de 2015. En particular, los artículos de ARDILES, Liana. “Los nuevos retos de la planificación hidrológica”, pp. 4-16; SANCHO, Tomás. “Principales desafíos en la planificación y gestión del agua”, pp. 18-35; y VALÍN, José. “La planificación hidrológica de una cuenca dentro del Plan Hidrológico Nacional”, pp. 82-93.

autorizaciones que, necesariamente, ya fueron obtenidas por el administrado.

Para el presente estudio nos centraremos en las licencias de aguas superficiales, toda vez que nuestro objeto de investigación es la naturaleza jurídica del título habilitante mas no un análisis detallado del procedimiento mismo. Consideramos que dada la condición especial de las licencias subterráneas, su exposición merece un detallado estudio que escapa de los márgenes propuestos para la presente investigación.

a) Los requisitos de la licencia de uso de agua

La licencia de uso de aguas es el título administrativo que, por excelencia, habilita el uso y aprovechamiento privativo del agua en el Perú. Su naturaleza concesional radica en la intensidad del uso: plazo indeterminado, exclusividad en la operación, rentabilidad a favor del administrado y la ejecución de obras e instalaciones fijas –es decir, es excluyente–. Además, el procedimiento para obtener la licencia de uso es discrecional, a pesar de que su acto final sea meramente reglado.

Para ello, se debe tener en cuenta que previo al otorgamiento de la licencia de uso de aguas, la normativa peruana exige una serie de autorizaciones e, incluso, para el caso de los aprovechamientos hidroeléctricos, la propia concesión eléctrica. No obstante, ya hemos revisado esta última por lo que nos enfocaremos en las autorizaciones y requisitos exigibles desde el ámbito de recursos hídricos, las cuales son en virtud del artículo 79 del RLRH:

- (i) la autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica;
- (ii) la acreditación de disponibilidad hídrica; y

- (iii) la autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico.

El primer título administrativo a obtener es la **autorización de ejecución de estudios de disponibilidad hídrica**. El procedimiento para su obtención es meramente facultativo, además de que no tiene carácter exclusivo ni excluyente. Solo como dato enunciativo, consideramos relevante hacer la salvedad de que en caso se solicite la ejecución de estudios de disponibilidad hídrica subterránea, es decir, con perforación de pozos exploratorios, la norma exige la resolución que apruebe la certificación o clasificación ambiental del proyecto⁷⁴⁷. Dicha exigencia tiene como fundamento que según la RM157-2011, la explotación de aguas subterráneas es considerado un proyecto de inversión sujeto al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por lo que se requiere la certificación ambiental específica para su viabilidad.

El segundo título administrativo que se debe obtener es la **acreditación de disponibilidad hídrica**⁷⁴⁸. Su finalidad es certificar la existencia de recursos hídricos en cantidad, oportunidad y calidad apropiadas para un determinado proyecto⁷⁴⁹. Tiene un plazo de vigencia de dos años, no faculta a usar el agua ni ejecutar obras, no es excluyente ni exclusiva, por lo que su uso no debería afectar derechos de terceros⁷⁵⁰.

Lo característico de la acreditación de disponibilidad hídrica es que se puede obtener por dos vías distintas: (i) la resolución de aprobación de la disponibilidad hídrica emitida por la Autoridad Administrativa del

⁷⁴⁷ Ver artículo 11, b.2 del RPDU.

⁷⁴⁸ La disponibilidad hídrica se debe dar en “cantidad y calidad necesaria, tanto para los usos (directos) del ser humano (primario, poblacional y productivo) como para los usos ecológicos”. CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto y VILLEGAS VEGA, Paul. “El régimen jurídico para el aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú”. *Op. Cit.*, p. 24.

⁷⁴⁹ Ver artículo 81 del RLRH.

⁷⁵⁰ LOCK BENAVIDES, Sandra. “Algunas reflexiones sobre la problemática en la ejecución de proyectos hidroenergéticos en el marco de la normativa vigente en materia de recursos hídricos”. En: *Themis, Revista de Derecho*. Núm. 74, 2018, p. 41.

Agua; o (ii) una Opinión técnica favorable a la disponibilidad hídrica contenida en el Instrumento de Gestión Ambiental-IGA.

Respecto a esta última, el IGA es emitido por la Autoridad Ambiental Competente⁷⁵¹, y en este caso, será aprobada por la Autoridad Administrativa del Agua para la emisión de la acreditación de disponibilidad hídrica. Cabe resaltar que a lo largo del procedimiento también se necesitará que se certifique la viabilidad del proyecto (como requisito previo a la autorización de ejecución de obras o a la concesión eléctrica misma), por lo que el administrado deberá ser muy cuidadoso al momento de solicitar dicho instrumento a la autoridad competente⁷⁵².

Asimismo, la particularidad de la acreditación de disponibilidad hídrica es que un requisito de la licencia de uso de aguas que reviste una alta discrecionalidad por parte de la administración, lo cual se evidencia en el procedimiento de obtención del IGA y la “evaluación” que sobre

⁷⁵¹ Por ejemplo, en el caso de los Estudios de Impacto Ambiental semidetallado, la autoridad competente para su aprobación es el SENACE.

⁷⁵² Hoy en día resulta indiscutible la necesidad de instrumentos de evaluación ambiental cuyo objetivo es calificar las condiciones ambientales de un proyecto y señalar su viabilidad desde dicho aspecto. En este caso, el llamado Instrumento de Gestión Ambiental es “la técnica jurídica de que nos servimos para respetar ese principio de orden medioambiental” (EMBID IRUJO, Antonio. “Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 134, 1994, p. 11). Si bien no es objetivo de esta tesis estudiar detalladamente la oportunidad del Instrumento de Gestión Ambiental en los proyectos de Infraestructura; cabe resaltar que el RPAAE permite la integración de la acreditación de disponibilidad hídrica y de la autorización de ejecución de obras hidráulicas en el procedimiento de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto hidroenergético, quizá simplificando el procedimiento de su obtención. Nuestra duda se fundamenta en la verdadera conveniencia de realizar el Estudio de Impacto Ambiental previo al inicio del proyecto hidroenergético, toda vez que los efectos y medidas de mitigación que incluye dicha certificación debe realizarse conforme va avanzando el proyecto, pues lo que realmente interesa del Estudio de Impacto Ambiental es su procedimiento. Es una posición que requiere un mayor y profundo análisis; sin embargo, resulta responsable señalarla dadas las premisas y fundamentos de la presente investigación. Para un mayor entendimiento del tema, revisar principalmente LOZANO CUTANDA, Blanca, SÁNCHEZ LAMELAS, Ana y PERNAS GARCÍA, Juan José. *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada*. Madrid: La Ley, 2012. RAZQUIN LIZÁRRAGA, Martín María. “Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial”. En: *Revista Aranzadi de derecho ambiental*. Núm. 21, 2012, pp. 23-60. ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. “Régimen jurídico de la Evaluación del Impacto Ambiental (E.I.A.)”. En: *Revista Jurídica de Navarra*. Núm. 8, 1989, pp. 69-117; GARCÍA URETA, Agustín. “Evaluación de Impacto Ambiental y proyectos de parques eólicos: balance de intereses, red natura 2000 y aspectos procedimentales”. En: *Actualidad Jurídica Ambiental*. Núm. 37, 2014, pp. 7-44; SANZ RUBIALES, Íñigo. “La evaluación de impacto ambiental de proyectos. Algunos problemas de su régimen jurídico”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 9, 2006, pp. 195-225.

ella realiza la Autoridad Administrativa del Agua; así como en la “evaluación” que esta misma lleva a cabo en casos de concurrencia de solicitudes de acreditación de disponibilidad hídrica⁷⁵³; pues si bien existe un orden reglado de prioridad, la administración señala claramente su potestad de “evaluar y clasificar las demandas de los proyectos”⁷⁵⁴.

El tercer título administrativo es **la autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico**, cuyo objetivo es otorgar al administrado el derecho de construir las infraestructuras necesarias para llevar a cabo el uso y aprovechamiento eficiente del recurso hídrico. El artículo 84 del RLRH señala que “la autorización es posterior a la aprobación del instrumento de gestión ambiental y la autorización para el desarrollo de la actividad a la que se destinará el uso del agua, cuando corresponda, ambas aprobadas por la autoridad sectorial competente”. Ello solo reafirma que el título habilitante del sector hídrico para obtener la concesión eléctrica es la acreditación de disponibilidad hídrica; toda vez que **dicha concesión es requisito para obtener la autorización de ejecución de obras hidráulicas**, en el caso del aprovechamiento del agua para fines eléctricos⁷⁵⁵.

Una característica de esta autorización es que en un solo acto administrativo, la administración otorga⁷⁵⁶: (i) la aprobación del Plan de aprovechamiento, el cual busca salvaguardar los derechos de uso de agua de terceros y de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas; (ii) la aprobación del Sistema Hidráulico del Proyecto, el cual se refiere a las obras de captación, uso y devolución

⁷⁵³ Ver artículo 83 del RLRH.

⁷⁵⁴ Cfr. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”. *Óp. Cit.*, pp. 579-580.

⁷⁵⁵ En otros casos como, por ejemplo, usos agrícolas, bastará la presentación del documento que acredite posesión legítima o propiedad del predio donde se realizarán las actividades de uso y aprovechamiento del agua; siendo innecesario una autorización o concesión de un sector especial (como el caso eléctrico ya mencionado). (Ver artículo 16.2 del RPDU).

⁷⁵⁶ Cabe resaltar que de ser necesaria la obtención de una autorización de uso de aguas para cubrir exclusivamente las necesidades de aguas derivadas o relacionadas directamente con la ejecución de estudios u obras y lavado de suelos, según el artículo 84.2 del RLRH, dicho procedimiento se puede acumular al de la obtención de la autorización de ejecución de obras.

de aguas, dimensionado de acuerdo a la dimensión del proyecto; y la (iii) Autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico, la cual es el título que garantiza a su titular la posterior obtención de la licencia de uso⁷⁵⁷. Así también, este trámite se podrá prescindir si el administrado demuestra que cuenta con infraestructura hidráulica de aprovechamiento hídrico autorizada⁷⁵⁸.

Finalmente, el otorgamiento de la licencia de uso, que constituye el acto final del procedimiento administrativo necesario para su obtención, **se limita a la verificación técnica en campo de que las obras de aprovechamiento hídrico se hayan realizado en orden a lo establecido en la autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico, además de que el OSINERGMIN señale la conformidad de lo actuado.** La administración deberá otorgar la licencia de uso de aguas definitiva con la sola verificación del cumplimiento de los requisitos previos. Como analizaremos más adelante, si bien el acto final es totalmente reglado, el procedimiento para la obtención de la licencia de uso de aguas es discrecional, la cual se manifiesta al momento de la obtención de la acreditación de la disponibilidad hídrica, la cual constituye un requisito indispensable para la obtención de la licencia final.

b) Las consideraciones establecidas en el DS048 de 2007

Mediante el DS041 se buscó armonizar los procedimientos para la obtención de la concesión eléctrica y para la licencia de uso de aguas. Para una comprensión más clara de las disposiciones de esta norma es necesario repasar lo regulado en el **derogado DS048 del año 2007**, el cual es su antecedente más próximo:

⁷⁵⁷ Ver artículo 16.1 del RPDU.

⁷⁵⁸ Ver artículo 85.4 del RLRH.

- i. Al ser una norma de 2007, sus disposiciones responden a lo regulado en la LGA, toda vez que aún no se encontraba vigente la LRH.
- ii. La Resolución expedida por la Autoridad de Aguas que aprueba los estudios del proyecto hidroenergético a nivel de prefactibilidad en la parte que corresponde a las obras de captación y devolución de las aguas al cauce natural o artificial respectivo, es la autorización de aguas necesaria para la obtención de la concesión eléctrica definitiva.
- iii. La autorización de ejecución de obras garantiza la obtención de la licencia de uso para fines de generación de energía eléctrica.
- iv. Además, será necesario también un informe favorable del MINEM o del Gobierno Regional que corresponda.
- v. El título necesario para la obtención de la concesión temporal de electricidad es la autorización de ejecución de estudios para el aprovechamiento hídrico.

Sobre la norma del 2007 advertimos, en primer lugar, la preponderancia de la norma eléctrica sobre el régimen hídrico. Ello se evidencia también en que luego de alrededor de 15 años de vigencia de la normativa eléctrica, se decide establecer lineamientos que integren los sectores hídrico y eléctrico.

Además, esta preponderancia del sector eléctrico también se manifiesta en que es el MINEM la entidad que emite el informe favorable más relevante para el otorgamiento de la licencia de aguas para generación eléctrica. Si bien para la publicación de dicha norma aún no existía la ANA, los rezagos de la sobre-relevancia del sector eléctrico se han mantenido aún con la normativa posterior, tal y como lo plantearemos en el siguiente literal.

No obstante, no sería objetivo agotar nuestras reflexiones del DS048 a solo una crítica, sino que consideramos que ha sido una norma fundamental para establecer un orden y correlación al momento del otorgamiento de las licencias de agua con fines de generación eléctrica. Primero, establece las autorizaciones hídricas necesarias para la obtención de la concesión definitiva, así como las condiciones finales por las que se otorga la licencia de aguas; y, segundo, es una norma base para el aprovechamiento sostenible del agua respecto a los usos eléctricos, lo cual será repensado a partir de la publicación del DS041 de 2011.

c) Las consideraciones establecidas en el DS041 de 2011

Actualmente, el DS041 recoge algunas de las disposiciones antes mencionadas; sin embargo, se ha buscado un marco más adecuado a la complejidad del otorgamiento de títulos previos a la licencia de aguas, salvaguardando la seguridad jurídica. De esta forma, la actual norma regula:

- i. El requisito para la concesión temporal de electricidad es la autorización de ejecución de estudios para el aprovechamiento de recursos hídricos con fines de generación de energía eléctrica.
- ii. El requisito para la concesión definitiva de generación es la Resolución expedida por la ANA que acredita la disponibilidad hídrica, que incluye la aprobación del estudio hidrológico a nivel definitivo.
- iii. La obtención de la concesión definitiva de generación, otorga al administrado la exclusividad para el aprovechamiento del recurso hídrico; es decir, la ANA no podrá aprobar otros estudios

hidrológicos a nivel definitivo que plantee captar aguas en un mismo punto o tramo de interés de una fuente.

- iv. El requisito para el otorgamiento de la autorización de ejecución de obras hidráulicas con fines de generación de energía eléctrica es la concesión definitiva de generación.
- v. Supuestamente, la autorización de ejecución de obras hidráulicas con fines de generación de energía eléctrica, *garantiza* el otorgamiento de la licencia de uso. La norma lo define como un “título suficiente que garantiza a su titular la posterior obtención de la licencia de uso de agua”.
- vi. No obstante, además de la autorización de ejecución de obras, la norma exige otro requisito necesario para el otorgamiento de la licencia de uso, nos referimos a un informe favorable de OSINERGMIN que verifique que las obras fueron ejecutadas conforme las características, especificaciones, pruebas hidráulicas y condiciones autorizadas. Este informe técnico responde a la competencia otorgada al OSINERGMIN para supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión otorgados por Estado⁷⁵⁹.

Cabe cuestionar esta disposición normativa referida a la **autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico**, ya que tanto el RLRH como el DS041 lo denominan “título suficiente” que “garantiza” la obtención de la licencia de aguas. Así, observamos que se trata ciertamente de un título administrativo modal⁷⁶⁰, toda vez que solo con la presentación de un Informe Técnico del OSINERGMIN se podrá obtener una licencia de uso.

⁷⁵⁹ Ver DS088.

⁷⁶⁰ Un análisis sobre el modo como elemento del acto administrativo en VELASCO CABALLERO, Francisco. *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tesis para optar por el grado de Doctor. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1994, pp. 132-168.

Consideramos necesario el documento emitido por el OSINERGMIN, pues verifica que las obras se hayan realizado en orden a lo autorizado. Sin embargo, ello no significa que la autorización de ejecución de obras no sea un título suficiente, ya que la verificación realizada por el OSINERGMIN resalta su naturaleza de acto administrativo modal que obliga a la administración al otorgamiento de la licencia de uso. Cuestión aparte es la verdadera competencia de dicho pronunciamiento, aspecto que consideramos pertinente discutirla en el siguiente literal.

De esta forma, queda claro que el procedimiento para la obtención de la licencia de uso de aguas superficiales para fines de generación eléctrica se caracteriza por ser un procedimiento complejo⁷⁶¹, ya que los procedimientos previos “funcionan como eslabones de la cadena procesal” que, “considerados aisladamente, carecen de eficacia bastante para conseguir un determinado fin público, el cual solo puede lograrse mediante la concatenación o integración de esos distintos procedimientos”⁷⁶². Ello, toda vez que es una especialidad procedimental en la cual intervienen la LRH, la LCE, sus reglamentos y, de forma relevante, el DS 041.

Es así como, en resumidas cuentas, los títulos habilitantes necesarios para la obtención de la licencia de uso de aguas superficiales con fines de generación de energía eléctrica son los siguientes: (i) Autorización de ejecución de estudios de aprovechamiento del recurso hídrico, (ii) Concesión temporal de generación, (iii) Acreditación de disponibilidad hídrica, (iv) Concesión definitiva de generación, (v) Autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico y autorización de uso de aguas.

⁷⁶¹ Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto. *Óp. Cit.*, p. 17.

⁷⁶² GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”. En: *Revista de estudios de la vida local*. Núm. 211, 1981, p. 440.

Adicionalmente, entre los documentos imprescindibles más importantes se encuentra (i) el Instrumental de Gestión Ambiental y (ii) el Informe Favorable de OSINERGMIN verificando la correcta ejecución de obras de aprovechamiento hídrico.

4.2.3.2. *Sobre el rol de la ANA en el otorgamiento final de la licencia de uso de aguas.*

En primer lugar, consideramos pertinente resaltar que, entre todas las consideraciones del DS 041, la que ha llamado más nuestra atención es que el OSINERGMIN sea la entidad obligada a emitir un informe favorable para el posterior otorgamiento de la licencia de uso de aguas con fines de generación eléctrica.

En este sentido, la licencia de uso se otorga prácticamente de manera automática luego de realizarse las obras hidráulicas y que el OSINERGMIN señale la viabilidad del proyecto. Entonces, vale la pena cuestionar cuál es el rol de la ANA en el tramo final del otorgamiento de la licencia de uso. Si bien hemos señalado que existe una discrecionalidad a lo largo del procedimiento, manifiesta en el otorgamiento de las autorizaciones necesarias para la posterior licencia de uso, la decisión final respecto al otorgamiento de la misma licencia, así como la verificación de las construcciones y obras debe ser competencia de la ANA, en tanto es la autoridad máxima en materia de gestión de recursos hídricos.

Ello no significa que no estemos de acuerdo con que el OSINERGMIN pueda emitir una opinión técnica al respecto, solo que esta no debería tener el pronunciamiento definitivo y único sobre el cumplimiento de estándares hidráulicos. Nuestra propuesta es que dichas verificaciones, tanto de las obras hidráulicas como de aspectos fundamentales del IGA, debe ser realizada tanto por el OSINERGMIN como por la ANA, la cual, reiteramos, es el ente rector de actividades hídricas.

Con fines de esta reflexión es importante tener en cuenta la naturaleza concesional de la licencia de uso de aguas, su propia condición requiere una intervención profunda de la ANA en el proceso de aprobación final, toda vez que responderá a un aprovechamiento intenso del recurso hídrico, el cual no solo será de tiempo indefinido, sino que presenta intensidad en la construcción de obras hidráulicas y exclusividad en su uso.

En segundo lugar, este errado rol secundario que se le atribuye al ANA en la recta final del procedimiento de otorgamiento de la licencia de uso se manifiesta también en lo dispuesto en el artículo 37-C del vigente RLCE, el cual regula el aprovechamiento óptimo para proyectos hidroeléctricos y otorga a la Dirección General de Electricidad del MINEM (DGE) la facultad de evaluar los impactos sobre proyectos en las cuencas, así como seleccionar la mejor alternativa sobre la base del aprovechamiento eficiente del recurso.

Si bien en algunos casos la DGE solicita opiniones técnicas a consultores externos, también en materia eléctrica⁷⁶³, no existe ninguna referencia a opiniones por parte de la ANA, aún cuando los temas a evaluarse son en parte eléctricos, pero sobre todo vinculados a caudales ecológicos, impactos ambientales, revisión sobre mejor plan de disponibilidad hídrica o casos de fraccionamiento indebido de cuencas.

Vale la pena comentar sobre este último punto. Uno de los principios fundamentales del Derecho de Aguas, que no se ha mencionado aún, es el “principio de unidad de cuenca”, el cual quiere decir que el manejo de la cuenca “debe ser integrado, tanto en su planificación

⁷⁶³ Por ejemplo, lo sucedido en el caso de concurrencia entre las solicitudes de concesión definitiva para los proyectos: Central Hidroeléctrica América, presentado por Hidroeléctrica América S.A.C. y Centrales Hidroeléctricas Chancay 2 y Chancay 3, presentado por EGERBA. Para mayores referencias revisar la Resolución Directoral N.º 0033-2018-MEM/DGE.

como en su distribución⁷⁶⁴, lo cual cumple una función primordial: evidenciar la disponibilidad hídrica real del recurso.

Frente a este principio encontramos los denominados fraccionamientos o seccionamientos de las cuencas, los cuales consisten en que “a medida que las aguas de un río van siendo utilizadas, tales usos lo agotan en ciertos tramos de su recorrido quedando su álveo al descubierto, para luego, por medio de filtraciones o afluencias de otras aguas, reaparecer nuevamente sus aguas”⁷⁶⁵. Sin embargo, cabe resaltar que se trata de un fenómeno excepcional el cual se produce generalmente en casos de escasez.

No obstante, y en especial vinculado a la generación eléctrica, existen situaciones donde se recurren a fraccionamientos de cuencas de determinado potencial hidroenergético, quedando caudales con potenciales reales menores, los cuales son utilizados de forma indiscriminada para más de un proyecto hidroenergético. En otras palabras, se alteran y sobreexplotan los caudales para obtener un mayor beneficio en la generación hidroeléctrica.

Mencionamos este ejemplo de un tratamiento indebido del recurso como evidencia de que la DGE no debe ser el único ente que emita opinión vinculante en casos como estos. Nuevamente, afirmamos que el ANA es y debe actuar como el ente rector del manejo de recursos hídricos, por lo que en los casos señalados en el artículo 37-C del RLCE, **consideramos urgente que se incluya a la ANA como entidad obligada a emitir opiniones técnicas en cuando se involucren aspectos relacionados con el aprovechamiento del agua.**

⁷⁶⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. “El principio de la unidad de la corriente en el derecho de aguas”. En: *Revista de Derecho de Aguas*, Vol. III, 1997, p. 48.

⁷⁶⁵ Ídem, p. 46.

4.2.4. El caudal ecológico y su aplicación en los proyectos hidroeléctricos

El estudio de los caudales ecológicos reviste una serie de presupuestos propios que, debido a las limitaciones del presente trabajo, no pueden ser abordados, por lo que las ideas desarrolladas en este apartado se reducen a su vinculación exclusiva dentro del procedimiento de obtención de la concesión hidroeléctrica, además su servir como fundamento para reafirmar la naturaleza concesional de las licencias de uso aguas. Estas limitaciones consisten en su carácter eminentemente técnico, pues un estudio de naturaleza puramente jurídica no podría abordar de forma responsable estas condiciones. No obstante, el presente análisis se fundamenta en su innegable relevancia dentro de la problemática agua-energía, es decir, de la generación de energía hidroeléctrica, esbozando definiciones y la viabilidad de la norma que las regula.

Respecto a la naturaleza jurídica de los caudales ecológicos, estos se configuran como una limitación o restricción que se impone con carácter general a la explotación de los recursos hídricos⁷⁶⁶, teniendo su origen en EEUU donde se los denominó *instreamflow* y surgió como una medida para conservar el ecosistema acuático de los salmones⁷⁶⁷.

Asimismo, cabe resaltar que los caudales ecológicos son un concepto con un desarrollo incipiente, recién regulado técnicamente desde el 2016 con la publicación de la Metodología de Caudales, y con unas referencias generales en la LRH y su Reglamento. A continuación, señalaremos estas consideraciones y su relación con la final

⁷⁶⁶ EMBID IRUJO, Antonio. "El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico". *Op. Cit.*, p. 60. El autor señala también que es un límite exclusivo a la explotación del recurso y "no en modo alguno como "uso", pus no hay un "sujeto" individualizado de ese uso y de persistir por ese camino se plantearía inevitablemente la cuestión de una posición específica en el orden de utilizations, lo que es contradictorio con la funcionalidad que debe cumplir el caudal ecológico".

⁷⁶⁷ RODRÍGUEZ SALAS, Aldo. "El caudal ecológico y su regulación jurídica". En: PINTO, Mauricio y MARTÍN, Liber (Directores). *Agua, ambiente y energía. Aportes jurídicos para su vinculación*. Buenos Aires: Lajouane, 2017, p. 370.

obtención de la licencia de aguas con fines de generación de energía eléctrica.

4.2.4.1. *Sobre el concepto de los caudales ecológicos*

En la búsqueda de un caudal que respete las funciones del ecosistema fluvial, sobre todo, respetando las condiciones ambientales presentes; se han planteado diversas figuras que cumplan dicha función tales como caudal ambiental, caudal de mantenimiento, caudal mínimo, caudal recomendado, caudal reservado, caudal regulado, caudal ecológico y régimen de caudales aceptados⁷⁶⁸.

Al respecto, para Isabel CARO-PATÓN, el caudal ecológico “es una técnica mediante la que se persigue el mantenimiento de una corriente circulante mínima en los ríos”, señalando a su vez que este concepto es equiparable con el de *caudal mínimo de mantenimiento*, ya que “el ecológico en sentido estricto equivaldría al natural o a aquel cuya conservación sería incompatible con cualquier aprovechamiento natural”⁷⁶⁹. Asimismo, en un reciente trabajo, la citada autora considera a los caudales ecológicos como un tema protagonista dentro de la planificación hidrológica, definiéndolos como un instrumento de gestión ambiental sobre los cuales “conviene abandonar visiones maximalistas, y no perder de vista que los caudales ecológicos afectan a la gestión cuantitativa del agua ya que su determinación o, mejor dicho, su implantación puede determinar

⁷⁶⁸ Ídem, p. 371. EMBID IRUJO también se refirió sobre esta variedad de conceptos, señalando que, por ejemplo, los caudales mínimos –a diferencia de los caudales naturales– son caudales artificiales creados por el propio concesionario de aprovechamientos hidroeléctrico; tratándose, simplemente, “de crear unas condiciones adecuadas para el desarrollo de la vida piscícola que superen los inconvenientes que han podido ocasionarse para esta fauna en virtud de la acción humana”. EMBID IRUJO, Antonio. “Usos del agua e impacto ambiental (...)”. *Óp. Cit.*, pp. 138-140.

⁷⁶⁹ CARO-PATÓN, Isabel. “Caudales ecológicos”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 307.

una reducción del agua disponible para la satisfacción de demandas consolidadas o futuras previstas por el Plan”⁷⁷⁰.

Sin embargo, todas estas definiciones tienen como criterio común la “idea del volumen y calidad de agua que se debe mantener en un río para conservar su funcionamiento ecológico y asegurar el ciclo de vida de los organismos que lo habitan”⁷⁷¹; es decir, si se debe prohibir o limitar el otorgamiento de nuevos derechos de uso de aguas que supongan la desaparición de estos caudales, o si se deben establecer condiciones severas respecto al aprovechamiento⁷⁷².

Jurídicamente, el concepto de caudales ecológicos presenta dos problemáticas: *primero*, la determinación del volumen de agua a mantenerse en el cauce; y *segundo*, la implantación de medidas para respetar las corrientes mínimas. Esta situación reviste una alta discrecionalidad, pues el caudal de mantenimiento es diferente en cada río, por lo que queda a potestad de cada estudio particular su determinación⁷⁷³. Por ello, resulta difícil comprender metodologías “generales” que pretendan ser de aplicación general a todos los caudales, por lo que estos se deben establecer en la planificación hidrológica, principalmente, en los planes hidrológicos de cada cuenca⁷⁷⁴.

⁷⁷⁰ CARO-PATÓN, Isabel. “Caudales Ecológicos y Planificación”. En: NAVARRO CABALLERO, Teresa (Directora). *Desafíos del Derecho de Aguas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Aranzadi, 2016, pp. 321-322.

⁷⁷¹ RODRÍGUEZ SALAS, Aldo. *Óp. Cit.*, p. 370.

⁷⁷² CARO-PATÓN, Isabel. “Caudales ecológicos”. En: EMBID IRUJO, Antonio. *Diccionario (...) Óp. Cit.*, pp. 307-308.

⁷⁷³ Ídem, pp. 308-316.

⁷⁷⁴ Si se desea profundizar en aspectos técnicos relacionados a las metodologías de evaluación y determinación de caudales, recomendamos revisar los siguientes trabajos: PARDO MARTÍNEZ, Eduardo y GILABERT CERVERA, Javier. “Caudales Ecológicos”. En: *Jornadas de introducción a la investigación de la UPCT*. Núm. 3, 2010, pp. 96-98; CASTRO, Lina; CARVAJAL, Yesid y MONSALVE, Elkin. “Enfoques teóricos para definir el caudal ambiental”. En: *Ingeniería y universidad*. Vol. 10, Núm. 2, 2006, pp. 179-196; AGUILERA, Gastón y POUILLY, Marc. “Caudal ecológico: definiciones, metodologías y adaptación a la región andina”. En: *Acta zoológica lilloana*. Núm. 56, 2012, pp. 15-30; AGUALIMPIA, Yolima y CASTRO, Carlos. “Metodologías para la determinación de los caudales ecológicos en el manejo de los recursos hídricos”. En: *Tecnogestión: una mirada al ambiente*. Vol. 3, Núm.1, 2006, pp. 4-13; DIEZ-HERNÁNDEZ, Juan. “Bases metodológicas para el establecimiento de caudales ecológicos en el ordenamiento de cuencas hidrográficas”. En: *Ingeniería y competitividad*. Vol. 7, Núm. 2, 2005, pp. 11-18.

Es así que de existir alguna normativa general que regule un procedimiento para la adopción de caudales ecológicos “solo puede ser interpretada como un presupuesto previo que debe someterse a la decisión de la planificación hidrológica y en el marco de la coordinación que supone necesariamente la fijación de caudales ecológicos en una cuenca”⁷⁷⁵.

Luego de estos comentarios, analizaremos la regulación de los caudales ecológicos y la metodología para su cálculo en el Perú.

4.2.4.2 *Los caudales ecológicos y las modificaciones de su metodología de cálculo en la normativa peruana: la posibilidad de indemnización en casos de revisión de concesiones*

Los caudales ecológicos se encuentran regulados en los artículos 153, 154 y 155 del RLRH, donde se definen como el “volumen de agua que se debe mantener en las fuentes naturales de agua para la protección o conservación de los ecosistemas involucrados, la estética del paisaje u otros aspectos de interés científico o cultural”.

Se establecen también dos cuestiones que consideramos relevantes: *primero*, señala expresamente que ningún usuario de determinada cuenta podrá aprovechar los caudales ecológicos en su fuente natural para usos consuntivos; y, *segundo*, que en situaciones de escasez de agua, se priorizará el uso poblacional sobre dichos caudales.

Asimismo, tal y como hemos señalado, el RLRH determina que los caudales ecológicos se fijarán en los planes de gestión de los recursos hídricos de cada cuenca –también llamados Planes Hidrológicos de Cuencas–, de acuerdo a las características

⁷⁷⁵ EMBID IRUJO, Antonio. “El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico”. *Óp. Cit.*, p. 61. También en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho de Aguas*. *Óp. Cit.*, p. 302.

específicas de cada río o caudal. Esto reviste mucha importancia, ya que significa un avance en materia de regulación hídrica, la cual recientemente se ha materializado con la publicación de la Metodología de Cálculo en el año 2016⁷⁷⁶, confirmada con la recientemente RJ-267-2019 que aprueba los lineamientos generales para determinar caudales ecológicos –la cual derogó la Metodología de Cálculo de 2016–.

Es así como la mencionada Metodología de Cálculo es de aplicación nacional tanto para fines de planificación hídrica como para la obtención de la Acreditación de Disponibilidad Hídrica. De esta forma, ya es evidente que la determinación de los caudales ecológicos es un requisito indispensable para la obtención de una concesión hidroeléctrica, pues es requisito, a su vez, de la Acreditación de Disponibilidad Hídrica, la cual, como hemos mencionado, es el título administrativo bisagra entre la concesión eléctrica y el régimen hídrico, siendo la que mayor discrecionalidad por parte de la autoridad administrativa presenta.

Conocer el fundamento jurídico de los caudales ecológicos y la importancia que representan es clave para llevar adelante un proyecto hidroenergético. Por ello, es necesario conocer que, si bien existe la Metodología de Caudales, es cada organismo de cuenca el que determinará las condiciones reales de su cálculo. De esta forma, la planificación hidrológica cumple un rol importante al determinar un análisis de la realidad hídrica en cada cuenca, así como la demanda y disponibilidad real de los recursos hídricos⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ Durante la elaboración de la presente tesis, ya se había pre publicado el Proyecto “Lineamientos Generales para determinar Caudales Ecológicos”, mediante Resolución Jefatural N.º 118-2019-ANA; el cual sigue la misma lógica de la Metodología de Cálculo. Cabe resaltar que dicho proyecto se ha aprobado recientemente mediante Resolución Jefatural N.º 267-2019-ANA

⁷⁷⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Madrid: ARA, 2004, pp. 432-438.

Finalmente, actualmente existe un debate respecto a la obligatoriedad de respetar los caudales ecológicos y sus variables (ecosistema, paisaje, aspectos culturales, etc.) en proyectos hidroenergéticos previos a la regulación estricta de la metodología de cálculo y sus consideraciones.

Ante ello, no debemos olvidar que hasta el año 2016, en el Perú no existía una metodología para regular la cuantificación de los caudales ecológicos mínimos o máximos que circulen por la infraestructura hidráulica, lo cual afectaba el diseño y operatividad de las centrales hidroeléctrica, debido a la irregularidad en las decisiones de la autoridad administrativa al existir una irrestricta discrecionalidad⁷⁷⁸.

Así, un reciente trabajo⁷⁷⁹ afirma que entidades fiscalizadoras como el OEFA han aplicado el concepto actual de caudales ecológicos a titulares de proyectos hidroenergéticos que iniciaron sus actividades con anterioridad a la publicación de las normas que lo regulan. Ello, toda vez que la propia Metodología de Cálculo señala que sus disposiciones no afectan el ejercicio de los derechos de uso de agua otorgados con anterioridad a su entrada en vigencia⁷⁸⁰, manteniendo estos su validez. Basándose en estos presupuestos, la autora afirma que “la aplicación de la Metodología en estos casos concretos es en todo extremo incorrecta e ilegal, y llega a ser, inclusive, inconstitucional pues vulnera principios reconocidos expresamente en nuestra constitución como el de legalidad e irretroactividad”⁷⁸¹.

No es nuestra intención analizar el detalle de los casos específicos a los que la autora refiere; sin embargo, dicha crítica es idónea para traer al debate algunas ideas planteadas por la doctrina respecto a la

⁷⁷⁸ MONCADA ALCÁNTARA, Enrique. *Óp. Cit.*, p. 215-221.

⁷⁷⁹ LOCK BENAVIDES, Sandra. *Óp. Cit.*, pp. 44-47

⁷⁸⁰ Esta disposición se mantiene con la vigente RJ-267-2019; específicamente en el artículo 5.1. de los “Lineamientos generales para determinar caudales ecológicos”.

⁷⁸¹ Ídem, p. 46.

obligación de respetar los caudales ecológicos por parte de proyectos que ya se encuentran operando.

Cabe resaltar que coincidimos con LOCK BENAVIDES respecto su argumento formal, toda vez que la normativa peruana es expresa al señalar que la Metodología de Cálculo no afectará los derechos preexistentes, por lo que la actuación de la OEFA es abiertamente inconstitucional. No obstante, ello no significa que deba existir, cuanto menos, un cuestionamiento respecto a la posibilidad de revisión de las metodologías de cálculo de caudales ecológicos en los proyectos hidroenergéticos que obtuvieron sus licencias con anterioridad a la publicación de las normas actuales.

S. MARTÍN-RETORTILLO señala que la implantación de caudales no es gratuita, ya que “puede exigir la indemnización de derechos concesionales preexistentes que resulten limitados y por tanto ha de obrarse con extrema ponderación”⁷⁸². De esta forma, existe importante jurisprudencia española⁷⁸³ que determina la obligatoriedad de la administración para revisar las concesiones preexistentes y velar por el cumplimiento de las condiciones establecidas para los caudales ecológicos.

Los caudales ecológicos son considerados como “una de las principales adecuaciones ambientales” del Derecho de Aguas⁷⁸⁴, y la

⁷⁸² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho de Aguas*. Óp. Cit., p. 303. También en CARO-PATÓN, Isabel. “Caudales ecológicos”. En: EMBID IRUJO, Antonio. *Diccionario (...) Óp. Cit.*, p. 322.

⁷⁸³ Ver la STS de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983, 3763) del Tribunal Supremo español; la STS de 28 de setiembre de 2005, rec. 5373/2002 (RJ 2005, 8801) del Tribunal Supremo español; la STS de 26 de enero de 2005, en recurso de casación 2590/2000 (RJ 2005, 1074) del Tribunal Supremo Español; la Sentencia del TSJ de Cataluña 272/2004 de 5 de marzo; la Sentencia del TSJ de Cataluña 13/2005 de 12 de enero; y la Sentencia del TSJ de Cataluña 565/2005 de 1 de julio. Para mayor análisis: EMBID IRUJO, Antonio. “El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico”. *Óp. Cit.*, pp. 66-73.

⁷⁸⁴ BRUFAO CURIEL, Pedro. “La ineludible reforma ambiental de concesiones y autorizaciones de aguas: ¿ha de ser indemnizado su titular?” En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coordinador). *Nuevo Derecho de Aguas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, Aranzadi, 2007, p. 390.

legislación⁷⁸⁵ y doctrina españolas son unánimes al permitir la revisión de concesiones en casos de que existan modificaciones en supuestos determinantes del otorgamiento de la concesión, causas de fuerza mayor, y variaciones en la planificación hidrológica, lo que incluiría, claramente, las modificaciones a la metodología de cálculo de los caudales ecológicos. Asimismo, BRUFAO CURIEL considera que la indemnización es un mecanismo excepcional, pues “solo se permitiría en el caso de que se tratase de la ejecución de los diferentes Planes Hidrológicos”⁷⁸⁶.

Así también, en un reciente estudio, Blanca SORO MATEO analiza la revisión de las concesiones de aguas por exigencias de nuevos caudales ecológicos fijados en la planificación hidrológica o de medidas ambientales derivadas de los resultados de la evaluación ambiental de los planes o de la prevalencia de la planificación de los recursos naturales y de la protección de los espacios naturales⁷⁸⁷. En este sentido, coincidimos con la autora en lo siguiente:

“cuando acontezca un cambio normativo, que suponga la ilegalidad sobrevenida de la concesión previamente otorgada, la Administración hidráulica concedente deberá volver sobre la misma y revisarla. Dicha operación debe realizarse en ejercicio de una obligación, pues dicha eventual revocación o revisión –según los casos–, por lo demás, no constituye una facultad de la Administración hidráulica. En cambio, cuando la Administración tiene atribuidas potestades discrecionales,

⁷⁸⁵ El artículo 65 del TRLA dispone lo siguiente:

“Artículo 65. Revisión de las concesiones

1. Las concesiones podrán ser revisadas:
 - a) Cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento.
 - b) En casos de fuerza mayor, a petición del concesionario.
 - c) Cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos.

[...]

Sólo en el caso señalado en el párrafo c) del apartado 1, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa.”

⁷⁸⁶ BRUFAO CURIEL, Pedro. *Óp. Cit.*, pp. 400-401.

⁷⁸⁷ SORO MATEO, Blanca. “La revisión de concesiones de uso privativo de agua para su adaptación a las exigencias ambientales de los planes hidrológicos y su eventual indemnización”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 47-48, 2016, pp. 151-179.

puede revocar entonces las concesiones previamente otorgadas como consecuencia de un cambio en los criterios de apreciación del interés público, precisamente en ejercicio de dicha discrecionalidad. Tanto en un caso como en otro, cambio normativo o cambio en los criterios de apreciación del interés público, siempre que la finalidad de protección del destino principal del bien esté presente, debería estar justificado el derecho a indemnización.”⁷⁸⁸

Es así como las modificaciones relativas a los caudales ecológicos se encuentran directamente relacionadas con las disposiciones de los Planes Hidrológicos⁷⁸⁹, por lo que también cualquier incorporación de condicionantes ambientales que conlleven a una revisión de las concesiones otorgadas significan supuestos que merecen indemnización⁷⁹⁰; ya que consideramos que al representar la concesión una actividad de mayor intensidad y un plazo muy amplio, es una necesidad salvaguardar la seguridad del concesionario ante cambios normativos que puedan dar lugar a una ilegalidad sobrevinida. Es justamente este criterio el que diferencia a las revisiones de autorizaciones de dominio público⁷⁹¹, ya que estas implican “una permanente adecuación al estado normativo de cada momento”, existiendo un “deber jurídico de soportar las inversiones que exijan las nuevas medidas normativas”⁷⁹², pudiendo ser modificadas unilateralmente por la Administración sin necesidad de indemnización, justamente por sus breves plazos de duración⁷⁹³.

⁷⁸⁸ Ídem, pp. 169-170.

⁷⁸⁹ CARO-PATÓN, Isabel. “Caudales Ecológicos y Planificación”. En: NAVARRO CABALLERO, Teresa. *Desafíos (...)* Óp. Cit., p. 321.

⁷⁹⁰ SORO MATEO, Blanca. *Óp. Cit.*, p. 173.

⁷⁹¹ Por ejemplo en las autorizaciones de vertimiento, la legislación peruana regula la revocación-sanción por situaciones específicas como falta de pago de retribución económica o no implementación del Instrumento de Gestión Ambiental, por ejemplo (Ver artículo 144 del RLRH).

⁷⁹² SORO MATEO, Blanca. *Óp. Cit.*, p. 161.

⁷⁹³ Si bien esta apreciación es absolutamente teórica, como ya venimos comentando es de aplicación consolidada tanto en la jurisprudencia como en la legislación españolas. Asimismo, adelantamos la urgente necesidad de regular los supuestos de indemnización en casos de revisión tanto de autorizaciones como concesiones de dominio público, lo cual no solo ayudará a clarificar la naturaleza jurídica de estos títulos, sino que el solo hecho de determinar la aplicación o no de indemnización en dichos casos, ofrecerá seguridad jurídica al concesionario.

La legislación peruana no regula los supuestos de revisión de las concesiones y/o autorizaciones de dominio público en casos de modificación de aspectos ambientales que afecten el interés público como el caso de la metodología de cálculo de caudales; y, mucho menos, la aplicación de indemnización en dichos casos. Como podemos apreciar este silencio legislativo solo genera inseguridad jurídica y obliga a recurrir a aplicaciones extranjeras para poder formular una respuesta, como en el presente caso.

Cabe resaltar que el caso estudiado nos sirve como ejemplo para demostrar que la revisión de licencias de uso de aguas con fines de generación eléctrica, en casos de modificación de la metodología de cálculo de caudales, teóricamente amerita la aplicación de una indemnización para el administrado, lo que configura su carácter concesional. Caso contrario con las autorizaciones demaniales, como las autorizaciones de vertidos –que es el ejemplo utilizado por SORO MATEO–, sobre las cuales recae la responsabilidad de prever las modificaciones normativas respecto a condiciones ambientales de planificación hidrológica y cálculo de caudales, por lo que una ilegalidad sobreviniente permite una revisión que culmine en una modificación sin lugar a indemnización.

En conclusión, reiteramos que somos de la opinión que para aplicar la revisión concesional en los términos expuestos, debe existir una norma específica que establezca la revisión de las licencias de uso de agua con fines de generación eléctrica, siempre y cuando se produzca una modificación en la metodología del cálculo de los caudales ecológicos que determine un estudio de adecuación del proyecto. Asimismo, esta norma debe ir acompañada por otra que determine de forma expresa la indemnización a retribuir al concesionario en caso exista un daño o perjuicio en la rentabilidad o ejecución del proyecto⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴ Liber MARTIN señala que en casos de limitaciones o alteraciones a los derechos de uso especial con fines de preservación ambiental, claro ejemplo del cual es el establecimiento de

4.3. Conclusiones preliminares: la naturaleza concesional de la licencia de uso aguas en los proyectos hidroeléctricos

En *primer lugar*, como ya hemos señalado, la naturaleza concesional de la licencia de aguas se puede determinar desde una interpretación sistemática de los artículos 66° de la CP de 1993 y 24° de la LOASRN, identificando a la concesión como el título por excelencia que habilita el uso de los recursos hídricos.

En *segundo lugar*, el ejemplo de la concesión hidroeléctrica nos da mayores luces para poder distinguir la naturaleza concesional de la licencia de uso aguas. Ello, toda vez que es evidente la **intensidad del uso** del bien demanial, lo cual se demuestra al necesitar un Estudio de Impacto Ambiental, una Autorización de Ejecución de Obras y el propio estudio de la metodología de cálculo de caudales ecológicos.

Estos requisitos son necesarios debido al impacto que generará la construcción de la central hidroeléctrica y la cantidad del recurso que se utilizará; intensidad que ha requerido, incluso, la necesidad de establecer legalmente límites a dicho uso mediante la figura de los caudales ecológicos.

En *tercer lugar*, se reincide en el **plazo del título**, el cual de por sí es indeterminado con la sola entrega de la licencia de uso; sin embargo, es la concesión definitiva de generación eléctrica también un título que fortalece la naturaleza concesional de la propia licencia. Ambos títulos hacen posible que el concesionario aproveche el recurso hídrico,

caudales ecológico, solo será aplicable la indemnización cuando se imposibilite "continuar ejerciendo funcionalmente el derecho acordado" ("MARTIN, Liber. "Modificación de la concesión de aguas públicas. Problemática jurídica en torno a su indemnización en el derecho argentino". En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 1, 2011, p. 141)

según las condiciones ambientales establecidas, hasta cuando lo necesite. Resaltamos que es un uso exclusivo y excluyente.

En este orden de ideas, cabe resaltar que el componente ambiental presente en las licencias de uso de aguas con fines eléctricos, ayuda a clarificar su naturaleza concesional; ya que las obligaciones asumidas por las partes para el cuidado del agua (desde el lado estrictamente ambiental, calidad de aguas, vertidos, etc.) y su cumplimiento –y consecuencias de su no aplicación–, exceden los límites de un título habilitante del *genus* autorizacional, como lo es la licencia, deviniendo esta última en **insuficiente** para dicho contenido jurídico.

En *cuarto lugar*, el análisis de los caudales ecológicos aplicados a los aprovechamientos hidroeléctricos ha introducido una figura propia de los títulos de naturaleza concesional: **la revisión con indemnización**. Una de nuestras propuestas es establecer legalmente la posibilidad de revisar las licencias de uso de agua con fines de generación de energía eléctrica, con la finalidad de adecuar dicha actividad a las metodologías de cálculo vigentes, siempre de la mano con una indemnización que garantice la protección de los derechos de los concesionarios. Ello es una figura jurídica íntimamente aplicable a las concesiones de dominio público⁷⁹⁵.

Por lo expuesto, el estudio de las licencias de uso de agua con fines de generación de energía eléctrica o, *concesiones hidroeléctricas*, nos permite clarificar nuestra posición respecto a la naturaleza concesional de dicho título, lo cual se evidencia en la intensidad del uso, el plazo del título y la posibilidad de una revisión concesional.

⁷⁹⁵ Cabe resaltar que si bien la ley española señala expresamente que solo en casos de revisión por adecuación a la planificación hidrológica tendría lugar la indemnización (en este rubro se incluyen los casos de variación en la metodología de cálculo de los caudales ecológicos); ello no quiere decir que no se intenten acciones indemnizatorias en los otros supuestos, quedando ello en decisión de los Tribunales de justicia. Cfr. EMBID IRUJO, Antonio. "Instrumentos jurídicos de gestión de la demanda en el derecho español de aguas". En: AA.VV. *Derecho de aguas*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 144.

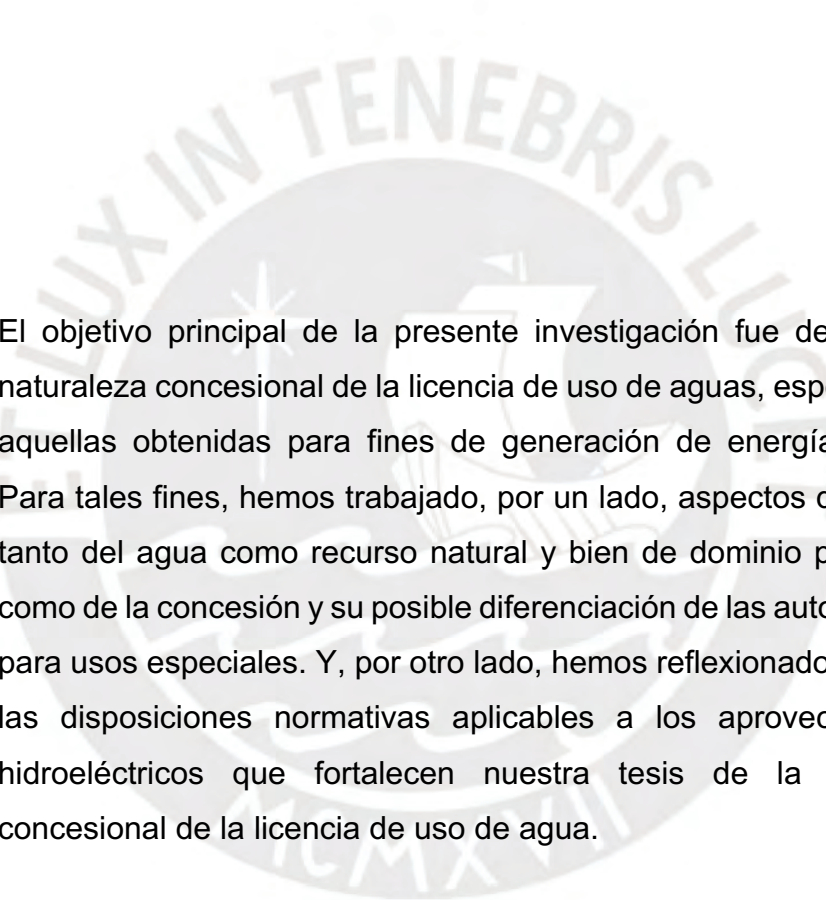
Asimismo, a lo largo de esta tesis hemos podido apreciar la evolución de muchos conceptos que en su momento se consideraron como inamovibles y definitivos, pero que el tiempo demostró la necesidad de su adecuación a la realidad propia de cada sociedad, a su época y a sus necesidades. Demuestran nuestras afirmaciones el desarrollo conceptual y jurídico en el tiempo de figuras y técnicas legislativas tales como el dominio público, dominio eminente, la concesión como concepto unitario, la autorización administrativa, los límites entre autorización y concesión, el contenido jurídico de los diversos tipos de concesiones, la indemnización en procedimientos de revisión de concesiones administrativas, o la planificación hidrológica.

Por lo tanto, me tomo la licencia de concluir la presente tesis copiando textualmente lo que hace casi veinte años dijo el maestro Manuel CLAVERO ARÉVALO, palabras vigentes hoy en día que expresan parte del espíritu de nuestro trabajo: “es necesario ver al Derecho Administrativo no solo como un conjunto de leyes y normas, sino como un conjunto de instituciones y principios que tienen una propia naturaleza jurídica, que por vivir en el tiempo tienen su historia y que por vivir en el espacio pueden y deben ser comparados con los de otros países de nuestro entorno”; de esta forma, el Derecho Administrativo es cambiante, porque lo es también la sociedad a la que sirve⁷⁹⁶.

⁷⁹⁶ CLAVERO ARÉVALO, Manuel. *Las transformaciones del Derecho Administrativo en España tras veinticinco años de Constitución*. Madrid: INAP, 2003, p. 14.



CONCLUSIONES FINALES



El objetivo principal de la presente investigación fue demostrar la naturaleza concesional de la licencia de uso de aguas, especialmente aquellas obtenidas para fines de generación de energía eléctrica. Para tales fines, hemos trabajado, por un lado, aspectos dogmáticos tanto del agua como recurso natural y bien de dominio público, así como de la concesión y su posible diferenciación de las autorizaciones para usos especiales. Y, por otro lado, hemos reflexionado acerca de las disposiciones normativas aplicables a los aprovechamientos hidroeléctricos que fortalecen nuestra tesis de la naturaleza concesional de la licencia de uso de agua.

Para tales fines, este trabajo se dividió en un **primer capítulo** en el cual introducimos la importancia del estudio del derecho de aguas actualmente, sobre todo desde una perspectiva del derecho administrativo, lo cual se fundamenta en dos simples presupuestos: la gestión del agua como bien escaso y la intervención de la administración pública para la correcta asignación de derechos de uso de agua. Luego, desarrollamos tres capítulos posteriores en los cuales profundizamos los detalles de nuestra investigación.

- **Sobre el segundo capítulo, en el cual estudiamos al agua como recurso natural y bien de dominio público**, arribamos a las siguientes conclusiones:

1. Debido a la poca claridad conceptual de lo que denominamos “Patrimonio de la Nación”, regulado en el artículo 66° de la CP de 1993; existe un debate alrededor de la naturaleza jurídica de los recursos naturales, lo cual ha generado diversas teorías e interpretaciones.

Consecuencia de ello, en la tradición jurídica peruana la concepción de los recursos naturales ha sido objeto de diversas aproximaciones, algunas de ellas reduccionistas a su valor económico, dejando en segundo plano una construcción jurídica entorno a su conservación, gestión o sostenibilidad. A propósito, las más relevantes teorías sobre la relación jurídica entre el Estado y los recursos naturales son: la teoría del dominio eminente, la teoría patrimonialista o del dominio estatal y la teoría del dominio público.

2. La teoría del dominio eminente, sobre la cual se ha definido a los recursos naturales en el Perú por muchos años, ha sido entendido como sinónimo de Patrimonio de la Nación. Sin embargo, el dominio eminente, o *facultas eminens*, es un concepto preconstitucional relacionado con las facultades de los soberanos sobre los ciudadanos y sus bienes, la cual ha sido desfigurada para forzar su definición hacia una errada relación de propiedad entre el Estado y los bienes públicos.

En este sentido, el dominio eminente no puede ser considerado como justificante de la naturaleza de la relación jurídica existente entre el Estado y los recursos naturales o bienes públicos; toda vez que es un concepto jurídico que se fundamenta en la soberanía estatal y no en la fundamentación de relaciones de titularidad o propiedad.

3. La teoría patrimonialista o del dominio estatal sugiere la existencia de un derecho de propiedad del Estado sobre los recursos naturales, por lo que también es denominada teoría de la propiedad pública o administrativa. Sin embargo, advertimos que la teoría patrimonialista no es más que la llamada *tesis subjetiva del dominio público*, la cual tiene su origen en la doctrina francesa clásica de los bienes públicos.

De esta forma, esta versión primigenia de la tesis subjetiva o propietaria del dominio público no resulta conveniente para definir la naturaleza de los recursos naturales en función al rol que el Estado cumple sobre estos, toda vez que el Estado no actúa como un propietario en el sentido absoluto que este refiere, sino que existen matices vinculados a la capacidad de gestión y administración, cuestiones que fueron desarrolladas con las tesis críticas a esta postura.

4. La teoría del dominio público o teoría dominialista como forma de definir la relación entre el Estado y los recursos naturales desarrollada por la doctrina peruana es una variante casi exacta de la llamada *tesis objetiva o funcionalista del dominio público*. Esta tesis considera a los recursos naturales como bienes de dominio público bajo la administración del Estado, el cual regula el otorgamiento de títulos administrativos que habiliten a privados el uso o aprovechamiento de los mismos.
5. Actualmente, en nuestra realidad jurídica ya no se habla de la búsqueda de un concepto que unifique los diversos regímenes de los bienes públicos o los recursos naturales desde un unitario concepto de dominio público; sino que se hace referencia, siguiendo al profesor F. LÓPEZ RAMÓN, a una ficción jurídica que, lejos de contribuir al caótico análisis de la figura, clasifica a las cosas públicas según el nivel de relación que presentan con lo público, diferenciando las cosas

comunes, los bienes de dominio público, los bienes patrimoniales y los bienes de interés público.

6. En el ordenamiento jurídico peruano existen relevantes fuentes jurisprudenciales emitidas por el Tribunal Constitucional, donde aparentemente se alejan de una concepción patrimonialista o subjetiva, pero luego se refieren a una *propiedad especial*, por lo que no podemos afirmar una interpretación unitaria y coherente sobre este tema por parte del mencionado tribunal.

Aunque el legislador peruano intentó evitar usar la expresión *dominio público* para definir a los recursos naturales, finalmente terminó reconociéndolo de forma indirecta al aceptar contenidos propios del dominio público, sobre todo respecto al otorgamiento de títulos administrativos que habilitan el uso y aprovechamiento de los recursos por parte de los privados.

7. Desde un análisis legislativo, una lectura sistemática de los artículos 66° de la CP de 1993 y 1° y 4° de la LOASRN nos sugiere considerar que el concepto Patrimonio de la Nación no hace más que aludir a elementos o cosas públicas que se encuentran en el ámbito de la escala de publicidad de las mismas.

En este orden de ideas, resulta inexacto referirnos a los recursos naturales como bienes que integran, exclusivamente, el dominio público; pues si bien principalmente pertenecen a dicha categoría, también es posible diferenciar recursos naturales comunes y de interés general, como el caso del aire y las áreas naturales protegidas, respectivamente.

8. Las teorías subjetivas y objetivas del dominio público no representan una total dicotomía o antagonismo obligatorio, prueba de ello es que actualmente existen búsquedas de tesis integrales que expliquen de forma menos caótica la naturaleza del dominio público. En esta línea,

destacan esfuerzos de autores como A. GALLEGO ANABITARTE, A. SANTAMARÍA PASTOR o M. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI.

Al respecto, destacamos la teoría de los bienes públicos funcionalizados, la cual trata de conciliar los principios clásicos de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad como formas de protección demanial con el objetivo de una mayor rentabilidad. De esta forma, la funcionalidad de los bienes demaniales es la satisfacción del interés general, al punto que la desafectación solo puede operar una vez que el bien ya se destina al uso general o al servicio público.

9. El esfuerzo más notable al tratar de conciliar y redefinir la teoría del dominio público es la tesis que plantea el profesor F. LÓPEZ RAMÓN con su *escala de la publicidad*, mediante la cual se busca repensar la clásica posición de DUGUIT y su *escala de la demanialidad* – la cual no debe confundirse con una supuesta *escala de propiedad* – y aplicar dicha idea a un conjunto de cosas más amplio con el objetivo identificar a qué grado de relación de la esfera pública se encuentran. Se clasifican en: cosas comunes, bienes públicos demaniales, bienes públicos patrimoniales y bienes de interés general.
10. En línea de lo expuesto, consideramos a las aguas públicas como bienes de dominio público *funcionalizado*, toda vez que se les aplica el régimen de protección pública declarándolos inalienables, imprescriptibles e inembargables; cuya función principal radica en la satisfacción de los intereses generales, generando también derechos administrativos reales productos de su concesión en uso.

- Respecto al **tercer capítulo, en el cual tratamos concretamente a la naturaleza concesional de la licencia de uso de agua**, arribamos a las siguientes conclusiones:

11. El uso del dominio público ha sido clasificado en dos grupos claramente diferenciables: por un lado, los usos directos por parte de la Administración; y, por otro, los usos por parte de los particulares. Al respecto, es el último grupo el que ha generado mayor interés doctrinal.
12. El uso común general es aquel que corresponde libremente a toda persona sin impedir el uso de los demás, excluyéndose toda individualización por parte de los posibles usuarios del bien. se caracteriza por ser de uso de todos, sin que concurren circunstancias singulares ni intervención administrativa.
13. El uso común especial es aquel donde concurren circunstancias singulares como peligrosidad, especial intensidad del uso, entre otros. Por ello, requiere autorización previa otorgada por la Administración. Se afirma que no se alteran las condiciones de un uso común, toda vez que no existen exclusiones.
14. Los usos privativos son aquellos donde el uso alcanza una mayor intensidad, existiendo individualización del usuario y la exigencia de una concesión demanial que habilite el aprovechamiento del bien.
15. A nuestro criterio, dentro de la clasificación tripartita de usos del dominio público, los usos especiales denotan cierta confusión debido a su proximidad a los usos privativos, consecuencia de ello es la intercambiabilidad de títulos habilitantes para ambas categorías en el sistema jurídico español.

Por lo tanto, si se asume como criterio de clasificación la simple obligatoriedad legislativa de algún título habilitante y se centra la

reflexión y análisis en el caso de los usos privativos, los cuales requerirán autorizaciones o concesiones, se podrá reducir confusiones y contextualizar mejor la clasificación según nuestra realidad.

15. Los usos privativos se definen de forma esencial por cuatro elementos principales: exclusividad, permanencia. Intensidad y rentabilidad. Sobre la exclusividad resalta la exigencia de un título como autorización o concesión; la permanencia supone a la ocupación del dominio público por instalaciones fijas o desmontables y a la duración necesario del mismo; la intensidad significa la exclusión a otros particulares de uso a aprovechamiento; y la rentabilidad hace referencia a una utilización productiva del bien demanial, es decir, cumpliendo ciertas expectativas económicas del particular.
16. La autorización demanial es el título habilitante necesario para usos privativos de menos intensidad. Actualmente, se define a la autorización demanial como un acto mediante el cual la Administración realiza un control preventivo de la legalidad y oportunidad de los aprovechamientos cualificados del dominio público.
17. Hoy en día resulta complicado mantener la excepcional idea concesional del profesor J.L. VILLAR PALASÍ; sin embargo, podemos esforzarnos por delimitar elementos mínimos comunes a todo tipo de concesión, sin perjuicio de que cada una de estas también ostente características particulares.

De esta forma, estas características son: (a) se rige bajo el derecho administrativo, (b) tiene carácter constitutivo, (c) se sustenta en un interés general, (d) nace de un acto administrativo y en ciertos casos se perfecciona mediante la técnica contractual, (e) tiene carácter *intuitu personae*, (f) la Administración conserva potestades y

privilegios, (g) temporalidad, sujeta a plazos indeterminados o de muchos años.

18. Destacamos tres tipos de concesiones administrativas: concesión de obras públicas, concesiones de servicios públicos y concesiones de dominio público.

En primer lugar, la concesión de obras públicas se caracteriza porque su objeto principal es la construcción de una obra susceptible de explotación. En segundo lugar, la concesión de servicios públicos es aquella que da lugar a una relación jurídica triangular entre la Administración, el concesionario y los usuarios. De esta forma, podemos advertir que actualmente la concesión de servicios públicos ha tomado distancia de ser considerada una transferencia o delegación de funciones administrativas, siendo más apropiado definirla en tanto título administrativo que habilita a un particular a realizar una actividad regulada como servicio público, siendo el contrato el elemento principal que condiciona la ejecución del servicio. En tercer lugar, la concesión demanial es aquella que se relaciona casi exclusivamente con la explotación de recursos naturales.

19. La concesión de obras públicas se diferencia de otros tipos concesionales, sobre todo de la concesión de servicios públicos, toda vez que en la primera no se constituye una actividad de prestación, sino que su esencia radica en la utilización del bien, la construcción de una obra.

En el caso de una concesión de servicio público que necesite infraestructura de obra pública para la prestación de tales servicios, es decir, de construcciones o modificaciones de obras; se debe tener en cuenta que el objeto principal del contrato de concesión será, definitivamente, la prestación del servicio público, por lo que las obras públicas serán solo instrumentos necesarios para llevar a cabo la prestación principal.

20. Existe un amplio debate sobre la naturaleza jurídica de la concesión demanial, es decir, si responde a un acto o contrato administrativo. Sin embargo, la elección de la Administración por actuar a través de una u otra figura es meramente instrumental, atendiendo a fines pragmáticos.
21. Los criterios que pueden dar ciertas luces respecto a las diferencias entre las concesiones y autorizaciones demaniales, cuyos límites hoy son difusos, son la **intensidad del uso y el plazo del título**. Por ello, estaremos hablando de una concesión demanial toda vez que se requiera un uso intenso de las aguas, manifestado en la instalación de construcciones fijas o la necesidad de realizar obras; vinculado con un plazo extenso, que puede ser de naturaleza indeterminada. Por el contrario, nos referiremos a autorizaciones demaniales cuando exista un uso menos intenso, como instalaciones desmontables; además de un plazo del título habilitante de corta duración, de preferencia no mayor a 5 años.
22. La organización administrativa del agua en el Perú tiene como entidad principal a la ANA, la cual se apoya en las AAA y ALA, así como en los Consejos de Recursos Hídricos de Cuenca. Asimismo, la participación de los usuarios en la planificación hidrológica y la gestión de los recursos hídricos permiten que se cumplan las exigencias referidas a la gobernabilidad y políticas públicas sobre el agua.
23. La LRH y su reglamento regulan tres clases de usos de aguas en el siguiente orden de prioridad: usos primarios, usos poblacionales y usos productivos. Los usos primarios son equivalentes a los usos comunes ya estudiados, mientras los usos poblacionales son aquellos destinados exclusivamente para el abastecimiento del servicio público de agua potable, o en excepciones con fines doméstico-poblacional en el ámbito rural.

24. Los usos productivos son aquellos aprovechamientos de carácter exclusivo, para lo que se requiere necesariamente la obtención de títulos habilitantes, los cuales son los permisos, autorizaciones y licencias. El orden de prioridad empieza por el sector agrario, acuícola y pesquero. En segundo orden se encuentran los usos energéticos, industriales, medicinales y mineros. En tercer lugar, los usos recreativos, turísticos y de transporte.
25. Consideramos que el término idóneo para referirnos a los usos privativos de mayor intensidad es la concesión, toda vez que genera un derecho consolidado y adquirido. Los términos autorización o licencia, en palabras del profesor A. GUAITA, son discriminatorios y perturbadores.
26. Las licencias de uso de aguas se caracterizan porque (i) facultan a su titular el uso de agua de carácter permanente, (ii) se otorgan con un fin y en un lugar determinado, (iii) son de plazo indeterminado, (iv) son intransferibles, (v) garantizan la exclusividad del uso, y (vi) facultan a ejercer servidumbres previstas en la LRH.
- De las características señaladas se concluye que las licencias de aguas *definitivas* habilitan el uso privativo en su máxima intensidad, dada la concurrencia de permanencia, plazo indefinido y exclusividad del uso. Debido a ello, advertimos que la naturaleza jurídica de las licencias de uso es indudablemente concesional, descartando su pertenencia al *genus* autorizacional.
27. El texto de la LOASRN trata de armonizar la redacción de la Ley General de Aguas propia de un gobierno estatista temeroso de usar figuras concesionales que aparenten una pérdida de dominio del estado de sus propios recursos; con lo dispuesto en la Constitución Política de 1993, que señalaba de forma acertada a la concesión como la figura adecuada para el otorgamiento del uso de aguas a los privados. Es decir, mediante la LOASRN se desnaturalizan las figuras

autorizacionales (entre ellos, definitivamente, la licencia de uso) para darles un contenido completamente concesional (ya que se señala “*tiene los mismos alcances que las concesiones*”).

En consecuencia, la licencia de uso regulada en la LRH tiene una naturaleza concesional según el supuesto previsto en el artículo 24° de la LOASRN y el artículo 66° de la Constitución Política de 1993. Para evitar este tipo de confusiones no solo formal sino también material, ya que nos referimos a figuras completamente distintas (autorización/licencia y concesión) que producen efectos jurídicos distintos en su aplicación; lo correcto hubiese sido que al derogar la Ley General de Aguas en el 2008, la nueva Ley de Recursos Hídricos regulara a la concesión como el título por excelencia que habilite el uso de aguas, mas no la licencia de uso.

- Por último, en el **capítulo cuatro desarrollamos la relación jurídica del agua con la energía y cómo se configuran en el Perú los denominados aprovechamientos hidroeléctricos**, arribando a las siguientes conclusiones:

28. En el Perú, la relación agua – electricidad está dotada de mayor base legal y relevancia práctica, toda vez que hasta el año 2002, la electricidad generada a partir de energía hidroeléctricas representaba el 85% del total de energía generada en el país.

Los grandes proyectos hidroeléctricos se clasifican en aquellos con centrales de paso y de embalse. Las primeras son las menos perjudiciales ambientalmente; no obstante, sí es preocupante el nivel de impactos negativos de las centrales de embalse, generando desde alteración del ecosistema hasta inundaciones y desplazo de poblaciones enteras. Debido a ello, no resulta lógico un desarrollo hidroenergético sin las previsiones ambientales necesarias.

29. Si bien el legislador peruano ha decidido ubicar a los usos eléctricos lejos del primer orden de preferencia – priorizando, por ejemplo, el uso agrícola –; es necesario recalcar que luego del uso del agua para abastecimiento poblacional, el siguiente uso más importante es el eléctrico, debido a su relación con proyectos de interés superior y por su regulación prioritaria y especial. No obstante, entendemos dicho orden debido a que en muchos lugares del Perú la agricultura ha sido, tradicionalmente, una de las actividades económicas más importantes.
30. La concesión eléctrica es un título habilitante naturaleza mixta: en un primer momento se figura como un acto administrativo, toda vez que en virtud del artículo 28 de la LCE es otorgada por Resolución Ministerial de Energía y Minas; y, en un segundo momento se perfecciona mediante un contrato de concesión, y es allí cuando se definen las condiciones generales, obligaciones, causales de caducidad, entre otras cláusulas importantes para el desarrollo de la actividad.
31. Sobre los títulos administrativos que habilitan el uso del agua para la producción de la energía eléctrica en el Perú, destacan entre todos, la licencia de aguas y la concesión eléctrica. Consideramos acertado que existan dos títulos distintos para habilitar los aprovechamientos hidroeléctricos, ya que se verifica el cumplimiento de los requisitos y exigencias de dos regímenes sectoriales completamente distintos y particulares.

No obstante, advertimos que, aunque existen importantes avances materia de control ambiental, aún no se establecen procedimientos eficientes para la verificación del cumplimiento de los IGA, toda vez que estos se aprueban mucho antes de que se inicie el proyecto. Lo ideal sería que este vaya a la par con gran parte del proyecto, para que exista un control efectivo de los verdaderos impactos ambientales de la actividad de generación hidroeléctrica.

32. Para fortalecer la gestión de los recursos hídricos y, sobre todo, las consideraciones jurídico ambientales relevantes en los aprovechamientos hidroeléctricos, debe existir necesariamente un plan hidrológico nacional adecuado a la normativa vigente y que, realmente, ostente naturaleza normativa y no represente un simple recopilatorio estadístico.

Así, es importante resaltar que si bien la naturaleza concesional de las licencias de uso de agua se define en sus características como intensidad de uso o plazo; también se definen por las obligaciones que se asumen para el cuidado del recurso, como el cuidado ambiental y de la calidad del agua. Cabe resaltar que estas obligaciones y cargas a ambas partes, exceden la naturaleza de un título del *genus* autorizacional.

33. La obtención de la acreditación de disponibilidad hídrica es el título pertinente del sector hídrico para obtener la concesión eléctrica. Ello, toda vez que la concesión eléctrica es un requisito para obtener la autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico.

34. Desde la promulgación del DS048 de 2007, advertimos la preponderancia de la norma eléctrica sobre el régimen hídrico, lo cual es evidente toda vez que luego de 15 años de vigencia de la normativa eléctrica se decide establecer lineamientos que integren los sectores hídrico y eléctrico.

35. La autorización de ejecución de obras de aprovechamiento hídrico es un título administrativo modal, toda vez que garantiza la obtención de la licencia de aguas, siempre que el OSINERGMIN emita un informe de verificación. Sin embargo, teniendo en cuenta la propia naturaleza concesional de la licencia de uso de aguas, esta requiere una intervención profunda de la ANA en el proceso de aprobación final, toda vez que responderá a un aprovechamiento intenso del recurso

hídrico, el cual no solo será de tiempo indefinido, sino que presenta obras hidráulicas y exclusividad en su uso.

Ello también se demuestra en casos donde se tienen que evaluar concurrencias de solicitudes finales, donde la norma eléctrica deriva a la DGE dicha competencia. Al revisarse casos como fraccionamientos de cuencas o posibles sobreexplotaciones de caudales, es obligatorio que el ANA también asuma un rol protagónico, incluyéndose como entidad responsable de emitir opiniones técnicas cuando se involucren aspectos relacionados con el aprovechamiento del agua; toda vez que se trata de la autoridad rectora de la gestión de los recursos hídricos.

36. Por otro lado, respecto a los caudales ecológicos, conocer su fundamento jurídico y la importancia que representan es clave para llevar adelante un proyecto hidroenergético. Así, si bien existe una obligación jurídica por respetar un caudal mínimo, es posible que los particulares exijan la indemnización de derechos concesionales preexistentes que resulten afectados por cambios en la metodología de cálculo de los caudales. Cabe resaltar que la legislación peruana no regula estos supuestos.
37. La revisión de licencias de uso de aguas con fines de generación eléctrica, en casos de modificación de la metodología de cálculo de caudales, teóricamente amerita la aplicación de una indemnización para el administrado, lo que configura su carácter concesional.

De esta forma, somos de la opinión que, para aplicar la revisión concesional, debe existir una norma específica que establezca este procedimiento siempre y cuando se produzca una modificación en la metodología del cálculo de los caudales ecológicos que determine un estudio de adecuación del proyecto hidroenergético; disposición que debe especificar el cálculo de la indemnización a retribuir al concesionario.

38. El estudio de las licencias de uso de agua con fines de generación de energía eléctrica o, *concesiones hidroeléctricas*, nos permite clarificar nuestra posición respecto a la naturaleza concesional de dicho título, lo cual se evidencia en la intensidad del uso, el plazo del título y la posibilidad de una revisión concesional.





BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge

2007 “La Directiva Marco, la nueva cultura del agua y el imperativo de evolución de la política hidráulica española hacia un modelo de gestión sostenible”. En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Nuevo derecho de aguas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi, pp. 131-156.

AGUILERA, Gastón y POUILLY, Marc

2012 “Caudal ecológico: definiciones, metodologías y adaptación a la región andina”. En: *Acta zoológica lilloana*. Núm. 56, pp. 15-30.

ALBI, Fernando

1960 *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar.

ALCARRAZ, Hubert

2015 “El dominio público francés frente a la modernidad”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, pp. 13-36.

ALIENZA GARCÍA, José Francisco

2015 “Propiedad pública y propiedad privada en las estrategias de protección ambiental”. En: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (Director). *Derecho de los bienes públicos*. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 527-578.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz

1989 “Régimen jurídico de la Evaluación del Impacto Ambiental (E.I.A.)”. En: *Revista Jurídica de Navarra*. Núm. 8, pp. 69-117.

AMAYA ARIAS, Ángela María y GUZMÁN JIMÉNEZ, Luis Felipe

2016 “La industria energética y el recurso hídrico en Colombia. Breve referencia al caso de la Hidroeléctrica El Quimbo”. En: *Global Iure*, Núm. 04, pp. 183-210

ARDILES, Liana

2015 “Los nuevos retos de la planificación hidrológica”. En: *Ambienta: La revista del Ministerio de Ambiente*. Núm. 110, pp. 4-16

ARIÑO ORTIZ, Gaspar

2009 “Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables?”. En: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*, Núm. 7, pp. 12-23.

2004 *Principios de Derecho Público Económico*. Madrid: ARA.

1999 *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares

1988 “Principios de descentralización y desconcentración”. En: *Documentación Administrativa*. Núm. 214, pp. 11-34.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis

1997 *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis

2004 *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BACA ONETO, Víctor Sebastián

2014 “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. En: *Ius Et Veritas*. Núm. 48, pp. 270-297.

2009 “Servicio Público, Servicio Esencial y Servicio Universal en el Derecho Peruano”. En: VIGNOLO CUEVA, Orlando (coordinador). *Teoría de los Servicios Públicos*. Grijley: Lima, pp. 355-388

2006 *La invalidez de los contratos públicos*. Madrid: Civitas.

BACA ONETO, Víctor y ORTEGA SACO, Eduardo

2013 “Los esquemas contractuales de colaboración pública privada y su recepción en el derecho privado”. En: *Revista de Derecho Administrativo-CDA*. Núm. 13, pp. 33-49

BALLBÉ, Manuel

1955 “Dominio Público”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo VII, Barcelona: F. Seix, pp. 772-792

BARCELONA LLOP, Javier

2000 “Consideraciones sobre el dominio público natural”. En: SOSA WAGNER, Francisco (Coordinador), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo II*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 2085-2112.

1995 “Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 137, mayo-agosto, pp. 549-576.

BENITES, Jorge

2014 “Institucionalidad y Plan Nacional de Adaptación a los impactos del cambio climático sobre los recursos hídricos”. En: GUEVARA, Armando y VERONA, Aarón (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CICAJ-DAD, pp. 31-45.

BERMEJO VERA, José (Director)

2009 *Derecho Administrativo Parte Especial*. 7ma. edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas

BERNAL BLAY, Miguel Ángel

2010a *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*. Navarra: Thomson Reuters-Civitas.

2010b “La colaboración público-privada institucional”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Núm. 37, pp. 93-138.

BIANCHI, Alberto

2005 “Una noción restringida de servicio público (Aportes para su cuarta etapa)”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Núm. 53, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, pp. 299-349.

BLANQUER CRIADO, David

2012 *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BOBES SÁNCHEZ, Ma. José

2013 “Derecho alemán de las cosas públicas”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (Coordinadores). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, pp. 107-128.

BRUFAO CURIEL, Pedro

2007 “La ineludible reforma ambiental de concesiones y autorizaciones de aguas: ¿ha de ser indemnizado su titular?” En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coordinador). *Nuevo Derecho de Aguas*. Cizur Meno (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, Aranzadi, pp. 385-405.

CÁCEDA ADRIANZÉN, Julio

2018 *Alcances y límites de las ideas de justicia en el Enfoque de Capacidades*. Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Desarrollo Humano: Enfoques y Políticas. Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAIRAMPOMA, Alberto y VILLEGAS, Paul

2015a “El régimen jurídico para el aprovechamiento de recursos hídricos en el Perú”. En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 5, pp. 21-31.

2015b “Régimen jurídico de las aguas residuales en el Perú”, en: ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Coordinador). *El derecho del medio ambiente y los*

instrumentos de tutela administrativa: Libro homenaje al Maestro Ramón Martín Mateo, Lima: Thomson Reuters, pp. 191-207.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel

- 2016 “Caudales Ecológicos y Planificación”. En: NAVARRO CABALLERO, Teresa (Directora). *Desafíos del Derecho de Aguas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Aranzadi, pp. 321-332.
- 2007 “Caudales ecológicos”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, p. 307.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis

- 2009 “Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional”. En: *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, año 9, núm. 38, 2009, pp. 39-60. (Artículo original publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1981).

CARPI ABAD, Ma. Victoria

- 2007 “Aprovechamientos Hidroeléctricos”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 234-265.

CASSAGNE, Juan Carlos

- 2011 “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”. En: DE LA CUÉTARA, José Miguel; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis y VILLAR ROJAS, Francisco (coordinadores). *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley.
- 1996 “El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 40, mayo-agosto, pp. 95-110.

CASSAGNE, Juan Carlos y DE LA RIVA, Ignacio

- 2015 “Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando

(Coordinadores). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, pp. 12-40.

CASTRO, Augusto

2014 “Cambio climático, crisis hídrica y derechos de agua”. En: GUEVARA, Armando y VERONA, Aarón (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CICAJ-DAD, pp. 23-30.

CASTRO, Carlos y AGUALIMPIA, Yolima

2006 “Metodologías para la determinación de los caudales ecológicos en el manejo de los recursos hídricos”. En: *Tecnogestión: una mirada al ambiente*. Vol. 3, Núm.1, pp. 4-13.

CASTRO, Lina; CARVAJAL, Yesid y MONSALVE, Elkin

2006 “Enfoques teóricos para definir el caudal ambiental”. En: *Ingeniería y universidad*. Vol. 10, Núm. 2, pp. 179-196

CELUME BYRNE, Tatiana

2013 *Régimen Público de las Aguas*. Santiago: Thomson Reuters.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen (Coord.)

2004 *Comentarios a la Ley 33/3003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco

2003 *Las transformaciones del Derecho Administrativo en España tras veinticinco años de Constitución*. Madrid: INAP.

1958 “La inalienabilidad del dominio público”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 25, pp. 11-84.

COLÁS TENAS, Jesús

2009 “Contrato de gestión de servicios públicos”. En: BERMEJO VERA, José y BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *Diccionario de Contratación Pública*. Madrid: Iustel, pp. 181-194.

COLOM PIAZUELO, Eloy

2007 “Dominio Público Hidráulico”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 648-672.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos

2014 *Autorizaciones y concesiones en el derecho colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge

2015 “Evolución y formación del concepto de bienes del estado (privados y de dominio público) en el ordenamiento jurídico peruano”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coordinadores). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, pp. 529-551.

2008 “El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana”. En: *Themis, Revista de Derecho*. Núm 55, pp. 255-264.

2007 “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. En: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy; ZEGARRA VALDIVIA, Diego (Coordinadores). *Derecho Administrativo Contemporáneo: Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, pp. 63-105.

2006 “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*. Núm. 1, pp. 121-164.

DE ASÍS ROIG, Agustín

1988 “Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho Administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 116, pp. 93-121.

DE GUERRERO MANSO, Carmen

2015 “Bases históricas y constitucionales del dominio público en España”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coordinadores). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, pp. 37-63.

2013 “El derecho de propiedad de las personas públicas en Francia y su relación con el medio ambiente y el urbanismo”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (Coordinadores). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, pp. 129-147.

DEL CASTILLO PINTO, Laureano

2011 “Ley de Recursos Hídricos: necesaria pero no suficiente”. En: *Debate Agrario*, Núm. 45, pp. 91-118.

DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo

2004 “La gestión de los servicios públicos locales”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 165, pp. 87-133.

DEL MORAL ITUARTE, Leandro

2006 “El agua en el siglo XXI: gestión y planificación”. En: CUADRAT PRATS, José María. *El agua en el siglo XXI: gestión y planificación*. Zaragoza: Institución “Fernando el Católico”, pp. 29-30.

DEL SAZ, Silvia

2007 “Comunidades de usuarios”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 357-386.

DELGADO PIQUERAS, Francisco

1992 *Derecho de aguas y medio ambiente*. Madrid: Tecnos.

DESDENTADO DAROCA, Eva

1999 *El precario administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones de precario*. Navarra: Aranzadi.

DÍAZ LEMA, José Manuel

2006 “Bases para la construcción de un Derecho de Aguas europeo”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 169, 2006, p. 251-264.

DIEZ-HERNÁNDEZ, Juan

2005 “Bases metodológicas para el establecimiento de caudales ecológicos en el ordenamiento de cuencas hidrográficas”. En: *Ingeniería y competitividad*. Vol. 7, Núm. 2, pp. 11-18.

DOUROJEANNI, Axel

1994 “La gestión del agua y las cuencas en América Latina”. En: *Revista de la CEPAL*. Núm. 53, pp. 11-127.

DOUROJEANNI, Axel; JOURAVLEV, Andrei; y CHÁVEZ, Guillermo

2002 “Gestión del agua a nivel de cuencas: teoría y práctica”. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

DOUROJEANNI, Marc; BARANDIARÁN, Alberto y DOUROJEANNI, Diego

2009 *Amazonía Peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructuras: ¿Qué está pasando? ¿Qué es lo que significan para el futuro?* Perú: Pro Naturaleza-Fundación Peruana para la Conservación de la naturaleza.

DUMLER, Francisco y ACHA, María del Pilar

2014 “Construyendo la institucionalidad de la gestión integrada de los recursos hídricos a través de la gobernanza en la Autoridad Nacional del Agua”. En: GUEVARA, Armando y VERONA, Aarón (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y

Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-CICAJ-DAD, pp. 265-268.

EMBID IRUJO, Antonio

- 2017 “Los organismos de cuenca tienen futuro”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *El futuro de los Organismos de Cuenca*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 23-66.
- 2016 “El estado de la planificación hidrológica en España y su proceso de revisión. Una visión en perspectiva”. En: NAVARRO CABALLERO, Teresa (Directora). *Desafíos del Derecho de Aguas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Aranzadi, 2016, pp. 67-84.
- 2015 “Organizaciones de usuarios y participación en la gestión del agua en el derecho español: reflexiones generales y consideración de la reciente legislación peruana de aguas sobre estas cuestiones”. En: URTEAGA, Patricia y VERONA, Aarón (Editores). *Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú. Segundas Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CICAJ-DAD, pp. 229-249.
- 2013a “Las características del mercado de derechos de agua en España”. En: *Derecho y Ciencias Sociales*. Núm. 9, pp. 90-110.
- 2013b *Usos del agua: concesiones, autorizaciones y mercados del agua*. (Director). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- 2012a “Algunos aspectos del Derecho europeo de aguas según la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de setiembre de 2012 en el marco de la problemática suscitada por la desviación de un río (griego)”. En: *Revista General de Derecho Europeo*. Núm. 28.
- 2012b “El Derecho de Aguas del Siglo XXI”. En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 2, pp. 79-104.
- 2010 “El agua y la energía en el ordenamiento jurídico. Reflexiones generales con atención singular a la regulación del orden de utilización y al caudal ecológico”. En: AA.VV. *Agua y Energía*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

- 2009 “Agua y territorio: nuevas reflexiones jurídicas”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. Extra-11, pp. 23-69.
- 2007a “Derecho de Aguas (Introducción)”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 15-31.
- 2007b “Planificación Hidrológica”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 767-789.
- 2007c “Usos comunes del agua”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 949-952.
- 2004 “Instrumentos jurídicos de gestión de la demanda en el derecho español de aguas”. En: AA.VV. *Derecho de aguas*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 139-162.
- 2001 “Evolución del derecho y de la política del agua en España”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 156, pp. 59-99.
- 1994 “Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 134, pp. 109-154.
- 1990 “La planificación hidrológica”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 123, pp. 115-152.

EMBID IRUJO, Antonio y MARTÍN, Líber

- 2017 *El Nexo entre el agua, la energía y la alimentación en América Latina y el Caribe. Planificación, marco normativo e identificación de interconexiones prioritarias*. Santiago: Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ONU, CEPAL).

ENTRENA CUESTA, Rafael

- 1974 *Curso de Derecho Administrativo*. 4ta edición. Madrid: Tecnos.
- 1959 “Las licencias en la legislación local”. En: *Revista de Estudios de la Vida Local*. Núm. 107, Año XVIII.

ESCOLA, Jorge

1989 *El interés público, como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma.

ESPINOZA RODRIGUEZ, Francis Rosario

2017 *El agua para la producción de energía en Centroamérica. Régimen Jurídico*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.

ESTEVE PARDO, José

2015 “La Administración garante. Una aproximación”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 197, pp. 11-39

2014 *Derecho del medio ambiente*. 3ra. edición. Madrid: Marcial Pons.

2013 *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3ra. Edición. Madrid: Marcial Pons.

1987 “Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones “a non dominio””. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 113, pp. 181-213.

EZQUERRA HUERVA, Antonio

2007 “Obras Hidráulicas”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 711-751.

FANLO LORAS, Antonio

2014 “Conflictos intersectoriales y regionales por el agua: el caso de España”. En: GUEVARA, Armando y VERONA, Aarón (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CICAJ-DAD, pp. 295-308.

2007a “Confederaciones Hidrográficas”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 426-448.

2007b “Cuencas Hidrográficas”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 480-484.

- 2006 Planificación hidrológica en España: estado actual de un modelo a fortalecer”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 169, Madrid, enero-abril, pp. 265-299.
- 2004 “El Derecho de aguas en el 25 aniversario de la Constitución Española”. En: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*. Núm. 2, pp. 53-57.
- 2002 “La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros”. En: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja – REDUR*, pp. 43-52.

FEARNSIDE, Philip M.

- 2016 “Environmental and Social Impacts of Hydroelectric Dams in Brazilian Amazonia: Implications of Aluminium Industry”. En: *World Development*. Volumen 77, enero, pp. 48-65.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael

- 2007 *Las concesiones administrativas de dominio público*. Navarra: Thomson-Civitas.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo

- 1931 *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*. Tomo II, 2da edición, Barcelona: Bosch.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón

- 1983 “Las obras públicas”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 100-102, pp. 2427-2469.
- 1967 “Inscripciones y autorizaciones industriales”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 52, pp. 422-446.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles

- 2014 *La valorización del dominio público*. Tesis Doctoral (co)dirigida por CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y MONTOYA MARTÍN, Encarnación, Universidad de Sevilla, 2014, repositorio de tesis en:

<http://www.doctorado.us.es/tesis-doctoral/repositorio-tesis/tesis-2014/details/2/4444>. Consultado el 21 de setiembre de 2018.

FORNO CASTRO POZO, Xennia

2009 “El título minero como acto administrativo habilitante”. En: *Revista de Derecho Administrativo – CDA*. Núm. 8, pp. 47-62.

FRAGA PITTALUGA, Luis

2007 *La incompetencia en el Derecho Administrativo*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel

2003 “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 160, pp. 87-119.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo

1990 “Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 122, pp. 7-102.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DÍAZ LEMA, José Manuel

1986 *El derecho de aguas en España*. Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1989 “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas, pp. 437-452.

1974 “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”. En: *Dos estudios sobre la usucapión en el derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.

1950 “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 2, pp. 83-108.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón

2017 *Curso de Derecho Administrativo I*. 18va. edición, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Civitas.

2004 *Curso de Derecho Administrativo II*. 9na. edición, Madrid: Thomson-Reuters, Civitas.

GARCÍA PÉREZ, Marta

1997 “La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*. Núm. 1, pp. 337-351.

1993 *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*. Tesis para optar por el grado de Doctora. La Coruña: Universidade da Coruña.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio

1986 *Los actos administrativos*. Madrid: Civitas.

1959 “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 29, pp. 11-58.

1953 “Aspectos de la administración económica”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 12, pp. 11-76.

GARCÍA URETA, Agustín

2014 “Evaluación de Impacto Ambiental y proyectos de parques eólicos: balance de intereses, red natura 2000 y aspectos procedimentales”. En: *Actualidad Jurídica Ambiental*. Núm. 37, pp. 7-44.

GARRIDO FALLA, Fernando

1994 “El concepto de servicio público en Derecho español”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 135, pp. 7-36.

1986 “Privatización y reprivatización”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 109, pp. 7-26.

1966 *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II.* 4ta edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

GIMENO FELIU, José María

2018 “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”. En: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Núm. 74, pp. 4-13.

2012 “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y CPP”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 156, pp. 17-57

GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos

2000 “Los retos del derecho del agua”. En: SOSA WAGNER, Francisco (coordinador). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Vol. 3. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2803-3832.

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis

1968 “Sobre la crisis del concepto de dominio público”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 56, pp. 191-222.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio

2015 “Cuestiones del régimen general del dominio público”. En: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (Director). *Derecho de los bienes públicos*. 3ra edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 89-160.

2006 “Contrato de colaboración público-privada”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 170, pp. 7-39.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco

1981 “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”. En: *Revista de estudios de la vida local*. Núm. 211, pp. 409-454.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús

- 1991 “El Plan Hidrológico Nacional”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 126, pp. 27-62.
- 1957 “Los derechos reales administrativos”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México – Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*. Núm. 25-26, Tomo VII, enero – junio, pp. 79-114.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago

- 2007 “Usos recreativos”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 969-974.

HARDIN, Garret

- 1968 “The Tragedy of the Commons”. En: *Science*. New Series. Vol. 162, Núm. 3859, pp. 1243-1248.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco

- 2015 “La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”. En: *Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*), pp. 169-237.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Eduardo

- 2017 *Bienes de dominio público y su régimen de propiedad*. Lima: Rodhas.
- 2011 “Los recursos naturales y el patrimonio de la Nación”. En *Ius Et Praxis*. Núm. 42, pp. 185-221.

HODGE, Carsten, Graeme E. HODGE y Anthony E. BOARDMAN (Editors)

- 2010 *International Handbook on Public-Private Partnerships*. UK y Northampton, MA, USA: Edward Elgar Cheltenham.

HOWARS, Guy y BARTRAM, Jamie

- 2003 *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*. Ginebra: World Health Organization. Recuperado de: www.who.int

HUAPAYA TAPIA, Ramón

- 2018 “La técnica de los informes vinculantes para la protección de las Áreas Naturales Protegidas en el derecho peruano”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 17, pp. 405-438.
- 2015a “Concepto y régimen jurídico del Servicio Público en el ordenamiento público peruano”. En: *Ius Et Veritas*. Núm. 50, pp. 368-397.
- 2015b El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano (una visión desde el derecho administrativo de los bienes públicos)”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coordinadores). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, pp. 423-449.
- 2014 “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”, en: *Revista de Derecho Administrativo-CDA*. Núm. 14, pp. 327-339.
- 2013 “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal”. En: *Revista de Derecho Administrativo-CDA*. Núm. 13, pp. 12-32.

HUAPAYA TAPIA, Ramón y MENDOZA FLORES, Santos Ernesto

- 2019 “El régimen jurídico de los títulos habilitantes del uso de agua en el Perú”. Ponencia inédita presentada para publicación en el *Libro sobre Derecho de Aguas de la Red Internacional de Bienes Públicos*. Texto pro-manuscrito, 24 pp.

HUERGO LORA, Alejandro

- 2018 ““Skin in the game”: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Núm. 74, pp. 20-33.

HUNDSKOPF, Oswaldo

2012 “Los recursos naturales y la Constitución Política de 1993”. En: *Ius Et Praxis*. Núm. 43, pp. 155-164

IZA, Alejandro

2006 “I. El contexto global”. En: IZA, Alejandro y ROVERE, Marta (Editores). *Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental*. Gland: UICN.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio

2010 “Notas sobre el régimen jurídico de la energía termosolar”. EMBID IRUJO, Antonio (director). *Agua y Energía*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters, pp. 239-258.

JIMÉNEZ MURILLO, Roberto

2012 “Los bienes estatales en la jurisprudencia constitucional”. En: VIGNOLO CUEVA, Orlando y JIMÉNEZ MURILLO, Roberto (Coordinadores). *Homenaje a Allan Brewer-Carías. Comentarios a la jurisprudencia de Derecho administrativo del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*. Lima: *Ius Et Veritas*, pp. 93-140.

JORDANA DE POZAS, Luis

1962 “La evolución del Derecho de las Aguas en España y en otros países”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 37, pp. 9-62.

1919 “Administración del Regadío”. En: *Ponencias del II Congreso Nacional de Riegos*. Tomo II. Madrid: Sociedad Española de Artes Gráficas.

KLOSTER, Silvia Elizabeth

2015 “Argentina: Recursos hídricos y su vulnerabilidad”. En: MORA ALISEDA, Julián (Director). *Gestión de Recursos Hídricos en España e Iberoamérica*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 193-202.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César

2012 *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos

2007 “La Autorización Administrativa: Entre la Escala del Dogmatismo y la Caribdis del Relativismo”. En: *La autorización administrativa. La administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy: Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, pp. 25-50.

2006 *La autorización administrativa*. Navarra: Thomson-Civitas.

LASTRES BERNIZON, Enrique

1994 “Los recursos naturales en la Constitución vigente”, En: *Ius Et Veritas*. Núm. 9, pp. 137-142.

LERER, Leonard B. y SCUDDER, Thayler.

1999 “Health impacts of large dams”. En: *Environmental Impact Assessment Review*. Volumen 19, marzo, pp. 113-123.

LOCK BENAVIDES, Sandra

2018 “Algunas reflexiones sobre la problemática en la ejecución de proyectos hidroenergéticos en el marco de la normativa vigente en materia de recursos hídricos”. En: *Themis, Revista de Derecho*. Núm. 74, pp. 39-54.

LÓPEZ MENUDO, Fernando

2007 “Concesiones”. Voz en: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel, pp. 386-425.

1993 “La concesión de aguas públicas y sus posibles modificaciones”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 77, pp. 95-121.

LÓPEZ PELLICER, José Antonio

- 1989 “Uso y aprovechamiento del dominio público local”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Coordinadores). *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas, pp. 641-662.
- 1982 “Sobre el uso especial o privativo del dominio público (El caso específico de los quioscos en la vía pública)”. En: *Revista de Estudios de la Vida Local – REVL*. Núm. 216, pp. 746-754.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando

- 2012 *Sistema Jurídico de los Bienes Públicos*. Navarra: Civitas.
- 2011 “Teoría jurídica de las cosas públicas”, En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 186, pp. 9-51.
- 1989 “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”. En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonomía*. Núm. 243, pp. 563-610.
- 1987 “Planificación territorial”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 114, p. 127-177.

LOZANO CUTANDA, Blanca

- 2015 “Modificaciones y vicisitudes de la planificación hidrológica”. En: AA.VV. *Planificación y ordenamiento jurídico de los recursos hídricos*. Barcelona: Fundación Agbar, p. 163-168.
- 2014 *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: CEF.
- 2009 *Derecho ambiental administrativo*. 10ma edición, Madrid: Dykinson.

LOZANO CUTANDA, Blanca; SÁNCHEZ LAMELAS, Ana; PERNAS GARCÍA, Juan José

- 2012 *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada*. Madrid: La Ley.

MACINTYRE, Alasdair.

- 2001 *Justicia y racionalidad. Conceptos y contextos*. 2da edición. Madrid: Eiuinsa.

MARIENHOFF, Miguel

- 2011 *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V. 4ta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- 1971 *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- 1970 *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- 1955 *Dominio Público*. Buenos Aires: Abeledo.

MARTIN, Líber

- 2017 “El futuro de los Organismos de Cuenca en Latinoamérica”. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *El futuro de los Organismos de Cuenca*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 129-154.
- 2013 “Instituciones y principios matrices del Derecho de Aguas: contradicciones entre teoría y práctica”. En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 3, pp. 105-120.
- 2011 “Modificación de la concesión de aguas públicas. Problemática jurídica en torno a su indemnización en el derecho argentino”. En: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 1, pp. 115-142.
- 2010 *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MARTIN, Liber y PINTO, Mauricio

- 2015a “El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela ambiental”. En: *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 109-127.
- 2015b “Los mecanismos legales de acceso al agua en las provincias áridas del oeste argentino: principios y características comunes”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad de Cuyo*. Tomo 47, Núm. 1, pp. 145-157.

MARTÍN MATEO, Ramón

- 2003 *Manual de Derecho Ambiental*. 3ra. edición. Navarra: Aranzadi.
- 1988 “La calidad de vida como valor jurídico”, En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 117, pp. 51-70.
- 1985 “El agua: bases institucionales”. En: *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*. Núm. 1, pp. 17-58.
- 1968 “La cláusula de precario en las concesiones de dominio público”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 56, pp. 93-121.
- 1965 “Silencio positivo y actividad autorizante”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 48, 205-240.

MARTÍN REBOLLO, Luis

- 1983 “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”. En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 100-102, pp. 2471-254.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián

- 2007 *Instituciones de Derecho Administrativo*. Navarra: Civitas.
- 2000 “Desarrollo sostenible y recursos hidráulicos. Reflexiones en el entorno de la reciente Directiva estableciendo un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 153, pp. 27-40.
- 1997 *Derecho de Aguas*. Madrid: Civitas.
- 1988 *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: La Ley.
- 1960a “Problemas de organización en materias de aguas públicas”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 33, pp. 47-78.
- 1960b “La elaboración de la Ley de Aguas de 1866”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 32, pp. 11-54.
- 1958 “Parlamento y Gobierno en la planificación económica”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 55, pp. 27-38.
- 1957 “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 24, pp. 117-162.

MARTIN TIRADO, Richard

2010 “Los procesos de promoción de la inversión privada y la incertidumbre del inversionista ante las decisiones erráticas del Estado Peruano (Primera Parte)”. En: *Actualidad Jurídica*, Lima: Gaceta. Núm. 198.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis

2001 “Servicio público, servicio universal y ‘obligación de servicio público’ en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos”. En: AA.VV., *Os Caminhos da privatizacao da Administracao pública*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 249-278.

1999 “Nuevo sistema conceptual”. En: *AFDUAM*. Núm. 3, pp. 133-152.

MARTÍNEZ VÁSQUEZ, Francisco

2000 “¿Qué es el dominio público?”. En: *Themis, Revista de Derecho*. Núm. 40, pp. 263-276.

MATILLA CORREA, Andry

2018 *La concesión administrativa*. Santo Domingo: EJI.

2015 “Concesiones Administrativas”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y RODRÍGUEZ, Libardo (Directores). *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada: INAP / Comares, pp. 429-478.

MAYER, Otto

1982a *Derecho administrativo alemán. Tomo II. Parte Especial. Poder de Policía y Poder Tributario*. Buenos Aires: Depalma.

1982b *Derecho administrativo alemán. Tomo III: Parte Especial. El Derecho Público de las Cosas*. Buenos Aires: Depalma.

MEILÁN GIL, José Luis

2013 “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 191, pp. 11-41

- 2011 “La idea del servicio público: mito, categoría y misión”. En: DE LA CUÉTARA, José Miguel; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis y VILLAR ROJAS, Francisco (Coordinadores). *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum. Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, pp. 917-941.
- 1982 “La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 99, pp. 7-36.
- 1973 “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 71, pp. 59-99.

MENÉNDEZ REXARCH, Ángel

- 2004 “El dominio público como institución jurídica: configuración histórica y significado actual en el Derecho público español”. En: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 10, pp. 209-223.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco

- 2004 “La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales» en Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas”. En: CHINCHILLA MARÍN, Carmen (Coordinadores). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, pp. 491-520

MIRALLES-WILHELM, Fernando.

- 2014 “Desarrollo y aplicación de herramientas analíticas a la planificación trinómica Agua-Alimentos-Energía en América Latina y el Caribe”. En: *Water Monographies*, Núm. 02, pp. 76-85.

MONCADA ALCÁNTARA, Enrique

- 2012 “Algunas reflexiones sobre el desarrollo de las Centrales Hidroeléctricas en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo-CDA*, Núm. 12, tomo 2, pp. 211-221.

MONTOYA MARTÍN, Encarnación

2005 “La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales”. En: *Revista Andaluza de Administración Pública*. Núm. 57, pp. 65-102.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline

2011 “Los bienes públicos y el derecho de propiedad”. En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica-REALA*. Núm. 317, pp. 13-28.

MORELL OCAÑA, Luis

1998 *Curso de derecho administrativo. Tomo I*. 3ra edición. Pamplona: Aranzadi.

MOREU CARBONELL, Elisa

2015 “El debate actual sobre el concepto y la naturaleza del dominio público en España”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coordinadores). *El dominio público en Europa y Latinoamérica*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, pp. 65-92.

2009 “El derecho público de los bienes”. En: BERMEJO VERA, José (Director). *Derecho Administrativo. Parte Especial*. 7ma edición. Navarra: Thomson-Civitas, pp. 353-407.

2003 “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las ‘obligaciones de dominio público’”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 161, pp. 435-477.

MORÓN URBINA, Juan Carlos.

2017 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II*. 12da edición, Lima: Gaceta.

2015 “Las prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal”. En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y otros (Coordinadores).

Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. Volumen II,
Lima: Adrus, 2013, pp. 483-513.

- 2006 “Redescubriendo una institución escondida. El rescate de las concesiones”. En: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coordinador). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Grijley, pp. 67-99.

MUÑOZ MACHADO, Santiago.

- 2015 “XIV La actividad regulatoria de la administración”. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado de: <http://publicacionesoficiales.boe.es>
- 2010 “Las transformaciones del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas. En: *Revista Española de la Función Consultiva*. Núm. 14, pp. 85-109.
- 1998 *Servicio público y mercado. Vol. I: Los fundamentos*. Madrid: Civitas.

NIETO, Alejandro

- 1987 “La nueva regulación de los bienes comunales”. En: *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica – REALA*. Núm. 223, pp. 9-26.

NUSSBAUM, Martha

- 2000 “La ética del desarrollo desde el enfoque de las capacidades. En defensa de valores universales”. En GIUSTI, Miguel (Ed.). *La filosofía del siglo XX: Balance y perspectivas*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 2007 *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- 2012 *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.

OSTROM, Elinor

- 2011 *El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva*. 2da edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

OVIEDO-OCAÑA, Edgar Ricardo

2018 “Las Hidroeléctricas: efectos en los ecosistemas y en la salud ambiental”. En: *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*. Volumen 50, Núm. 03, julio-setiembre, pp. 191-192.

PARADA, Ramón

2010 *Derecho Administrativo. Tomo I*. 18va edición. Madrid: Marcial Pons.

PARADA, Ramón y LORA-TAMAYO, Marta

2016 *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*. 15ta edición. Madrid: Open.

PARDO MARTÍNEZ, Eduardo y GILABERT CERVERA, Javier

2010 “Caudales Ecológicos”. En: *Jornadas de introducción a la investigación de la UPCT*. Núm. 3, pp. 96-98.

PAREJO ALFONSO, Luciano

2004 “El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones”. En: CHINCHILLA MARÍN, Carmen (Coordinadora). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, pp. 433-474.

1983 “Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 100-102, pp. 2379-2422.

PAREJO GAMIR, Roberto

1985 “Transmisión y gravamen de concesiones administrativas”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 107, pp. 7-78.

PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa

2016 *La incorporación de la variable ambiental en el Derecho de Aguas argentino*. Barcelona: Atelier.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián

- 2015 *Derecho administrativo de bienes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 2010 *Teoría de los bienes de uso público*. Bogotá: U. Externado de Colombia.

PULGAR-VIDAL OTÁROLA, Manuel

- 2008 “Los recursos naturales, el Derecho y la visión de desarrollo”, En: *Ius Et Veritas*. Núm. 36, pp. 398-409.
- 2006 “IX. Perú”. En: IZA, Alejandro y ROVERE, Marta (Editores). *Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental*. Gland: UICN.

RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve

- 2016 *El acceso al agua potable: un deber estatal. Cómo el servicio público de acueducto garantiza el derecho social fundamental de acceso al agua potable*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

RAWLS, John.

- 1995 *Teoría de la Justicia*. 2da edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, Martín María

- 2012 “Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial”. En: *Revista Aranzadi de derecho ambiental*. Núm. 21, pp. 23-60.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín María y SARASÍBAR IRIARTE, Miren

- 2008 “La afectación y el dominio público”. En: ALENZA GARCÍA, José Franciso (Director). *Derecho de los bienes públicos I: El patrimonio de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra*. Pamplona: Instituto de Administración Pública, p. 351-408.

RIVERA BRAVO, Daniela

2013 *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste*. Santiago: Thomson Reuters.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime

2016 “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”. En: *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*. Núm. 13, pp. 189-220.

2012 *Interés general, derecho administrativo y estado de bienestar*. Madrid: Iustel.

2008 “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Núm. 12, pp. 795-812.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo

2012 *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. 2da edición. Bogotá: Temis.

RODRÍGUEZ SALAS, Aldo

2017 “El caudal ecológico y su regulación jurídica”. En: PINTO, Mauricio y MARTÍN, Liber (Directores). *Agua, ambiente y energía. Aportes jurídicos para su vinculación*. Buenos Aires: Lajouane, pp. 369-386.

ROJAS CALDERÓN, Christian

2011 “La distinción entre el agua como bien público y el derecho de aprovechamiento. Sus efectos en la competencia de las juntas de vigilancia de los ríos, y de las asociaciones de canalistas y comunidades de agua”, en: *Actas de Derecho de Aguas*. Núm. 1, pp. 3-40.

ROMERO SALVADOR, Arturo

2010 “Aprovechamiento de la biomasa como fuente de energía alternativa a los combustibles fósiles”. En: *Revista de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*. Vol. 104, Núm. 2, pp. 331-345.

RUBIO CORREA, Marcial

1999 *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo III*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUIZ OSTOIC, Lucía.

2013 “Reflexiones en torno al acceso al agua en el Perú, en el marco de la nueva Ley de Recursos Hídricos”. En: *Revista Derecho PUCP*. Núm. 70, pp. 121-141.

SAINZ MORENO, Fernando

1999 “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la “Revista de Administración Pública”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 150, pp. 477-514.

SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, Francisco

1979 “La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenido”. En: *Anuario Español de Derecho Internacional*. Núm. 5, pp. 3-41.

SÁNCHEZ GARCÍA, Victoria Eugenia

2014 *El agua que bebemos. La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España*. Madrid: Dykinson

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel

1997 *Los bienes públicos (régimen jurídico)*. Madrid: Tecnos.

1993 “Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente en el Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 131, pp. 35-60.

1990 “Planificación hidrológica y ordenación del territorio”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 123, pp. 83-113.

SANCHO, Tomás

2015 “Principales desafíos en la planificación y gestión del agua”. En: *Ambienta: La revista del Ministerio de Ambiente*. Núm. 110, pp. 18-35.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso

2009 *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid: Iustel.

2004 “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”. En: CHINCHILLA MARÍN, Carmen (Coordinadora). *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, pp. 43-109.

SANTOS, R.M.B., SANCHES FERNANDES, L.F., CORTES, R.M.V. y otros

2017 “Integrative assessment of river damming impacts on aquatic fauna in a Portuguese reservoir”. En: *Science of The Total Environment*. Volumen 601-602, Núm. 01, diciembre, pp. 1108-1118.

SANZ RUBIALES, Íñigo

2006 “La evaluación de impacto ambiental de proyectos. Algunos problemas de su régimen jurídico”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 9, pp. 195-225.

SEN, Amartya

2000 *Desarrollo como libertad*. Barcelona: Planeta.

2010 *La idea de justicia*. Madrid: Taurus.

SERNA VALLEJO, Margarita

2015 “Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico”. En: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (Director). *Derecho de los bienes públicos*. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 41-88

SOLANES, Miguel y JOURAVLEV, Andrei

2005 Integrando economía, legislación y administración en la gestión del agua y sus servicios en América Latina y el Caribe. Santiago:

Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ONU, CEPAL).

SOLANES, Miguel y PEÑA, Humberto

2002 *Gobernabilidad del Agua en la América: una tarea inconclusa*. Ponencia para el Foro Agua de las Américas: México. Recuperado de: <http://www.bvsde.paho.org/>

SORO MATEO, Blanca

2016 “La revisión de concesiones de uso privativo de agua para su adaptación a las exigencias ambientales de los planes hidrológicos y su eventual indemnización”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 47-48, pp. 151-179.

SOSA WAGNER, Francisco.

2008 *La gestión de los servicios públicos locales*. 7ma edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, Aranzadi.

SUBBARAMAN, Ramnath y MURTHY, Sharmila L.

2015 “The right to water in the slums of Mumbai, India”. En: *Bulletin of the World Health Organization*. Vol. 93, Núm. 11, pp. 815-816. Recuperado de: www.who.int

TAYLOR, Charles

1996 *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Barcelona, Paidós.

TEJEDOR BIELSA, Julio

2013 “Bienes públicos y medio ambiente”, en: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (Coordinadores). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Madrid: Marcial Pons, pp. 73-91.

TENA PIAZUELO, Vitelio

2013 “Aguas y Medio Ambiente”, En: LOPEZ RAMÓN, Fernando y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (Coordinadores). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Madrid: Marcial Pons, pp. 249-268.

VALÍN, José

2015 “La planificación hidrológica de una cuenca dentro del Plan Hidrológico Nacional”. En: *Ambienta: La revista del Ministerio de Ambiente*. Núm. 110, pp. 82-93

VÁSQUEZ, Ricardo

2014 “Desafíos y propuestas para el abastecimiento de energía en el Perú”. En: GUEVARA, Armando y VERONA, Aarón (editores). *El derecho frente a la crisis del agua en el Perú. Primeras jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – CICAJ-DAD, pp. 265-268.

VÁSQUEZ, Arturo; TAMAYO, Jesús y SALVADOR, Julio (Editores)

2017 *La industria de la energía renovable en el Perú: 10 años de contribuciones a la mitigación del cambio climático*. Lima: Osinergmin.

VÁSQUEZ RÍOS, Alberto

2003 *Los derechos reales, Tomo I*. Lima: San Marcos.

VELASCO CABALLERO, Francisco

1994 *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tesis para optar por el grado de Doctor. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

VERGARA BLANCO, Alejandro

2018a “Bases y dogmas que permiten o impiden mercados de derechos de aguas: Mercado en Chile y cuasi mercado en España”. En: NAVARRO, Teresa (Directora). *Mercados de derechos al uso privativo de las*

- aguas en España. Su papel en la gestión de cuencas deficitarias.* Madrid: Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 135-179.
- 2018b *Derecho de Aguas: Identidad y Transformaciones.* Santiago: Ediciones UC.
- 2015a *Crisis institucional del agua: descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de Tribunales Especiales,* Santiago: UC.
- 2015b “Derecho de bienes públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa”. En: LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coordinadores). *El dominio público en Europa y Latinoamérica.* Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, pp. 299-334.
- 2013 “Autogobierno en la gestión de las aguas”. En: *Actas de Derecho de Aguas.* Núm. 3, pp. 165-174.
- 2011 “Sistema y autonomía del Derecho de Aguas”. En: *Actas de Derecho de Aguas.* Núm. 1, pp. 57-78.
- 2006a “El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional”. En: *Servicio Público y Policía.* Buenos Aires: El Derecho.
- 2006b “El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral”. En: *Revista Chilena de Derecho.* Vol. 33, Núm. 2, pp. 215-244.
- 2004a “El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. *Publicatio* y derechos reales administrativos”. En: *Revista de Derecho Administrativo.* Núm. 49, Buenos Aires, pp. 575-589.
- 2004b “Evolución y principios del derecho de aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile”. En: AA.VV. *Derecho de Aguas. Tomo II.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 455-480.
- 2002 “Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma”. En: *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio.* Vol. 2, pp. 179-214.
- 1999 “Naturaleza jurídica de los ‘bienes nacionales de uso público’”. En: *Ius Publicum.* Núm. 3, pp. 73-83.

- 1997 “El principio de la unidad de la corriente en el derecho de aguas”. En: *Revista de Derecho de Aguas*. Vol. III, , pp. 41-50.
- 1994 “La concesión eléctrica: procedimiento, servidumbres y ocupación del suelo privado y público. Propositiones concretas de cambios legislativos”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 21, Núm. 3, p. 468.
- 1990 “Teoría del dominio público y la afectación minera”. En: *Revista chilena de derecho*. Vol. 17, núm. 1, pp. 135-159.
- 1989a “Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 16, núm. 3, pp. 777-796.
- 1989b “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión”. En: *Revista de Derecho Público*. Núm. 114, Vol. 1, Madrid, pp. 26-58.
- 1989c “Sobre Grocio, aquel gran inventor de conceptos jurídicos, y las aporías del dominio eminente”. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 64, pp. 337-346.
- 1988 “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 15, núm. 1, pp. 87-110.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando.
- 2018 “Una definición alternativa sobre los recursos naturales”. En: AA.VV., *El derecho administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. Lima: Palestra, pp. 311-342.
- VILLAR EZCURRA, José Luis y VILLAR PALASÍ, José Luis.
- 2004 “El principio de riesgo y ventura”. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*. 2da edición, Madrid: Civitas pp. 525-559.
- VILLAR PALASÍ, José Luis.
- 1959 “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 3, pp. 53-129
- 1952 “Concesiones administrativas”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV, Barcelona: F. Seix, pp. 684-770.

- 1951 “La eficacia de la concesión y la cláusula sin perjuicio de tercero”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 5, pp. 147-234.
- 1950 “Naturaleza y regulación de la concesión minera”. En: *Revista de Administración Pública*. Núm. 1, pp. 79-116.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego.

- 2005 *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Palestra.
- 1998 “Concesión administrativa e iniciativa privada”. En: *Themis, Revista de Derecho*. Núm. 39, pp. 99-119.

JURISPRUDENCIA:

- Exp. 0048-2004-PI/TC, del 1 de abril de 2005.
- Exp. 0003-2006-PI/TC, del 4 de setiembre de 2006.
- BOUNDS V. NEW MÉXICO, N° CV-2006-166, slip op. at 4 (N.M. 6th Jud. Dist. July 10, 2008); rev'd, Case N° 29,860 (N.M. Ct. App, Oct 29, 2010).
- TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO – MADRID. STS 7377/1989. Sentencia: 15 de diciembre de 1989, p. 2. Consulta: 28 de diciembre de 2018. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. STS de 30 de setiembre de 1983 (RJ 1983, 3763).
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. STS de 28 de setiembre de 2005, rec. 5373/2002 (RJ 2005, 8801).
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. STS de 26 de enero de 2005, en recurso de casación 2590/2000 (RJ 2005, 1074).
- Sentencia del TSJ de Cataluña 272/2004 de 5 de marzo.
- Sentencia del TSJ de Cataluña 13/2005 de 12 de enero.
- Sentencia del TSJ de Cataluña 565/2005 de 1 de julio.
- Resolución Directoral N.º 0033-2018-MEM/DGE (Perú).

DOCUMENTOS DE APOYO:

AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA-ANA

- 2018 *Estado situacional de los recursos hídricos en las cuencas Chillón, Rímac y Lurín 2016/2017*. Lima. Recuperado de: www.ana.gob.pe
- 2016 *Priorización de cuencas para la gestión de los recursos hídricos*. Lima. Recuperado de: www.ana.gob.pe

COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIOS DE MERCADOS Y OPINIÓN PÚBLICA-CPI

- 2019 *Perú: Población 2019*. Lima. Recuperado de: www.cpi.pe

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA.

- 2018 *Perú: formas de acceso al agua y saneamiento básico*. s/l. Recuperado de: www.inei.gob.pe

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO.

- 2019 *Indicadores de los principios de gobernanza del agua para la OCDE*. Lima: ANA.

SECRETARÍA DE ENERGÍA DE ARGENTINA.

- 2008 *Energías Renovables. Energía Biomasa*. Recuperado de: http://www.energia.gov.ar/contenidos/archivos/publicaciones/libro_energia_biomasa.pdf

WATERAID

- 2016 *Water at what cost? The State of the World's Water 2016. Briefing Report*. Recuperado de: www.wateraid.org

WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME-WWAP.

- 2019 *Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás*. París: UNESCO. Recuperado de: www.es.unesco.com

2014 *Agua y Energía: Datos y Estadísticas. Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo.* s/l. Recuperado de: <https://www.ana.gob.pe>

WORLD WATER FORUM.

2015 *Agua y Energía. Proceso Regional de las Américas Sub Región América del Sur.* Banco de Desarrollo de América Latina: VII Foro Mundial del Agua, Corea. Recuperado de: <https://www.gwp.org>

2012 *Agenda de Agua para las Américas: Metas, soluciones y rutas para mejorar la gestión de los recursos hídricos.* Marseilla. Recuperado de: <https://www.gwp.org>



ABREVIATURAS

ANP	Áreas Naturales Protegidas
COES	Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional
CP	Constitución Política del Perú
DS041	Derogan el D.S. N° 048-2007-EM y establecen disposiciones relativas al cumplimiento de requisitos para solicitar concesión temporal, concesión definitiva de generación, otorgamiento de autorización de ejecución de obras, autorizaciones de uso de agua para obras o estudios de generación eléctrica y otorgamiento y extinción de licencias de uso de agua otorgada a titulares de derechos eléctricos, aprobadas mediante Decreto Supremo N.º 041-2011-EM (Perú).
DS48	Precisan requisitos a que se refiere la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento respecto a la autorización del uso de agua con fines de generación de energía eléctrica, aprobados mediante el hoy derogado Decreto Supremo N.º 048-2007-EM (Perú).
DS88	Listado de Funciones Técnicas bajo competencia del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), aprobado mediante Decreto Supremo N.º 088-2013-PCM (Perú).

IRENA	International Renewable Energy Agency
LA.Hond.	Ley General de Aguas, Decreto Legislativo número 181-2009 del 14 de diciembre de 2009 (Honduras).
LA.Nic.	Ley General de Aguas Nacionales, Ley 620 del 4 de setiembre de 2007 (Nicaragua).
LA.Pan.	Decreto Ley 35 de 22 de setiembre de 1966 mediante el cual se reglamenta el uso de las aguas (Panamá).
LCE	Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley N.º 25844 (Perú).
Ley RER	Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1002 (Perú).
LGA	Ley General de Aguas, aprobada mediante el derogado Decreto Ley N.º 17752 , en 1969 (Perú).
LOASRN	Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, aprobada mediante Ley N.º 26921 (Perú).
LPAP	Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley N.º 33/2003 (España).

LRH	Ley de Recursos Hídricos, aprobada mediante Ley N.º 29338 (Perú).
Metodología de Caudales	Metodología para determinar caudales ecológicos, aprobada mediante Resolución Jefatural N.º 154-2016-ANA (Perú).
MINEM	Ministerio de Energía y Minas (Perú).
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Perú)
OMS	Organización Mundial de la Salud
Reglamento de la LCE	Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-93-EM (Perú).
Reglamento de la Ley RER	Nuevo Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 012-2011-EM (Perú).
RGF	Reglamento para la Gestión Forestal, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 018-2015-MINAGRI (Perú)
RJ-267-2019	Resolución Jefatural N.º 267-2019-ANA , que aprueba los “Lineamientos generales para determinar caudales ecológicos”.
RLRH o Reglamento de la LRH	Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos; Decreto Supremo N.º 001-2010-AG (Perú).

RM157-2011	Primera actualización del listado de inclusión de los proyectos de inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA; aprobada mediante Resolución Ministerial N.º 157-2011-MINAM (Perú)
ROF del ANA	Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Agua, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 018-2017-MINAGRI (Perú).
RPAAE	Reglamento para la Protección Ambiental de las Actividades Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 014-2019-EM (Perú).
RPDU	Reglamento de Procedimientos Administrativos para el Otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y de Autorización de Ejecución de Obras en Fuentes Naturales de Agua, aprobado mediante Resolución Jefatural N.º 007-2015-ANA (Perú).
SENACE	Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Perú).
SPAO	Disposiciones para la simplificación procedimientos administrativos de otorgamiento de derechos de uso de agua, aprobadas mediante Decreto Supremo N.º 022-2016-MINAGRI (Perú).
TRLA	Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001 , de 20 de julio (España).

TUO de la LPAG	Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS (Perú).
----------------	---





ANEXO 01

**COES. Estadística de Operación 2018. Parte 01:
Estadística relevante del SEIN.**



Cuadro N° 1.1
Producción de Energía y Máxima Demanda Mensual - 2018

Mes	Energía (GW.h)			Máxima Demanda Mensual (MW)		
	Programado	Ejecutado	Desviación (%)	Programado	Ejecutado (*)	Desviación (%)
Enero	4 216	4 255	0,92	6 467	6 489	0,34
Febrero	3 995	3 920	-1,88	6 606	6 577	-0,45
Marzo	4 329	4 316	-0,31	6 769	6 640	-1,91
Abril	4 106	4 208	2,49	6 673	6 711	0,57
Mayo	4 225	4 288	1,49	6 663	6 617	-0,69
Junio	4 134	4 135	0,01	6 584	6 542	-0,64
Julio	4 230	4 200	-0,71	6 499	6 463	-0,55
Agosto	4 236	4 222	-0,33	6 463	6 519	0,87
Setiembre	4 156	4 143	-0,31	6 560	6 554	-0,09
Octubre	4 275	4 355	1,87	6 608	6 658	0,75
Noviembre	4 197	4 279	1,97	6 726	6 786	0,88
Diciembre	4 402	4 496	2,14	6 784	6 885	1,48
Total	50 501	50 817	0,63	6 784	6 885	1,48

(*) Incluye la demanda de potencia importada desde Ecuador para el mes de julio de 2018. La potencia máxima mensual corresponde al registrado en el periodo de Horas Punta del SEIN.

Gráfico N° 1.1
Crecimiento Anual del Consumo de Electricidad
2004 - 2018

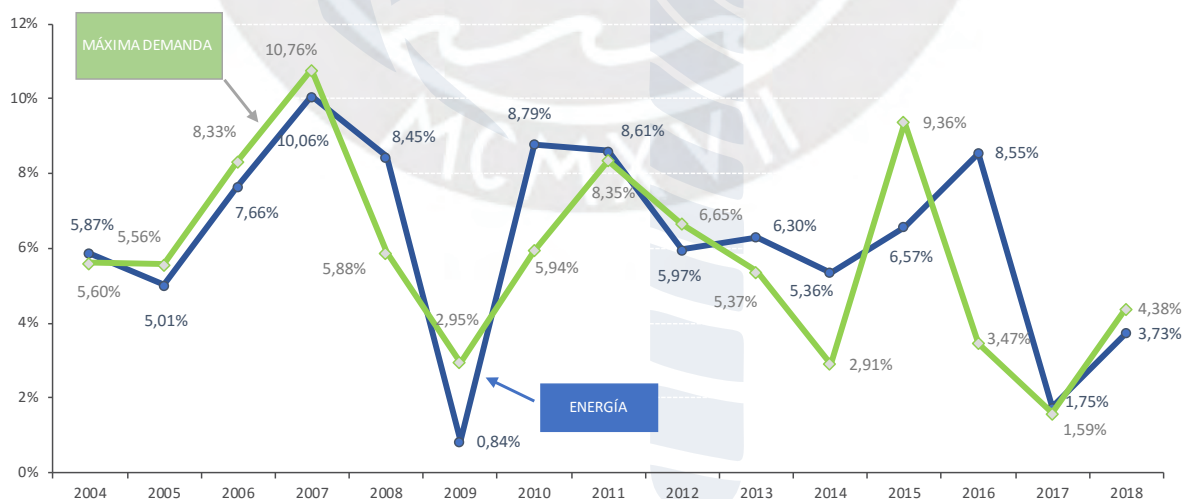


Gráfico N° 1.2

Distribución Por Tipo de Recurso Energético de la Potencia Efectiva - 2018

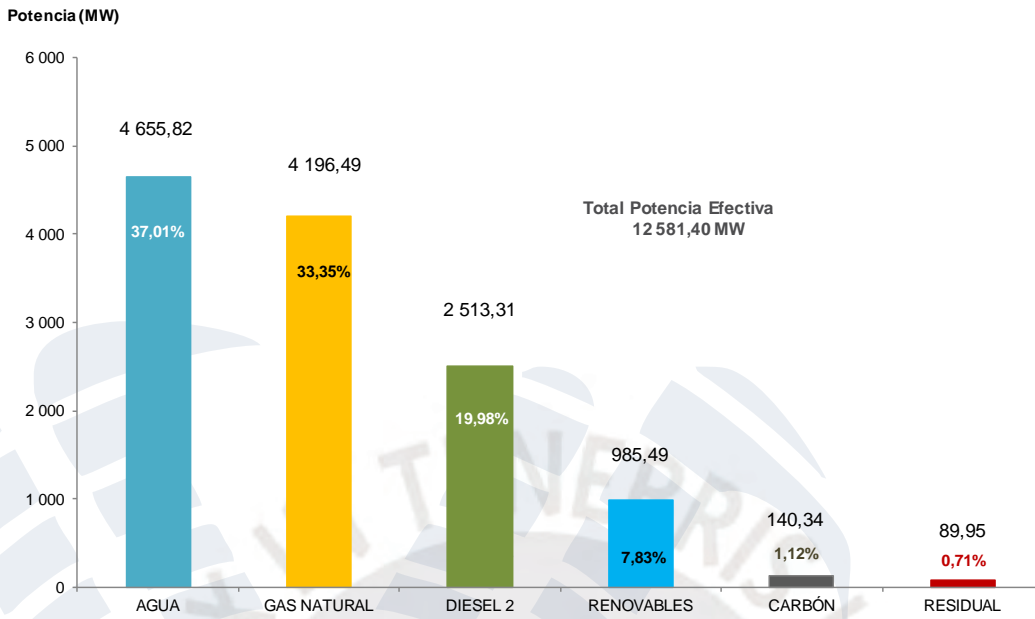


Gráfico N°1.3

Distribución por Tipo de Recurso Energético de la Producción del SEIN - 2018

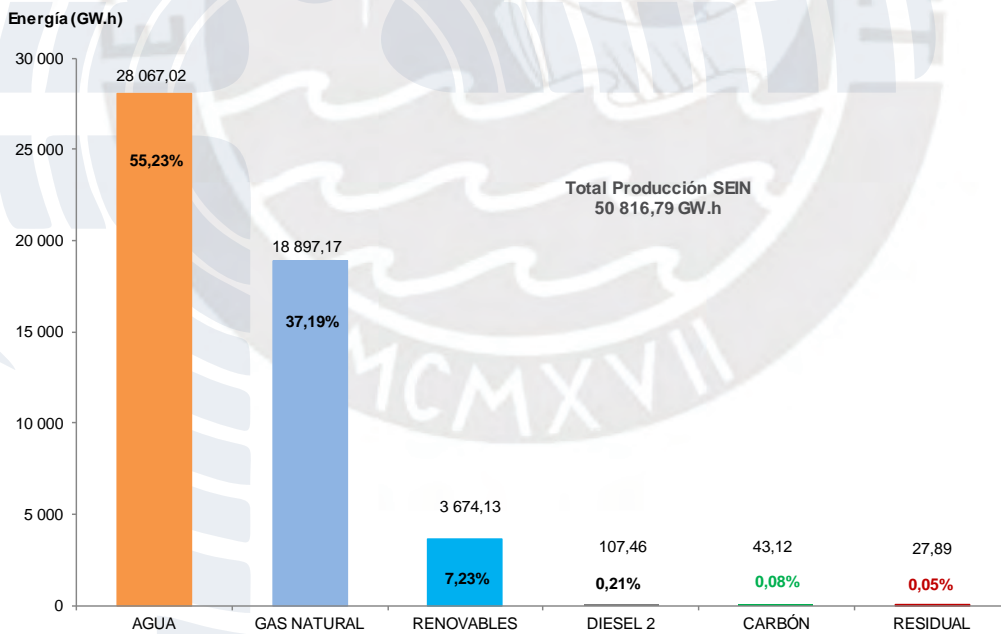
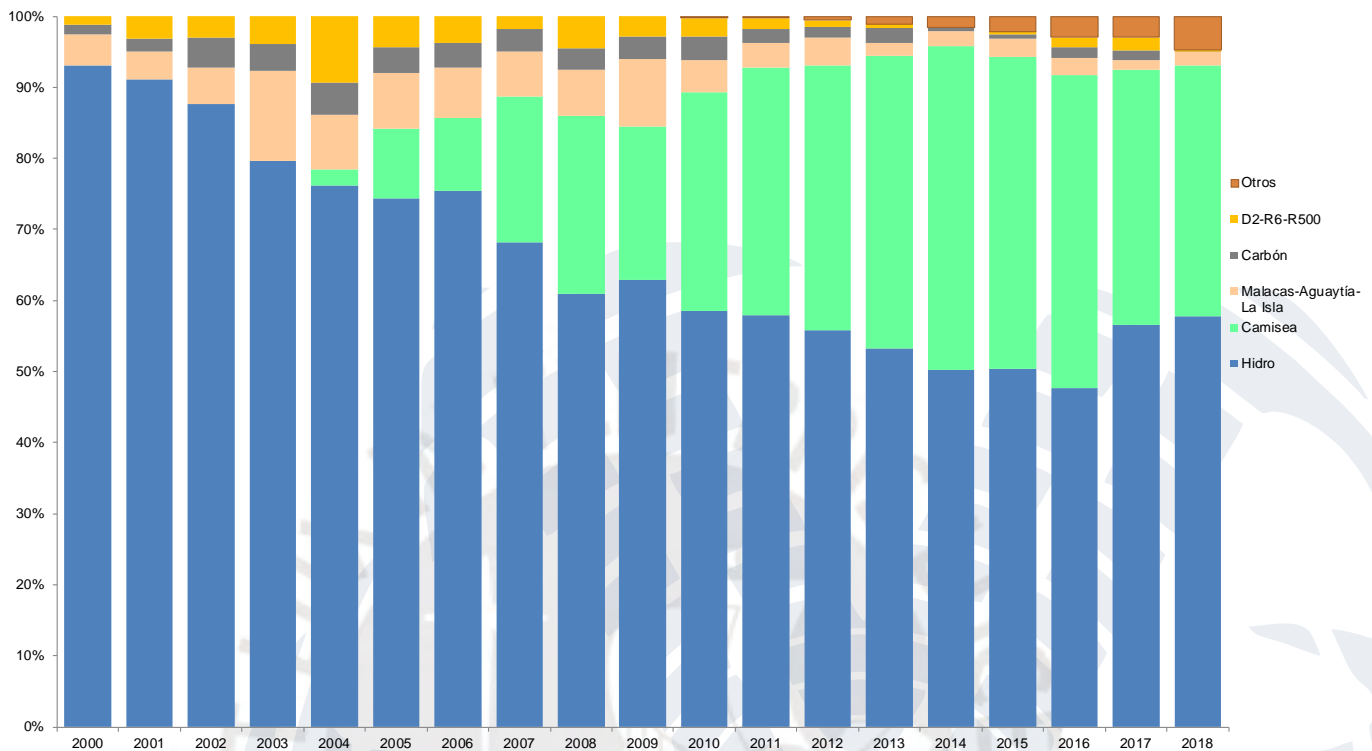


Gráfico N°1.4

Evolución de la Participación de la Utilización de los Recursos Energéticos en la Producción de Energía
2000 - 2018

Participación (%)



Cuadro N° 1.2

Producción de Energía y Máxima Demanda - 2018

Área	Producción de Energía (GW.h)					Máxima Demanda * (MW)					
	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Solar	Eólica	Total	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Solar	Eólica	Exportación a Ecuador	Total
Norte	3 083.5	620.4	-	407.6	4 111.6	481.0	101.9	-	56.8	0.0	639.7
Centro	22 271.8	18 490.9	-	1 086.0	41 848.7	2 895.1	2 563.4	-	190.3	0.0	5 648.8
Sur	4 002.6	108.7	745.2	-	4 856.5	596.1	0.0	0.0	-	0.0	596.1
Total	29 357.9	19 220.0	745.2	1 493.6	50 816.8	3 972.2	2 665.3	0.0	247.1	0.0	6 884.6

(*) Corresponde a la demanda de potencia en bornes de generación, correspondiente a horas punta.

Cuadro N° 1.3

Producción de Energía según Tipo de Tecnología - 2018 (GW.h)

Área	Hidráulica						Térmica					Solar	Eólica	Total
	Pelton	Kaplan	Francis	Turgo	Hélice	Total	CCOMB	TG	TV	Diesel	Total	CSFV	Aerogenerador	
Norte	2 587.6	400.4	77.5	18.0	-	3 083.5	-	613.4	4.2	2.9	620.4	-	407.6	4 111.6
Centro	13 803.0	8 467.1	-	-	1.7	22 271.8	16 550.4	1 622.6	114.3	203.5	18 490.9	-	1 086.0	41 848.7
Sur	2 190.3	1 812.3	-	-	-	4 002.6	-	63.5	43.1	2.1	108.7	745.2	-	4 856.5
Total	18 580.8	10 679.8	77.5	18.0	1.7	29 357.9	16 550.4	2 299.5	161.6	208.5	19 220.0	745.2	1 493.6	50 816.8

Nota:
CSFV: Celdas Solares Fotovoltaicas
CCOMB: Ciclo Combinado
TV: Turbina de Vapor
TG: Turbina de Gas

Cuadro N° 1.4

Producción de Energía según Tipo de Generación y Recurso Energético - 2018 (GW.h)

Área	Hidráulica			Térmica					Solar	Eólica	Total	
	Agua	Agua (RER)	Total	Gas Natural	Carbón	Residual	Diesel 2	Bagazo + Biogás (RER)	Radiación	Viento		
Norte	2 667.8	415.8	3 083.5	608.2	-	2.7	5.4	4.2	620.4	-	407.6	4 111.6
Centro	21 529.8	741.9	22 271.8	18 321.0	-	24.7	5.0	140.2	18 490.9	-	1 086.0	41 848.7
Sur	3 869.4	133.2	4 002.6	-	43.1	0.8	64.8	-	108.7	745.2	-	4 856.5
Total	28 067.0	1 290.9	29 357.9	18 929.2	43.1	28.1	75.2	144.4	19 220.0	745.2	1 493.6	50 816.8

Nota:
Se denomina RER a los Recursos Energéticos Renovables tales como biomasa, eólico, solar, geotérmico, mareomotriz e hidráulicas cuya capacidad instalada no sobrepasa de los 20 MW, según D.L. N° 1002.

Cuadro N° 1.5

Potencia Efectiva Por Tipo de Generación a diciembre 2018 (MW)

Área	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Solar	Eólica	Total
Norte	602.5	783.9	-	114.0	1 500.4
Centro	3 680.2	4 165.3	-	261.5	8 106.9
Sur	659.8	2 029.4	285.0	-	2 974.2
Total	4 942.4	6 978.5	285.0	375.5	12 581.4

Cuadro N° 1.6

Potencia Efectiva según Tipo de Tecnología a diciembre 2018 (MW)

Área	Hidráulica						Térmica					Solar	Eólica	Total
	Pelton	Kaplan	Francis	Turgo	Hélice	Total	CCOMB	TG	TV	Diesel	Total	CSFV	Aerogenerador	
Norte	487.9	94.4	15.2	5.0	-	602.5	-	741.8	16.1	26.0	783.9	-	114.0	1 500.4
Centro	2 208.5	1 470.9	-	-	0.7	3 680.2	3 133.0	883.3	75.0	74.0	4 165.3	-	261.5	8 106.9
Sur	425.5	234.3	-	-	-	659.8	-	1 836.0	140.3	53.0	2 029.4	285.0	-	2 974.2
Total	3 121.9	1 799.6	15.2	5.0	0.7	4 942.4	3 133.0	3 461.1	231.4	153.1	6 978.5	285.0	375.5	12 581.4

Nota:
CSFV: Celdas Solares Fotovoltaicas
CCOMB: Ciclo Combinado
TV: Turbina de Vapor
TG: Turbina de Gas

Cuadro N° 1.7

Potencia Efectiva según Tipo de Generación y Recurso Energético a diciembre 2018 (MW)

Área	Hidráulica			Térmica					Solar	Eólica	Total	
	Agua	Agua (RER)	Total	Gas Natural	Carbón	Residual	Diesel 2	Bagazo + Biogás (RER)	Radiación	Viento		
Norte	518.1	84.4	602.5	157.2	-	17.6	593.1	16.1	783.9	-	114.0	1 500.4
Centro	3 546.2	134.0	3 680.2	4 039.3	-	62.3	41.4	22.4	4 165.3	-	261.5	8 106.9
Sur	591.6	68.2	659.8	-	140.3	10.1	1 878.9	-	2 029.4	285.0	-	2 974.2
Total	4 655.8	286.6	4 942.4	4 196.5	140.3	89.9	2 513.3	38.4	6 978.5	285.0	375.5	12 581.4

Cuadro N° 1.8

Consumo de Combustible en el SEIN

Tipo de Combustible	Consumo de Combustible		Variación 2018/ 2017
	2017	2018	
Diesel 2 (1)	222 100.8	30 690.6	-86.18%
Residual 6 (1)	275.2	216.8	-21.20%
Residual 500 (1)	37 724.9	9 130.1	-75.80%
Gas Natural (2)	3 811 594.3	3 711 402.8	-2.63%
Biogás (2)	26 642.1	32 955.1	23.70%
Carbón (3)	245.5	15.8	-93.56%
Bagazo (3)	321.8	321.9	0.00%

(1) Consumo de Diesel 2, Residual 6 y Residual 500, expresado en metros cúbicos.
(2) Consumo de Gas Natural y Biogás, expresado en miles de metros cúbicos.
(3) Consumo de Carbón y Bagazo, expresado en miles de toneladas.

Cuadro N° 1.9
Valorización de las Transferencias
(Miles de Nuevos Soles)

Tipo de Valorización de Transferencias	Saldo al 2017	Saldo al 2018	Variación 2018/ 2017
Energía Activa	433 174.3	339 014.6	-21,74%
Potencia	128 781.2	141 565.6	9,93%
Energía Reactiva	4 391.9	3 542.5	-19,34%
Total	566 347.4	484 122.6	-14,52%

Cuadro N° 1.10
Evolución del Sistema de Transmisión
2005- 2018

Año	Longitud de Líneas de Transmisión (km)				
	500 kV	220 kV	138 kV	< 69 kV (*)	Total
2005	-	5 845,3	2 670,6	1 220,7	9 736,6
2006	-	5 924,5	2 870,9	1 220,7	10 016,1
2007	-	5 963,1	2 878,8	1 244,4	10 086,3
2008	-	6 381,4	2 890,8	1 336,1	10 608,3
2009	-	8 153,8	3 212,6	1 698,8	13 065,2
2010	-	8 265,9	3 738,5	1 884,4	13 888,8
2011*	89,8	9 661,6	4 381,0	7 020,2	21 152,6
2012*	611,8	9 770,9	4 386,2	7 219,4	21 988,4
2013*	1 509,8	10 058,9	4 417,9	7 366,1	23 352,7
2014*	1 832,3	10 740,6	4 540,5	7 698,9	24 812,2
2015*	1 832,3	11 621,1	4 554,3	7 802,2	25 809,9
2016*	1 965,1	12 174,3	4 608,5	8 010,6	26 758,5
2017*	2 877,3	12 631,3	4 846,1	8 181,9	28 536,5
2018*	2 878,7	12 902,9	4 855,5	8 394,4	29 031,4

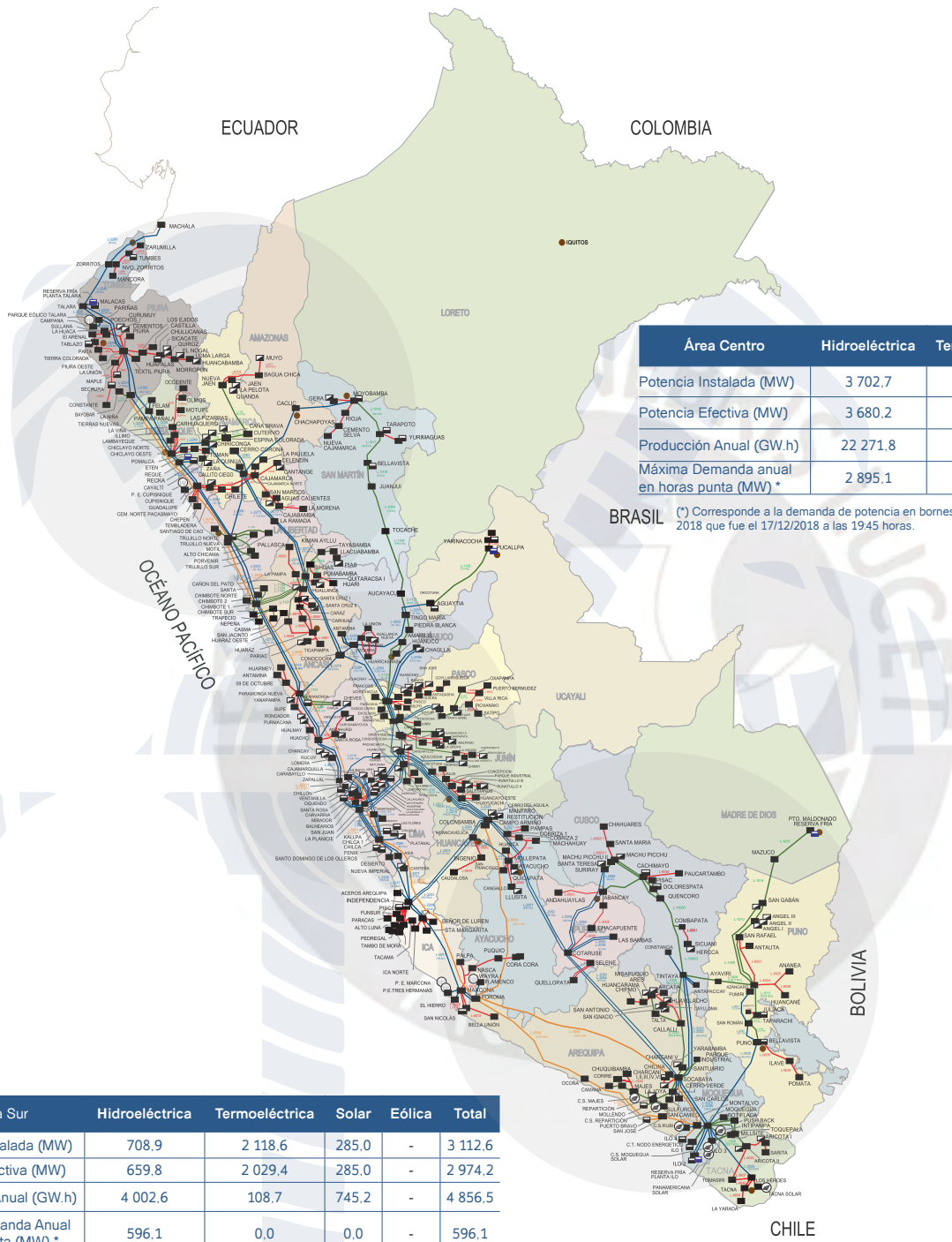
(*) Se han considerado líneas de transmisión existentes de las empresas distribuidoras y usuarios libres integrantes, como también, no integrantes.

Cuadro N° 1.11
Transacciones Internacionales de Electricidad - TIE (Perú - Ecuador)
2009 - 2018

Año	Potencia (MW)		Energía (GW.h)	
	Exportación	Importación	Exportación	Importación
2009	71,6	-	62,5	-
2010	75,2	-	111,9	-
2011	-	53,5	-	5,7
2012	77,5	43,1	2,2	5,0
2013	-	-	-	-
2014	65,3	-	12,7	-
2015	69,0	24,4	54,7	0,5
2016	59,8	39,7	37,9	22,4
2017	-	46,3	-	16,6
2018	-	44,3	-	21,2

Área Norte	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Solar	Eólica	Importación desde Ecuador	Total
Potencia Instalada (MW)	583.5	794.5	-	114.0	-	1 492.0
Potencia Efectiva (MW)	602.5	783.9	-	114.0	-	1 500.4
Producción Anual (GW.h)	3 083.5	620.4	-	407.6	21.2	4 111.6
Máxima Demanda anual en horas punta (MW) *	481.0	101.9	-	56.8	-	639.7

(*) Corresponde a la demanda de potencia en bornes de generación, referente al día de la máxima demanda 2018 que fue el 17/12/2018 a las 19:45 horas.



Área Centro	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Solar	Eólica	Total
Potencia Instalada (MW)	3 702.7	4 482.8	-	261.5	8 447.0
Potencia Efectiva (MW)	3 680.2	4 165.3	-	261.5	8 106.9
Producción Anual (GW.h)	22 271.8	18 490.9	-	1 086.0	41 848.7
Máxima Demanda anual en horas punta (MW) *	2 895.1	2 563.4	-	190.3	5 648.8

BRASIL (*) Corresponde a la demanda de potencia en bornes de generación, referente al día de la máxima demanda 2018 que fue el 17/12/2018 a las 19:45 horas.

Área Sur	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Solar	Eólica	Total
Potencia Instalada (MW)	708.9	2 118.6	285.0	-	3 112.6
Potencia Efectiva (MW)	659.8	2 029.4	285.0	-	2 974.2
Producción Anual (GW.h)	4 002.6	108.7	745.2	-	4 856.5
Máxima Demanda Anual en horas punta (MW) *	596.1	0.0	0.0	-	596.1

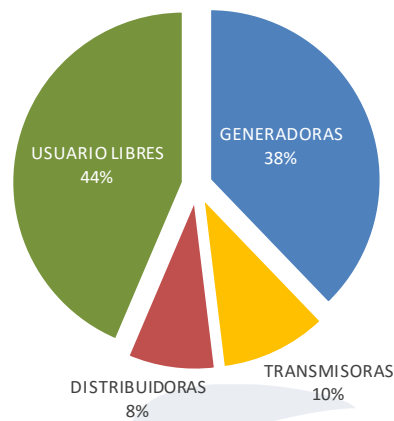
(*) Corresponde a la demanda de potencia en bornes de generación, referente al día de la máxima demanda 2018 que fue el 17/12/2018 a las 19:45 horas.

Total SEIN 2018 **	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Solar	Eólica	Importación desde Ecuador	Total
Potencia Instalada (MW)	4 995.2	7 396.0	285.0	375.5	-	13 051.6
Potencia Efectiva (MW)	4 942.4	6 978.5	285.0	375.5	-	12 581.4
Producción Anual (GW.h)	29 357.9	19 220.0	745.2	1 493.6	21.2	50 816.8
Máxima Demanda Anual en horas punta (MW) *	3 972.2	2 665.3	0.0	247.1	-	6 884.6

(*) Corresponde a la demanda de potencia en bornes de generación, referente al día de la máxima demanda 2018 que fue el 17/12/2018 a las 19:45 horas

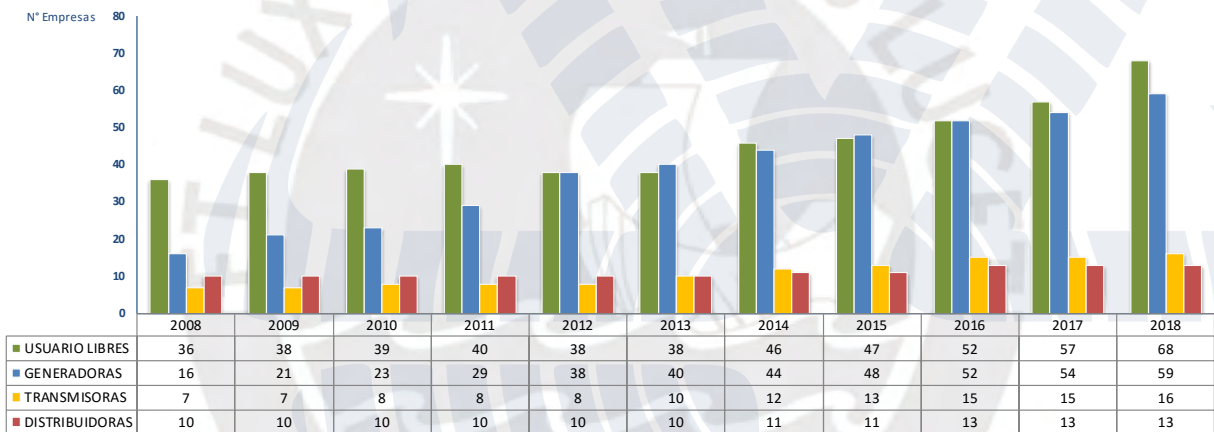
(**) Conformado por las empresas integrantes del COES.

Gráfico N° 1.5
Empresas Integrantes del COES - 2018



Número de empresas integrantes del COES = 156

Gráfico N° 1.6
Evolución de Número de Empresas Integrantes del COES
2008 - 2018



Cuadro N° 1.12
Detalle de las Empresas Integrantes del COES - 2018

1.12.1. Integrantes de Transmisión

Al 31 de diciembre 2018 el COES estuvo integrado por los propietarios de líneas, subestaciones y equipos de transmisión que a continuación se detallan:

N°	Razón Social	Abreviatura	Tipo de Integrante Registrado
1	ABY TRANSMISIÓN SUR S.A.	ATS	OBLIGATORIO
2	ATN 2 S.A.	ATN 2	OBLIGATORIO
3	ATN S.A.	ATN	OBLIGATORIO
4	ATN1 S.A.	ATN 1	OBLIGATORIO
5	COMPAÑÍA TRANSMISORA NORPERUANA S.R.L.	NORPERUANA	VOLUNTARIO
6	CONCESIONARIA LÍNEA DE TRANSMISIÓN CCNCM S.A.C.	CCNCM	OBLIGATORIO
7	CONELSUR LT S.A.C.	CONELSUR	OBLIGATORIO
8	CONSORCIO ENERGÉTICO DE HUANCAMELVA S.A.	CONENHUA	OBLIGATORIO
9	CONSORCIO TRANSMANTARO S.A.	TRANSMANTARO	OBLIGATORIO
10	ETESSELVA S.R.L.	ETESSELVA	OBLIGATORIO
11	INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA ISA PERÚ S.A.	ISA	OBLIGATORIO
12	POMACOCHA POWER S.A.C.	POMACOCHA	VOLUNTARIO
13	RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A.	REP	OBLIGATORIO
14	RED ELÉCTRICA DEL SUR S.A.	REDESUR	OBLIGATORIO
15	TRANSMISORA ELÉCTRICA DEL SUR 2 S.A.C.	TESUR 2	OBLIGATORIO
16	TRANSMISORA ELÉCTRICA DEL SUR S.A.C.	TESUR	OBLIGATORIO

1.12.2. Integrantes de Generación

Asimismo, el COES estuvo conformado por las centrales de generación interconectadas, cuyos propietarios son las siguientes empresas:

N°	Razón Social	Abreviatura	Tipo de Integrante Registrado
1	AGROAURORA S.A.C.	AGROAURORA	VOLUNTARIO
2	AGROINDUSTRIAL PARAMONGA S.A.A.	PARAMONGA	VOLUNTARIO
3	AGROINDUSTRIAS SAN JACINTO S.A.A.	SAN JACINTO	VOLUNTARIO
4	ANDEAN POWER S.A.C.	ANDEAN POWER	VOLUNTARIO
5	CELEPSA RENOVABLES S.R.L.	CELEPSA RENOVABLES	VOLUNTARIO
6	CHINANGO S.A.C.	CHINANGO	OBLIGATORIO
7	COMPANÍA ELÉCTRICA EL PLATANAL	CELEPSA	OBLIGATORIO
8	CONSORCIO ELÉCTRICO DE VILLACURI S.A.C.	COELVISAC	VOLUNTARIO
9	ELÉCTRICA SANTA ROSA	SANTA ROSA	VOLUNTARIO
10	ELÉCTRICA YANAPAMPA S.A.C.	YANAPAMPA	VOLUNTARIO
11	ELECTRO ZAÑA SAC	ELECTRO ZAÑA	VOLUNTARIO
12	EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE JUNÍN S.A.C.	EGEJUNÍN	VOLUNTARIO
13	EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA RÍO BAÑOS S.A.C.	RÍO BAÑOS	VOLUNTARIO
14	EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA SANTA ANA S.R.L.	SANTA ANA	VOLUNTARIO
15	EMPRESA DE GENERACIÓN HUALLAGA S.A.	HUALLAGA	OBLIGATORIO
16	EMPRESA DE GENERACIÓN HUANZA S.A.	EGEHUANZA	OBLIGATORIO
17	EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA CANCHAYLLO S.A.C.	CANCHAYLLO	VOLUNTARIO
18	EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A.	EGASA	OBLIGATORIO
19	EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DEL SUR S.A.	EGESUR	OBLIGATORIO
20	EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A.	EGEMSA	OBLIGATORIO
21	EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA SAN GABÁN S.A.	SAN GABAN	OBLIGATORIO
22	EMPRESA ELÉCTRICA AGUA AZUL S.A.	AGUA AZUL	VOLUNTARIO
23	EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.	ELECTROPERÚ	OBLIGATORIO
24	ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A.	ENEL PERÚ	OBLIGATORIO
25	ENEL GENERACIÓN PIURA S.A.	ENEL PIURA	OBLIGATORIO
26	ENEL GREEN POWER PERU S.A.	ENEL GREEN	OBLIGATORIO
27	ENERGIA EOLICA S.A.	ENERGÍA EÓLICA	OBLIGATORIO
28	ENGIE ENERGÍA PERÚ S.A.	ENGIE	OBLIGATORIO
29	EMPRESA ELÉCTRICA RÍO DOBLE S.A.	RÍO DOBLE	VOLUNTARIO
30	FÉNIX POWER PERÚ S.A.	FÉNIX POWER	OBLIGATORIO
31	GENERADORA ENERGÍA DEL PERÚ S.A.	GEPSA	VOLUNTARIO
32	GTS MAJES S.A.C.	MAJES	VOLUNTARIO
33	GTS REPARTICIÓN S.A.C.	REPARTICIÓN	VOLUNTARIO
34	HIDROCAÑETE S.A.	HIDROCAÑETE	VOLUNTARIO
35	HIDROELÉCTRICA HUANCHOR S.A.C.	HUANCHOR	VOLUNTARIO
36	HIDROELÉCTRICA SANTA CRUZ S.A.C.	SANTA CRUZ	VOLUNTARIO
37	HUAURA POWER GROUP S.A.	HUAURA POWER	VOLUNTARIO
38	HYDRO PATAPO S.A.C.	HYDROPATAPO	VOLUNTARIO
39	ILLAPU ENERGY S.A.	ILLAPU	VOLUNTARIO
40	INFRAESTRUCTURAS Y ENERGÍAS DEL PERÚ S.A.C.	INFRAESTRUCTURA Y ENERGIA	OBLIGATORIO
41	INLAND ENERGY S.A.C.	INLAND ENERGY	OBLIGATORIO
42	KALLPA GENERACIÓN S.A.	KALLPA	OBLIGATORIO
43	LA VIRGEN S.A.C.	LA VIRGEN	OBLIGATORIO
44	MAJA ENERGÍA S.A.C.	MAJA	VOLUNTARIO
45	MOQUEGUA FV S.A.C.	MOQUEGUA	VOLUNTARIO
46	ORAZUL ENERGY PERÚ S.A.	ORAZUL ENERGY	OBLIGATORIO
47	PANAMERICANA SOLAR S.A.C.	PANAMERICANA	VOLUNTARIO
48	PARQUE EÓLICO MARCONA S.A.C.	MARCONA	VOLUNTARIO
49	PARQUE EÓLICO TRES HERMANAS S.A.C.	TRES HERMANAS	OBLIGATORIO
50	PETRAMAS S.A.C.	PETRAMAS	VOLUNTARIO
51	PLANTA DE RESERVA FRÍA DE GENERACIÓN DE ETÉN S.A.	GENERACIÓN ETEN	OBLIGATORIO
52	SAMAY I S.A.	SAMAY	OBLIGATORIO
53	SDF ENERGÍA S.A.C.	SDF ENERGÍA	VOLUNTARIO
54	SHOUGANG GENERACIÓN ELÉCTRICA S.A.A.	SHOUGESA	OBLIGATORIO
55	STATKRAFT PERÚ S.A.	STATKRAFT	OBLIGATORIO
56	SINDICATO ENERGÉTICO S.A.	SINERSA	VOLUNTARIO
57	TACNA SOLAR S.A.C.	TACNA SOLAR	VOLUNTARIO
58	TERMOCHILCA S.A.	TERMOCHILCA	OBLIGATORIO
59	TERMOSELVA S.R.L.	TERMOSELVA	OBLIGATORIO

1.12.3. Integrantes de Distribución

Por otro lado, las empresas distribuidoras que integran el COES son propietarias de los sistemas de sub transmisión y responsables del abastecimiento de energía eléctrica de los usuarios libres y regulados del SEIN. Dichas empresas integrantes son las siguientes:

N°	Razón Social	Abreviatura	Tipo de Integrante Registrado
1	ELECTRO DUNAS S.A.A.	ELECTRODUNAS	OBLIGATORIO
2	ELECTRO SUR ESTE S.A.A.	ELECTROSURESTE	OBLIGATORIO
3	ELECTROCENTRO S.A.	ELECTROCENTRO	OBLIGATORIO
4	ELECTRONOROESTE S.A.	ELECTRONOROESTE	OBLIGATORIO
5	EMPRESA CONCESIONARIA DE ELECTRICIDAD DE UCAYALI S.A.	ELECTRO UCAYALI	OBLIGATORIO
6	EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DE PUNO S.A.A.	ELECTROPUNO	OBLIGATORIO
7	EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL NORTE S.A.	ELECTRONORTE	OBLIGATORIO
8	EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE S.A.	ELECTRO ORIENTE	OBLIGATORIO
9	EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD ELECTRONORTE MEDIO S.A.	HIDRANDINA	OBLIGATORIO
10	EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD ELECTROSUR S.A.	ELECTROSUR	OBLIGATORIO
11	ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.	ENEL DISTRIBUCIÓN	OBLIGATORIO
12	LUZ DEL SUR S.A.A.	LUZ DEL SUR	OBLIGATORIO
13	SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A.	SEAL	OBLIGATORIO

1.12.4. Integrantes de Usuarios Libres

Finalmente, los usuarios libres consumidores de energía eléctrica que son abastecidos por las empresas de generación y distribución estuvieron conformados por 68 empresas:

Nº	Razón Social	Abreviatura	Tipo de Integrante Registrado
1	ADMINISTRADORA JOCKEY PLAZA SHOPPING CENTER S.A.	JOCKEY PLAZA	OBLIGATORIO
2	AIR PRODUCTS PERÚ S.A.	AIR PRODUCTS	OBLIGATORIO
3	CAL Y CEMENTO SUR S.A.	CEMENTOS SUR	OBLIGATORIO
4	CEMENTOS PAÇASMAYO S.A.A.	CEMENTOS PACASMAYO	OBLIGATORIO
5	CERÁMICA LIMA S.A.	CERAMICA LIMA	OBLIGATORIO
6	COMPANÍA MINERA CHUNGAR S.A.C.	MINERA CHUNGAR	OBLIGATORIO
7	COMPANÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A.	BUENAVENTURA	OBLIGATORIO
8	COMPANÍA INDUSTRIAL TEXTIL CREDISA - TRUTEX S.A.A.	CREDITEX	OBLIGATORIO
9	COMPANÍA MINERA ANTAPACCAY S.A.	MINERA ANTAPACCAY	OBLIGATORIO
10	COMPANÍA MINERA CASAPALCA S.A.	MINERA CASAPALCA	OBLIGATORIO
11	COMPANÍA MINERA CONDESTABLE S.A.	MINERA CONDESTABLE	OBLIGATORIO
12	COMPANÍA MINERA MISKI MAYO S.R.L.	MINERA MISKIMAYO	OBLIGATORIO
13	COMPANÍA MINERA SAN IGNACIO DE MOROCOCHA S.A.A.	SAN IGNACIO DE MOROCOCHA	OBLIGATORIO
14	COMPANÍA MINERA ANTAMINA S.A.	MINERA ANTAMINA	OBLIGATORIO
15	COMPANÍA MINERA ARES S.A.C.	MINERA ARES	OBLIGATORIO
16	CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A.	MINERA HORIZONTE	OBLIGATORIO
17	CORPORACIÓN LINDLEY S.A.	LINDLEY	OBLIGATORIO
18	CORPORACIÓN PESQUERA INCA S.A.C.	PESQUERA INCA	OBLIGATORIO
19	CORPORACIÓN ACEROS AREQUIPA S.A.	ACEROS AREQUIPA	OBLIGATORIO
20	DOE RUN PERU S.R.L. EN LIQUIDACIÓN EN MARCHA	DOE RUN	OBLIGATORIO
21	ECOACUICOLA S.A.C.	ECOACUICOLA	OBLIGATORIO
22	EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A.	MINERA LOS QUENUALES	OBLIGATORIO
23	EXSA S.A.	EXSA	VOLUNTARIO
24	EMPRESA ADMINISTRADORA CERRO S.A.C.	ADMINISTRADORA CERRO	OBLIGATORIO
25	EMPRESA SIDERÚRGICA DEL PERÚ S.A.A.	SIDERPERU	OBLIGATORIO
26	FUNDICIÓN CALLAO S.A.	FUNDICIÓN CALLAO	VOLUNTARIO
27	FUNDICIÓN CHILCA S.A.	FUNDICIÓN CHILCA	OBLIGATORIO
28	GLORIA S.A.	GLORIA	VOLUNTARIO
29	GOLD FIELDS LA CIMA S.A.	GOLD FIELDS	OBLIGATORIO
30	GYM FERROVIAS S.A.	GYM FERROVIAS	OBLIGATORIO
31	HUBBAY PERU S.A.C.	HUBBAY	OBLIGATORIO
32	INMUEBLES PANAMERICANA S.A.	INMUEBLES PANAMERICANA	OBLIGATORIO
33	INDUSTRIAS CACHIMAYO S.A.	INDUSTRIAS CACHIMAYO	OBLIGATORIO
34	KIMBERLY-CLARK PERU S.R.L.	KIMBERLY CLARK	OBLIGATORIO
35	MALL AVENTURA S.A.	MALL AVENTURA	OBLIGATORIO
36	METALÚRGICA PERUANA S.A.	MEPSA	OBLIGATORIO
37	MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A.	RETAMAS	OBLIGATORIO
38	MINERA CHINALCO PERÚ S.A.	MINERA CHINALCO	OBLIGATORIO
39	MINERA LAS BAMBAS S.A.	LAS BAMBAS	OBLIGATORIO
40	MINERA SHOUXIN PERÚ S.A.	MINERA SHOUXIN	OBLIGATORIO
41	MINSUR S.A.	MINSUR	OBLIGATORIO
42	MOLY-COP/ADESUR S.A.	MOLY COP	OBLIGATORIO
43	MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A.	MINERA BARRICK	OBLIGATORIO
44	MINERA YANACOCCHA S.R.L.	YANACOCCHA	OBLIGATORIO
45	NEXA RESOURCES CAJAMARQUILLA S.A.	NEXA CAJAMARQUILLA	OBLIGATORIO
46	NEXA RESOURCES EL PORVENIR S.A.C.	NEXA EL PORVENIR	OBLIGATORIO
47	NEXA RESOURCES PERÚ S.A.A.	NEXA PERÚ	OBLIGATORIO
48	OPP FILM S.A.	OPP FILM	OBLIGATORIO
49	OWENS ILLINOIS PERÚ S.A.	OWENS ILLINOIS	OBLIGATORIO
50	PAPELERA NACIONAL S.A.	PANASA	OBLIGATORIO
51	PERUANA DE MOLDEADOS S.A.	PERUANA DE MOLDEADOS	OBLIGATORIO
52	PESQUERA DIAMANTE S.A.	PESQUERA DIAMANTE	OBLIGATORIO
53	PRODUCTOS TISSUE DEL PERÚ S.A.C.	PROTISA	OBLIGATORIO
54	QUIMPAC S.A.	QUIMPAC	OBLIGATORIO
55	REAL PLAZA S.R.L.	REAL PLAZA	OBLIGATORIO
56	SAN MIGUEL INDUSTRIAS PET S.A.	SAN MIGUEL INDUSTRIAS PET	OBLIGATORIO
57	SHOUGANG HIERRO PERÚ S.A.A.	SHOUGANG HIERRO	OBLIGATORIO
58	SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A.	CERRO VERDE	OBLIGATORIO
59	SOCIEDAD MINERA CORONA S.A.	MINERA CORONA	OBLIGATORIO
60	SOCIEDAD MINERA EL BROCAL S.A.A.	EL BROCAL	OBLIGATORIO
61	SUPERMERCADOS PERUANOS S.A.	SUPERMERCADOS PERUANOS	OBLIGATORIO
62	SOUTHERN PERÚ COPPER CORPORATION. SUCURSAL DEL PERÚ	SOUTHERN	OBLIGATORIO
63	TRUPAL S.A.	TRUPAL	OBLIGATORIO
64	TECNOLÓGICA DE ALIMENTOS S.A.	TASA	VOLUNTARIO
65	UNION ANDINA DE CEMENTOS S.A.A.	UNACEM	OBLIGATORIO
66	UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS Y JOHNSTON S.A.A.	BACKUS Y JOHNSTON	VOLUNTARIO
67	VOLCAN COMPANÍA MINERA S.A.A.	MINERA VOLCAN	OBLIGATORIO
68	YURA S.A.	YURA	OBLIGATORIO



ANEXO 02

**COES. Informes Anuales 2018. Cuadro N.º 4.7,
Parte 04: Producción de Energía Anual por
Central y Tipo de Generación 2018.**

Cuadro N° 4.7
Producción de Energía Anual por Central y Tipo de Generación - 2018
(GW.h)

Empresa	Central	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Solar	Eólico	Total
AGROAURORA	C.T. MAPLE ETANOL		4.2			4.2
	Total		4.2			4.2
AGUA AZUL	C.H. POTRERO	98.1				98.1
	Total	98.1				98.1
AIPSAA	C.T. PARAMONGA		89.6			89.6
	Total		89.6			89.6
ANDEAN POWER	C.H. CARHUAC (13)	13.5				13.5
	Total	13.5				13.5
CELEPSA	C.H. PLATANAL	1 126.4				1 126.4
	Total	1 126.4				1 126.4
CELEPSA RENOVABLES	C.H. MARAÑÓN (6)	120.6				120.6
	Total	120.6				120.6
CERRO VERDE	C.T. RECKA		4.6			4.6
	Total		4.6			4.6
CHINANGO	C.H. CHIMAY	983.9				983.9
	C.H. YANANGO	264.4				264.4
	Total	1 248.3				1 248.3
EGASA	C.H. CHARCANI I	14.0				14.0
	C.H. CHARCANI II	5.0				5.0
	C.H. CHARCANI III	39.4				39.4
	C.H. CHARCANI IV	109.1				109.1
	C.H. CHARCANI V	722.1				722.1
	C.H. CHARCANI VI	66.0				66.0
	C.T. CHILINA		0.8			0.8
	C.T. MOLLENDO		0.6			0.6
	C.T. PISCO		84.6			84.6
	Total	955.6	86.0			1 041.6
EGECSAC	C.H. CANCHAYLLO	32.5				32.5
	Total	32.5				32.5
EGEJUNIN	C.H. RUNATULLO II	106.1				106.1
	C.H. RUNATULLO III	133.8				133.8
	Total	239.9				239.9
EGEMSA	C.H. MACHUPICCHU	1 285.4				1 285.4
	Total	1 285.4				1 285.4
EGESUR	C.H. ARICOTA I	66.3				66.3
	C.H. ARICOTA II	44.9				44.9
	C.T. INDEPENDENCIA		148.0			148.0
	Total	111.2	148.0			259.2
EGHUALLAGA	C.H. CHAGLLA	2 430.5				2 430.5
	P.C.H. CHAGLLA	37.4				37.4
	Total	2 467.9				2 467.9
ELECTRO ZAÑA	C.H. ZAÑA (14)	0.0				0.0
	Total	0.0				0.0
ELECTROPERÚ	C.H. MANTARO	5 249.3				5 249.3
	C.H. RESTITUCION	1 657.8				1 657.8
	C.T. TUMBES		2.7			2.7
	Total	6 907.1	2.7			6 909.7
EMGHUANZA	C.H. HUANZA	392.6				392.6

EMISORANZA	Total	392.6			392.6
ENEL GREEN	C.E. WAYRA I (7)			472.0	472.0
	C.S. RUBÍ (1)		424.2		424.2
	Total		424.2	472.0	896.2
ENELG	C.H. HER 1 (9)	1.7			1.7
	C.H. HUAMPANI	227.1			227.1
	C.H. HUINCO	1 148.1			1 148.1
	C.H. MATUCANA	869.1			869.1
	C.H. MOYOPAMPA	403.5			403.5
	C.T. SANTA ROSA		636.0		636.0
	C.T. VENTANILLA		3 097.3		3 097.3
Total	2 649.5	3 733.3		6 382.8	
ENELP	C.T. MALACAS 1		133.4		133.4
	C.T. MALACAS 2		348.6		348.6
	C.T. RF MALACAS		126.2		126.2
	Total		608.2		608.2
ENERGÍA EÓLICA	C.E. CUPISNIQUE			284.5	284.5
	C.E. TALARA			123.1	123.1
	Total			407.6	407.6
ENGIE	C.H. QUITARACSA	518.8			518.8
	C.H. YUNCAN	889.7			889.7
	C.S. INTIPAMPA (5)			87.3	87.3
	C.T. CHILCA 1		3 403.6		3 403.6
	C.T. CHILCA 2		370.0		370.0
	C.T. ILO2		43.1		43.1
	C.T. NODO ENERGÉTICO PLANTA ILO (NEPI)		18.0		18.0
	C.T. RF PLANTA ILO		3.2		3.2
	Total	1 408.5	3 837.9	87.3	5 333.7
FENIX POWER	C.T. FÉNIX		3 913.5		3 913.5
	Total		3 913.5		3 913.5
GEPSA	C.H. ÁNGEL I (10)	22.1			22.1
	C.H. ÁNGEL II (11)	29.7			29.7
	C.H. ÁNGEL III (12)	26.9			26.9
	C.H. LA JOYA	54.5			54.5
	Total	133.2			133.2
HIDROCAÑETE	C.H. NUEVA IMPERIAL	25.2			25.2
	Total	25.2			25.2
HUANCHOR	C.H. HUANCHOR	145.6			145.6
	Total	145.6			145.6
HUAURA	C.H. YARUCAYA	135.7			135.7
	Total	135.7			135.7
HYDRO PATAPO	C.H. PATAPO (15)	1.3			1.3
	Total	1.3			1.3
INLAND	C.H. SANTA TERESA (2)	560.2			560.2
	Total	560.2			560.2
IYEP	C.T. RESERVA FRÍA PUCALLPA		4.9		4.9
	C.T. RESERVA FRÍA PUERTO MALDONADO		0.8		0.8
	Total		5.7		5.7
KALLPA	C.H. CERRO DEL	3 283.8			3 283.8
	C.H. MINI CERRO DEL AGUILA	54.8			54.8
	C.T. KALLPA		3 974.3		3 974.3
	C.T. LAS FLORES		314.3		314.3

	Total	3 338.6	4 288.6		7 627.2
LUZ DEL SUR	C.H. SANTA TERESA (2)	124.3			124.3
	Total	124.3			124.3
MAJA ENERGÍA	C.H. RONCADOR	22.0			22.0
	Total	22.0			22.0
MAJES SOLAR	C.S. MAJES		44.5		44.5
	Total		44.5		44.5
MARAÑÓN	C.H. MARAÑÓN (6)	32.0			32.0
	Total	32.0			32.0
MOQUEGUA FV	C.S. MOQUEGUA FV		47.7		47.7
	Total		47.7		47.7
ORAZUL ENERGY	C.H. CAÑA BRAVA	29.9			29.9
	C.H. CAÑON DEL PATO	1 485.0			1 485.0
	C.H. CARHUAQUERO	512.7			512.7
	C.H. CARHUAQUERO IV	71.1			71.1
	Total	2 098.7			2 098.7
PANAMERICANA SOLAR	C.S. PANAMERICANA SOLAR		52.0		52.0
	Total		52.0		52.0
PE MARCONA	C.E. MARCONA		148.4		148.4
	Total		148.4		148.4
PE TRES HERMANAS	C.E. TRES HERMANAS		465.7		465.7
	Total		465.7		465.7
PETRAMAS	C.T. LA GRINGA V		14.1		14.1
	C.T.B DOÑA CATALINA (8)		6.3		6.3
	C.TB. HUAYCOLORO		30.3		30.3
	Total		50.6		50.6
PLANTA ETEN	C.T. RESERVA FRIA DE GENERACION ETEN		0.7		0.7
	Total		0.7		0.7
REPARTICIÓN SOLAR	C.S. REPARTICIÓN		41.3		41.3
	Total		41.3		41.3
RIO DOBLE	C.H. LAS PIZARRAS	103.6			103.6
	Total	103.6			103.6
SAMAY	C.T. PUERTO BRAVO I		42.2		42.2
	Total		42.2		42.2
SAN GABÁN	C.H. SAN GABAN II	804.3			804.3
	Total	804.3			804.3
SANTA ANA	C.H. RENOVANDES H1 (3)	133.8			133.8
	Total	133.8			133.8
SANTA CRUZ	C.H. HUASAHUASI I	53.6			53.6
	C.H. HUASAHUASI II	56.6			56.6
	C.H. SANTA CRUZ I	31.5			31.5
	C.H. SANTA CRUZ II	35.2			35.2
	Total	176.9			176.9
SANTA ROSA	C.H. PURMACANA	2.4			2.4
	Total	2.4			2.4
SDF ENERGÍA	C.T. OQUENDO		217.0		217.0
	Total		217.0		217.0
SHOUGESA	C.T. SAN NICOLÁS		24.8		24.8
	Total		24.8		24.8
SINERSA	C.H. POECHOS II	46.3			46.3
	Total	46.3			46.3

STATKRAFT PERÚ	C.H. CAHUA	288.2				288.2
	C.H. CHEVES	798.8				798.8
	C.H. GALLITO CIEGO	131.9				131.9
	C.H. HUAYLLACHO	0.7				0.7
	C.H. MALPASO	232.1				232.1
	C.H. MISAPUQUIO	24.9				24.9
	C.H. OROYA	63.0				63.0
	C.H. PACHACHACA	40.2				40.2
	C.H. PARIAC	18.0				18.0
	C.H. SAN ANTONIO	1.5				1.5
	C.H. SAN IGNACIO	1.4				1.4
	C.H. YAUPI	790.7				790.7
	Total	2 391.5				2 391.5
	TACNA SOLAR	C.S. TACNA SOLAR			48.2	
Total				48.2		48.2
TERMOCHILCA	C.T. SANTO DOMINGO DE LOS OLLEROS (4)		1 791.7			1 791.7
Total			1 791.7			1 791.7
TERMOSELVA	C.T. AGUAYTIA		370.7			370.7
Total			370.7			370.7
YANAPAMPA	C.H. YANAPAMPA	25.1				25.1
Total		25.1				25.1
Total		29 357.9	19 220.0	745.2	1 493.6	50 816.8





ANEXO 03

**COES. Informes Anuales 2018. Cuadro N.º 4.10,
Evolución Anual de la Producción de Energía por
Recurso Energético (GW.h).**

Cuadro N° 4.10
Evolución Anual de la Producción de Energía Por Recurso Energético
(GW.h)

AÑO	MALACAS - AGUAYTIA - LA ISLA	CAMISEA	HIDRO	CARBÓN	D2-R6-R500	OTROS	TOTAL
2001	744.2	0.0	16 807.0	338.8			17 890.0
2002	1 006.4	0.0	17 224.5	845.9	581.1	0.0	19 657.9
2003	1 229.9	0.0	17 731.9	859.4	867.3	0.0	20 688.6
2004	1 683.8	486.3	16 692.6	993.6	2 046.4	0.0	21 902.7
2005	1 806.9	2 264.9	17 100.8	830.9	998.0	0.0	23 001.5
2006	1 739.9	2 556.4	18 670.7	881.0	914.8	0.0	24 762.8
2007	1 742.5	5 573.5	18 588.5	840.1	510.3	0.0	27 254.9
2008	1 908.8	7 409.8	18 010.2	909.3	1 320.5	0.0	29 558.7
2009	2 819.8	6 447.0	18 751.7	930.2	858.9	0.0	29 807.6
2010	1 448.6	9 997.9	18 964.6	1 066.9	871.3	77.5	32 426.8
2011	1 192.3	12 269.9	20 404.1	732.4	531.5	87.3	35 217.4
2012	1 484.4	13 856.7	20 848.6	555.5	354.1	222.5	37 321.2
2013	716.3	16 311.0	21 128.6	836.6	254.2	422.7	39 669.4
2014	897.1	19 012.9	21 002.9	163.2	87.7	632.0	41 795.9
2015	1 149.6	19 523.7	22 456.2	248.1	214.1	948.9	44 540.0
2016	1 132.6	21 321.4	23 009.6	772.9	656.2	1 433.6	48 326.4
2017	687.3	17 533.6	27 741.4	673.7	880.2	1 477.0	48 993.3
2018	977.0	17 920.2	29 357.9	43.1	135.3	2 383.2	50 816.8
Variación 18 / 17	42.16%	2.20%	5.83%	-93.60%	-84.62%	61.35%	3.72%
T. Crec.2008 / 2018	-6.48%	9.23%	5.01%	-26.28%	-20.37%		5.57%
T. Crec.2013 / 2018	6.40%	1.90%	6.80%	-44.74%	-11.85%	41.33%	5.08%
Participación 2018	1.92%	35.26%	57.77%	0.08%	0.27%	4.69%	100.00%



ANEXO 04

**COES. Estadística de Operación 2018. Parte 07:
Producción con Recursos Renovables del SEIN.**



Producción con Recursos Renovables en el SEIN

Cuadro N° 7.1

Producción de Energía con Recursos Energéticos Renovables (RER) - 2018

Empresas	Energía (GW.h)	Participación (%)
AGROAURORA (*)	4.2	0.12
AGUA AZUL	98.1	2.67
AIPSAA	89.6	2.44
ANDEAN POWER (10)	13.5	0.37
EGECSAC	32.5	0.89
EGEJUNIN	239.9	6.53
ELECTRO ZAÑA (11)	0.0	0.00
ENEL GREEN (1) (4)	896.2	24.39
ENELG (6)	1.7	0.05
ENERGÍA EÓLICA	407.6	11.09
ENGIE (3)	87.3	2.37
GEPSA (7) (8) (9)	133.2	3.62
HIDROCAÑETE	25.2	0.69
HUAURA	135.7	3.69
MAJA ENERGÍA	22.0	0.60
MAJES SOLAR	44.5	1.21
MOQUEGUA FV	47.7	1.30
ORAZUL ENERGY	100.9	2.75
PANAMERICANA SOLAR	52.0	1.41
PE MARCONA	148.4	4.04
PE TRES HERMANAS	465.7	12.67
PETRAMAS (2)	50.6	1.38
REPARTICIÓN SOLAR	41.3	1.12
RIO DOBLE	103.6	2.82
SANTA ANA (2)	133.8	3.64
SANTA CRUZ	176.9	4.81
SANTA ROSA	2.4	0.07
SINERSA	46.3	1.26
TACNA SOLAR	48.2	1.31
YANAPAMPA	25.1	0.68
Total RER	3 674.1	100.00
Total	50 816.8	
Participación RER	7.23%	

(*) Empresas operadoras de centrales eléctricas RER No Adjudicadas.

(1) Inicio de operación comercial de la C.S. RUBI propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/01/2018 (Carta COES/D/DP-088-2018)

(2) Inicio de operación comercial de la C.H. Renovandes H1, propiedad de EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA SANTA ANA S.A. desde las 00:00 horas del 20/03/2018 (Carta COES/D/DP-266-2018)

(3) Inicio de operación comercial de la de la C.S. Intipampa, propiedad de ENGIE ENERGÍA PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 31/03/2018 (COES/D/DP-298-2018)

(4) Inicio de operación comercial de la C.E. Wayra I, propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 19/05/2018 (Carta COES/D/DP-435-2018)

(5) Inicio de operación comercial de la C.T. Doña Catalina, propiedad de PETRAMAS S.A. desde las 00:00 horas del 29/08/2018 (Carta COES/D/DP-707-2018)

(6) Inicio de operación comercial de la C.H. Her 1, propiedad de ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-713-2018)

(7) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Angel I, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-710-2018)

(8) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Angel II, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-711-2018)

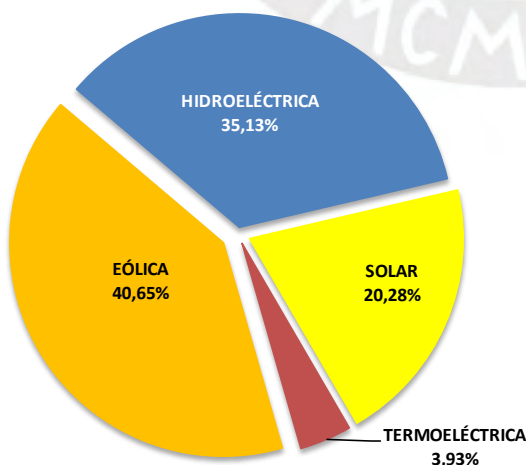
(9) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Angel III, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-712-2018)

(10) Inicio de operación comercial de la C.H. Carhuac propiedad de ANDEAN POWER S.A.C. desde las 24:00 horas del 07/11/2018 (Carta COES/D/DP-950-2018)

(11) Inicio de operación comercial de la unidad G2 de C.H. Zaña propiedad de ELECTRO ZAÑA S.A.C. desde las 24:00 horas del 29/12/2018 (Carta COES/D/DP-1123-2018)

Gráfico N° 7.1

Producción de Energía con Recursos Energéticos Renovables (RER) - 2018



Cuadro N° 7.2

Por Tipo de Generación con RER - 2018

Tipo	Energía (GW.h)	Participación (%)
EÓLICA	1 493.6	40.65
HIDROELÉCTRICA	1 290.9	35.13
SOLAR	745.2	20.28
TERMOELÉCTRICA	144.4	3.93
Total RER	3 674.1	100.00

Gráfico N° 7.2

Producción de Energía con Recursos Energéticos Renovables (RER) Por Empresas - 2018

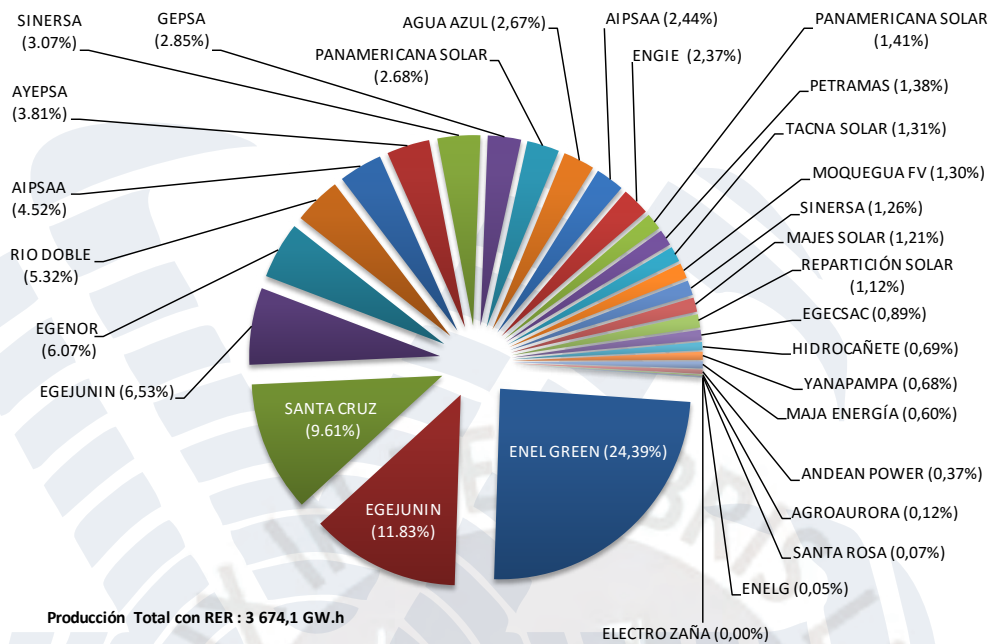
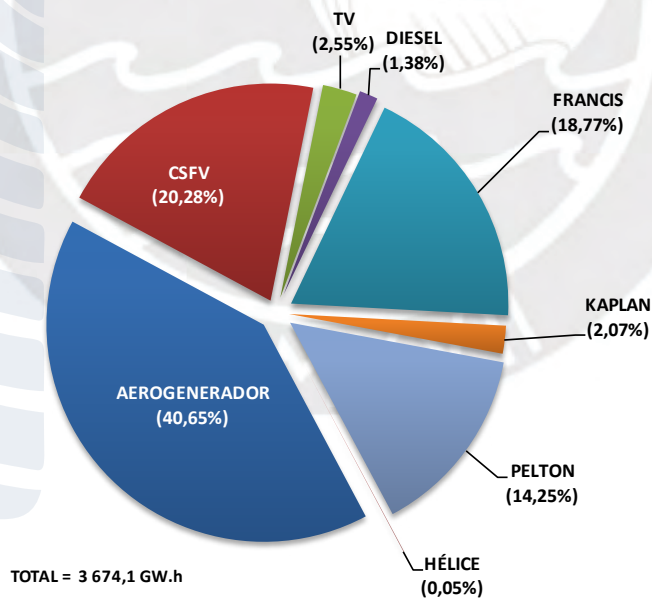


Gráfico N° 7.3

Producción de Energía con Recursos Energéticos Renovables (RER) - 2018
Por Tipo de Tecnología



Cuadro N° 7.3
Producción de Energía con Recursos Energéticos Renovables
(RER) Por Tipo de Tecnología - 2018

Tipo de Tecnología	Energía (GW.h)	Participación (%)
AEROGENERADOR	1 493.6	40.65
CSFV	745.2	20.28
TV	93.8	2.55
DIESEL	50.6	1.38
FRANCIS	689.6	18.77
KAPLAN	76.2	2.07
PELTON	523.4	14.25
HÉLICE	1.7	0.05
Total	3 674.13	100.00

Nota:
CSFV: Celdas Solares Fotovoltaicas

Cuadro N° 7.4 A
Producción de Energía de Centrales con Recursos Energéticos Renovables de Origen Hidroeléctrico - 2018 (GW.h)

Empresa	Central	Unidad	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	Total	
AGUA AZUL	C.H. POTRERO	G1	0.8	5.9	7.1	6.9	4.9	5.9	3.1	1.3	1.4	3.7	5.7	4.8	51.5	
		G2	6.2	5.9	7.1	6.4	5.0	2.2	0.0	0.0	0.0	0.7	6.7	6.6	46.6	
	Total	7.0	11.9	14.2	13.2	9.9	8.0	3.1	1.3	1.4	4.4	12.4	11.3	98.1		
ANDEAN POWER	C.H. CARHUAC (6)	G1-G2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0.4	5.1	8.0	13.5	
		Total	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0.4	5.1	8.0	13.5
EGECSAC	C.H. CANCHAYLLO	G01	1.5	1.3	1.8	1.7	1.3	1.6	1.6	1.7	1.2	1.2	0.0	0.4	1.7	15.9
		G02	1.6	1.5	1.8	1.8	1.6	1.4	0.2	0.8	1.6	1.2	1.6	1.4	1.6	16.6
	Total	3.1	2.9	3.7	3.5	2.9	2.9	1.8	2.6	2.8	1.2	2.0	3.2	3.2	32.5	
EGEJUNIN	C.H. RUNATULLO II	G1-G2	12.6	11.1	12.4	11.9	7.5	4.9	4.6	5.4	3.6	10.2	11.4	10.4	106.1	
		G1-G2	14.7	13.2	14.7	14.5	10.5	7.3	6.6	7.8	5.1	12.7	13.9	12.8	133.8	
	Total	27.3	24.3	27.1	26.4	18.1	12.2	11.2	13.2	8.8	22.9	25.3	23.2	239.9		
ELECTRO ZAÑA	C.H. ZAÑA (7)	G2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0.0	0.0
		Total	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0.0
ENELG	C.H. HER 1 (2)	G3-G4	-	-	-	-	-	0.1	0.1	0.4	0.3	0.3	0.4	0.1	1.7	
		Total	-	-	-	-	-	0.1	0.1	0.4	0.3	0.3	0.4	0.1	1.7	
GEPESA	C.H. ÁNGEL I (3)	G1	-	-	-	-	-	-	0.0	2.6	1.2	1.0	2.8	1.5	9.1	
		G2	-	-	-	-	-	-	0.0	0.6	2.2	2.2	3.6	4.4	13.0	
	C.H. ÁNGEL II (4)	G1	-	-	-	-	-	-	0.0	2.7	2.4	2.0	4.0	3.5	14.6	
		G2	-	-	-	-	-	-	0.0	2.9	2.1	2.2	4.5	3.4	15.2	
	C.H. ÁNGEL III (5)	G1	-	-	-	-	-	-	0.0	2.2	2.4	2.1	3.5	3.3	13.6	
		G2	-	-	-	-	-	-	0.0	2.2	2.1	2.0	3.6	3.3	13.3	
	C.H. LA JOYA	G1	1.6	2.3	2.6	1.9	1.8	1.7	1.7	1.9	1.9	1.9	1.8	1.9	23.1	
		G2	3.1	2.3	2.2	2.5	2.3	2.5	2.1	3.0	2.7	2.9	2.9	2.9	31.4	
Total	4.6	4.7	4.8	4.4	4.1	4.2	3.9	18.2	17.1	16.3	26.8	24.1	133.2			
HIDROCAÑETE	C.H. NUEVA IMPERIAL	G1	1.2	2.2	2.6	1.7	1.5	2.3	2.4	2.3	2.3	2.3	2.0	2.2	25.2	
		Total	1.2	2.2	2.6	1.7	1.5	2.3	2.4	2.3	2.3	2.3	2.0	2.2	25.2	
HUAURA	C.H. YARUCAYA	G1	6.8	6.2	5.3	6.4	5.4	6.3	5.6	5.4	5.6	6.1	6.4	6.5	71.9	
		G2	6.6	6.1	5.2	1.3	3.8	6.2	5.3	5.5	5.6	5.9	6.4	5.9	63.8	
	Total	13.4	12.3	10.5	7.7	9.2	12.5	10.9	11.0	11.1	12.0	12.8	12.4	135.7		
MAJA ENERGÍA	C.H. RONCADOR	G1	1.3	1.1	1.4	1.3	1.1	1.1	1.2	0.5	0.0	0.4	1.0	1.0	11.2	
		G2	1.3	1.2	1.4	1.3	1.1	1.1	0.2	1.0	1.1	1.0	0.2	0.1	10.8	
Total	2.5	2.3	2.7	2.6	2.3	2.1	1.4	1.5	1.1	1.4	1.1	1.1	1.1	22.0		
ORAZUL ENERGY	C.H. CAÑA BRAVA	G1	3.0	2.3	3.6	3.4	3.6	2.9	1.7	0.8	0.7	1.4	3.4	3.2	29.9	
		G4	7.3	6.6	7.4	6.9	7.2	4.9	0.0	6.1	6.1	6.3	6.1	6.2	71.1	
Total	10.3	8.9	10.9	10.3	10.8	7.9	1.7	6.9	6.8	7.7	9.5	9.3	100.9			
RIO DOBLE	C.H. LAS PIZARRAS	G1	5.2	5.7	5.8	6.4	6.6	3.1	0.0	0.2	0.8	1.7	5.7	3.3	44.6	
		G2	5.7	6.0	6.5	6.7	7.2	5.9	3.8	1.6	0.9	2.0	6.2	6.5	59.0	
Total	10.9	11.8	12.3	13.2	13.8	9.0	3.8	1.8	1.7	3.7	11.9	9.9	103.6			
SANTA ANA	C.H. RENOVANDES H1 (1)	G1	-	0.6	6.9	14.1	14.8	13.3	14.2	14.7	12.8	13.3	14.3	14.8	133.8	
		Total	-	0.6	6.9	14.1	14.8	13.3	14.2	14.7	12.8	13.3	14.3	14.8	133.8	
SANTA CRUZ	C.H. HUASAHUASI I	G1-G2	6.5	6.1	7.0	6.7	4.1	3.3	2.7	2.9	1.4	5.1	4.2	3.5	53.6	
		G1-G2	6.6	6.3	7.3	7.0	4.5	3.6	3.0	3.1	1.6	5.4	4.5	3.7	56.6	
	C.H. SANTA CRUZ I	G1-G2	3.9	3.5	4.8	4.2	2.3	1.5	1.0	1.0	0.9	1.7	3.3	3.5	31.5	
		G1-G2	4.4	3.9	4.9	4.4	2.7	1.7	1.3	1.2	1.1	2.0	3.7	3.9	35.2	
	Total	21.5	19.7	24.0	22.2	13.6	10.0	8.0	8.2	5.0	14.2	15.8	14.6	176.9		
SANTA ROSA	C.H. PURMACANA	G1	0.4	0.3	0.1	0.2	0.2	0.2	0.1	0.2	0.1	0.2	0.2	0.2	2.4	
		Total	0.4	0.3	0.1	0.2	0.2	0.2	0.1	0.2	0.1	0.2	0.2	0.2	2.4	
SINERSA	C.H. POECHOS II	G1-G2	3.6	5.1	5.6	5.9	6.2	3.9	3.5	3.2	3.4	2.7	1.3	1.8	46.3	
		Total	3.6	5.1	5.6	5.9	6.2	3.9	3.5	3.2	3.4	2.7	1.3	1.8	46.3	
YANAPAMPA	C.H. YANAPAMPA	G1	0.8	0.8	0.9	0.9	0.9	0.8	0.1	0.0	0.0	0.9	0.9	0.9	7.8	
		G2	0.8	0.7	0.8	0.8	0.8	0.2	0.8	0.9	0.6	0.7	0.8	0.6	8.4	
		G3	0.8	0.7	0.8	0.8	0.9	0.8	0.9	0.9	0.7	0.3	0.7	0.7	8.9	
	Total	2.3	2.3	2.5	2.4	2.7	1.8	1.7	1.8	1.3	1.8	2.3	2.1	25.1		
Total		108.2	109.1	127.9	127.8	110.0	90.5	67.7	87.3	75.9	104.8	143.2	138.4	1 290.9		

(1) Inicio de operación comercial de la C.H. Renovandes H1, propiedad de EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA SANTA ANA S.A. desde las 00:00 horas del 20/03/2018 (Carta COES/D/DP-266-2018)

(2) Inicio de operación comercial de la C.H. Her 1, propiedad de ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-713-2018)

(3) Inicio de operación comercial de las C.H.H. Angel I, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-710-2018)

(4) Inicio de operación comercial de las C.H.H. Angel II, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-711-2018)

(5) Inicio de operación comercial de las C.H.H. Angel III, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-712-2018)

(6) Inicio de operación comercial de la C.H. Carhuac propiedad de ANDEAN POWER S.A.C. desde las 24:00 horas del 07/11/2018 (Carta COES/D/DP-950-2018)

(7) Inicio de operación comercial de la unidad G2 de C.H. Zaña propiedad de ELECTRO ZAÑA S.A.C. desde las 24:00 horas del 29/12/2018 (Carta COES/D/DP-1123-2018)

Cuadro N° 7.4 B

Producción de Energía de Centrales con Recursos Energéticos Renovables de Origen Termoeléctrico - 2018 (GW.h)

Empresa	Central	Unidad	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	Total	
AGROAURORA	C.T. MAPLE ETANOL	TV	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	4.2	4.2
	Total		0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	4.2	4.2
AIPSA	C.T. PARAMONGA	TV1	6.8	6.6	7.0	7.5	7.3	7.0	8.1	7.4	8.4	8.3	8.2	6.7	89.6	
	Total		6.8	6.6	7.0	7.5	7.3	7.0	8.1	7.4	8.4	8.3	8.2	6.7	89.6	
PETRAMAS	C.T. LA GRINGA V	G1	0.3	0.5	1.1	0.6	0.2	0.0	0.0	0.3	0.9	1.0	1.0	0.9	6.9	
		G2	0.7	0.7	0.9	0.7	0.2	0.0	0.0	0.3	0.9	0.9	1.0	0.9	7.2	
	C.T.B DOÑA CATALINA (1)	G1	-	-	-	-	-	-	0.0	0.1	0.7	0.9	0.7	0.6	2.9	
		G2	-	-	-	-	-	-	0.0	0.1	0.7	0.8	0.8	0.9	3.3	
	C.TB. HUAYACOLORO	G1	0.9	0.9	1.0	0.8	1.0	1.0	1.0	1.0	0.8	0.9	0.4	0.4	10.3	
		G2	1.0	0.9	1.0	0.9	1.0	0.9	1.0	0.9	0.9	0.0	0.9	1.0	10.6	
Total		3.9	3.9	5.0	3.9	3.4	2.8	2.9	2.7	5.1	5.6	5.7	5.7	50.6		
Total			10.8	10.5	12.0	11.3	10.7	9.9	11.0	10.1	13.5	13.9	13.9	16.6	144.4	

(1) Inicio de operación comercial de la C.T. Doña Catalina, propiedad de PETRAMAS S.A. desde las 00:00 horas del 29/08/2018 (Carta COES/D/DP-707-2018)

Cuadro N° 7.4 C

Producción de Energía de Centrales con Recursos Energéticos Renovables de Origen Solar - 2018 (GW.h)

Empresa	Central	Número de Módulos	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	Total
ENEL GREEN	C.S. RUBÍ (1)	560 880	38.8	28.4	35.9	31.8	32.4	25.2	27.5	35.9	39.7	42.2	43.0	43.4	424.2
	Total		38.8	28.4	35.9	31.8	32.4	25.2	27.5	35.9	39.7	42.2	43.0	43.4	424.2
ENGIE	C.S. INTIPAMPA (2)	138 120	-	0.7	5.6	8.1	7.5	6.7	6.4	8.9	10.0	11.1	11.3	10.9	87.3
	Total		-	0.7	5.6	8.1	7.5	6.7	6.4	8.9	10.0	11.1	11.3	10.9	87.3
MAJES SOLAR	C.S. MAJES	55 584	3.9	3.4	3.7	3.2	3.6	3.2	3.2	3.9	4.0	4.1	4.1	4.1	44.5
	Total		3.9	3.4	3.7	3.2	3.6	3.2	3.2	3.9	4.0	4.1	4.1	4.1	44.5
MOQUEGUA FV	C.S. MOQUEGUA FV	63 480	4.1	3.6	4.3	3.7	3.6	2.8	3.2	4.2	4.6	4.5	4.7	4.5	47.7
	Total		4.1	3.6	4.3	3.7	3.6	2.8	3.2	4.2	4.6	4.5	4.7	4.5	47.7
PANAMERICANA SOLAR	C.S. PANAMERICANA SOLAR	71 334	4.6	3.9	4.6	4.0	3.9	3.1	3.4	4.5	4.9	4.9	5.1	4.9	52.0
	Total		4.6	3.9	4.6	4.0	3.9	3.1	3.4	4.5	4.9	4.9	5.1	4.9	52.0
REPARTICIÓN SOLAR	C.S. REPARTICIÓN	56 208	3.4	1.9	3.3	3.2	3.5	3.2	3.1	3.8	4.0	3.9	3.9	3.9	41.3
	Total		3.4	1.9	3.3	3.2	3.5	3.2	3.1	3.8	4.0	3.9	3.9	3.9	41.3
TACNA SOLAR	C.S. TACNA SOLAR	74 988	4.9	4.3	4.7	4.1	3.5	2.4	2.5	3.8	4.5	4.2	4.6	4.9	48.2
	Total		4.9	4.3	4.7	4.1	3.5	2.4	2.5	3.8	4.5	4.2	4.6	4.9	48.2
Total			59.7	46.2	62.2	58.2	57.9	46.7	49.4	65.1	71.8	74.9	76.7	76.6	745.2

(1) Inicio de operación comercial de la C.S. RUBÍ propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/01/2018 (Carta COES/D/DP-088-2018)

(2) Inicio de operación comercial de la de la C.S. Intipampa, propiedad de ENGIE ENERGÍA PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 31/03/2018 (COES/D/DP-298-2018)

Cuadro N° 7.4 D

Producción de Energía de Centrales con Recursos Energéticos Renovables de Origen Eólico 2018 (GW.h)

Empresa	Central	Número de Aerogeneradores	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	Total
ENEL GREEN	C.E. WAYRA I (1)	42		4.3	29.8	36.7	44.4	53.0	48.1	50.3	50.2	56.0	51.2	48.0	472.0
	Total			4.3	29.8	36.7	44.4	53.0	48.1	50.3	50.2	56.0	51.2	48.0	472.0
ENERGÍA EÓLICA	C.E. CUPISNIQUE	45	27.1	18.3	23.9	23.0	30.8	17.0	19.1	18.6	27.3	26.7	26.3	26.3	284.5
	C.E. TALARA	17	10.4	4.6	4.1	7.8	12.5	12.5	11.4	12.1	11.6	12.0	12.9	11.2	123.1
Total			37.5	22.9	28.0	30.8	43.3	29.5	30.5	30.7	38.9	38.7	39.2	37.5	407.6
PE MARCONA	C.E. MARCONA	11	11.0	8.6	15.4	11.1	12.9	12.4	12.8	13.0	13.2	13.9	11.1	12.9	148.4
	Total		11.0	8.6	15.4	11.1	12.9	12.4	12.8	13.0	13.2	13.9	11.1	12.9	148.4
PE TRES HERMANAS	C.E. TRES HERMANAS	33	38.9	26.6	48.5	36.5	42.7	33.7	38.9	40.4	39.3	41.0	37.8	41.5	465.7
	Total		38.9	26.6	48.5	36.5	42.7	33.7	38.9	40.4	39.3	41.0	37.8	41.5	465.7
Total			87.4	62.5	121.8	115.0	143.3	128.6	130.3	134.4	141.6	149.6	139.2	139.9	1 493.6
Total Producción con Recursos Energéticos Renovables (RER)			266.0	228.2	323.9	312.4	322.0	275.7	258.4	296.9	302.8	343.3	373.0	371.5	3 674.1

(1) Inicio de operación comercial de la C.E. Wayra I, propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 19/05/2018 (Carta COES/D/DP-435-2018)

Cuadro N° 7.5

Participación de los Recursos Energéticos Renovables (RER) en la Máxima Demanda por Tipo de Fuente de Generación y Tecnología (MW)
(17-12-2018 Hora: 19:45)

Tipo de Tecnología	Hidroeléctrica	Termoeléctrica	Eólica	Total
AEROGENERADOR	-	-	247.1	247.1
TV	-	26.4	-	26.4
DIESEL	-	6.8	-	6.8
FRANCIS	98.5	-	-	98.5
KAPLAN	7.1	-	-	7.1
PELTON	95.8	-	-	95.8
HÉLICE	0.0	-	-	0.0
Total RER	201.5	33.2	247.1	481.8
Total sin considerar Importación Ecuador	3 972.2	2 665.3	247.1	6 884.6
Total considerando Importación	-	-	-	6 884.6
Participación RER (%)	5.1%	1.2%	100.0%	7.0%

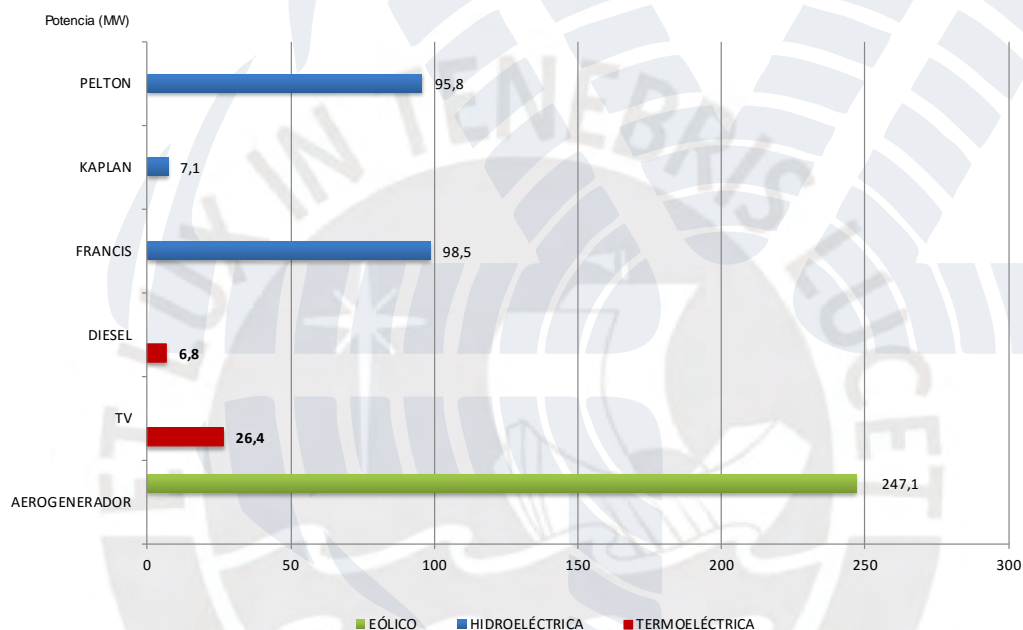
Cuadro N° 7.6

Participación de los Recursos Energéticos Renovables (RER) en la Máxima Demanda Mensual 2018 (MW)

Tipo de Tecnología	Hidroeléctrica			Termoeléctrica			Solar			Eólica			Total		
	2018	2017	VAR. %	2018	2017	VAR. %	2018	2017	VAR. %	2018	2017	VAR. %	2018	2017	VAR. %
Enero	154.8	171.2	-9.57	17.1	16.1	6.47	0.0	0.0		180.4	45.3	298.42	352.3	232.5	51.52
Febrero	169.5	167.3	1.32	18.8	6.0	215.68	0.0	0.0		174.1	35.3	394.01	362.5	208.5	73.84
Marzo	189.8	174.5	8.75	21.9	4.6	380.43	0.0	0.0		205.1	91.2	124.92	416.8	270.3	54.23
Abril	174.4	132.2	31.91	19.2	17.8	7.66	0.0	0.0		309.0	176.7	74.91	502.6	326.7	53.84
Mayo	137.7	148.7	-7.34	3.2	20.1	-84.12	0.0	0.0		234.9	35.0	571.55	375.8	203.7	84.49
Junio	158.2	100.8	56.87	4.2	19.0	-77.75	0.0	0.0		234.1	141.2	65.74	396.5	261.0	51.90
Julio	91.6	65.4	40.21	18.1	22.9	-20.94	0.0	0.0		185.6	116.1	59.93	295.3	204.3	44.56
Agosto	119.7	77.8	53.87	17.4	17.9	-2.89	0.0	0.0		154.4	114.6	34.75	291.5	210.3	38.61
Setiembre	103.3	69.0	49.76	21.8	4.4	393.41	0.0	0.0		131.4	234.1	-43.86	256.4	307.4	-16.59
Octubre	121.1	122.2	-0.85	16.1	7.2	122.82	0.0	0.0		332.5	162.9	104.05	469.7	292.3	60.68
Noviembre	192.9	86.5	123.11	19.9	16.0	24.56	0.0	0.0		245.8	148.0	66.04	458.6	250.5	83.10
Diciembre	201.5	114.1	76.50	33.2	15.5	114.43	0.0	0.0		247.1	130.3	89.64	481.8	259.9	85.35

Gráfico N° 7.4

Cobertura de la Máxima Demanda de Potencia por Tipo de Generación y Tecnología



Cuadro N° 7.7 A

Participación de las Centrales con Recursos Energéticos Renovables (RER) en la Máxima Demanda Mensual - 2018 (MW)

Hidroeléctrica

Empresa	Central	Unidad	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	
AGUA AZUL	C.H. POTRERO	G1	0.0	10.2	10.2	10.0	0.0	8.4	4.2	0.0	0.0	4.5	0.0	7.8	
		G2	10.1	10.1	10.1	9.9	0.0	9.8	0.0	0.0	0.0	0.0	10.0	8.1	
		Total	10.1	20.4	20.2	19.9	0.0	18.2	4.2	0.0	0.0	4.5	10.0	15.9	
ANDEAN POWER	C.H. CARHUAC (6)	G1-G2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0.0	0.0	20.4	
		Total	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0.0	0.0	20.4	
EGECSAC	C.H. CANCHAYLLO	G01	2.1	2.2	2.5	2.3	2.2	2.5	2.2	2.5	0.0	0.0	2.1	2.5	
		G02	2.1	2.5	2.5	2.3	2.2	2.5	0.0	2.5	1.7	1.5	2.5	2.5	
		Total	4.1	4.7	5.0	4.6	4.5	5.0	2.2	5.0	1.7	1.5	4.6	5.0	
EGE JUNIN	C.H. RUNATULLO II	G1-G2	17.1	17.0	17.0	17.1	12.3	7.9	4.5	7.3	7.5	17.1	17.2	17.1	
		C.H. RUNATULLO III	G1-G2	20.1	20.1	20.2	20.1	18.8	11.1	7.2	10.6	10.1	20.1	20.0	20.0
		Total	37.2	37.1	37.2	37.2	31.0	19.0	11.6	17.9	17.6	37.2	37.3	37.2	
ELECTRO ZAÑA	C.H. ZAÑA (7)	G2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0.0	
		Total	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0.0	
ENELG	C.H. HER 1 (2)	G3-G4	-	-	-	-	-	0.0	0.0	0.7	0.0	0.6	0.6	0.0	
		Total	-	-	-	-	-	0.0	0.0	0.7	0.0	0.6	0.6	0.0	
GEP SA	C.H. ÁNGEL I (3)	G1	-	-	-	-	-	-	0.0	3.3	0.0	0.0	5.0	0.0	
		G2	-	-	-	-	-	-	0.0	3.6	4.0	0.0	5.0	7.4	
	C.H. ÁNGEL II (4)	G1	-	-	-	-	-	-	0.0	4.0	2.7	0.0	5.0	6.1	
		G2	-	-	-	-	-	-	0.0	4.0	2.7	0.0	5.0	6.1	
	C.H. ÁNGEL III (5)	G1	-	-	-	-	-	-	0.0	3.9	2.8	0.0	4.9	5.4	
		G2	-	-	-	-	-	-	0.0	3.9	2.4	0.0	4.9	5.4	
	C.H. LA JOYA	G1	0.0	4.4	4.4	3.1	2.8	2.7	2.6	2.6	2.6	2.6	2.6	2.6	0.0
		G2	4.7	4.5	4.0	3.8	2.8	3.7	2.7	3.2	3.6	3.8	4.3	4.4	4.4
	Total	4.7	9.0	8.3	6.8	5.5	6.4	5.2	28.5	20.8	6.5	36.8	34.8	34.8	
HIDROCAÑETE	C.H. NUEVA IMPERIAL	G1	3.2	3.2	3.6	0.0	3.6	3.6	3.2	3.2	3.2	3.6	3.6	2.4	
		Total	3.2	3.2	3.6	0.0	3.6	3.6	3.2	3.2	3.2	3.6	3.6	2.4	

...Continúa

Cuadro N° 7.7 A

Participación de las Centrales con Recursos Energéticos Renovables (RER) en la Máxima Demanda Mensual - 2018 (MW)
Hidroeléctrica

Empresa	Central	Unidad	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
HUAURA	C.H. YARUCAYA	G1	9.5	9.5	9.7	9.0	0.0	9.2	7.6	7.2	8.4	8.2	9.2	9.1
		G2	9.4	9.5	9.6	0.0	0.0	9.2	7.6	7.2	8.4	8.2	9.2	9.0
	Total	19.0	19.0	19.3	9.0	0.0	18.4	15.2	14.4	16.9	16.4	18.3	18.1	
MAJA ENERGÍA	C.H. RONCADOR	G1	1.8	1.9	1.9	1.9	1.9	1.7	1.9	0.0	0.0	0.0	1.9	1.5
		G2	1.8	1.9	1.9	1.9	1.9	1.8	0.0	1.9	1.3	1.7	0.0	0.0
	Total	3.6	3.7	3.8	3.7	3.8	3.5	1.9	1.9	1.3	1.7	1.9	1.5	
ORAZUL ENERGY	C.H. CAÑA BRAVA	G1	0.0	5.1	4.7	5.1	4.9	4.9	4.2	0.8	2.0	2.3	5.1	4.7
		G4	9.9	10.0	9.9	9.9	9.9	9.9	0.0	8.5	8.4	8.4	8.4	8.4
	Total	9.9	15.1	14.6	15.0	14.8	14.8	4.2	9.3	10.5	10.7	13.6	13.2	
RIO DOBLE	C.H. LAS PIZARRAS	G1	9.3	8.8	6.5	9.2	9.3	8.8	0.0	0.0	0.0	0.0	9.2	0.0
		G2	9.8	8.0	5.9	9.7	10.0	9.5	5.2	0.0	0.0	3.1	9.8	9.4
	Total	19.1	16.8	12.4	18.9	19.3	18.4	5.2	0.0	0.0	3.1	19.0	9.4	
SANTA ANA	C.H. RENOVANDES H1 (1)	G1	-	0.0	20.1	20.0	19.9	20.0	20.0	19.9	20.0	6.3	20.0	19.9
		Total	-	0.0	20.1	20.0	19.9	20.0	20.0	19.9	20.0	6.3	20.0	19.9
	Total	-	0.0	20.1	20.0	19.9	20.0	20.0	19.9	20.0	6.3	20.0	19.9	
SANTA CRUZ	C.H. HUASAHUASI I	G1-G2	9.6	9.4	9.8	8.5	7.7	7.2	4.0	4.1	2.0	8.6	4.7	4.7
		G1-G2	9.9	9.9	10.0	8.9	8.1	7.6	4.8	4.4	2.3	9.7	4.9	4.8
	C.H. SANTA CRUZ I	G1-G2	5.6	4.0	6.4	4.3	3.4	2.3	1.3	1.2	1.5	2.2	6.6	3.4
		G1-G2	6.5	4.8	6.7	5.0	3.9	2.7	1.6	1.5	1.8	2.5	6.7	3.9
	Total	31.6	28.2	32.9	26.8	23.1	19.8	11.7	11.3	7.5	23.0	22.9	22.9	16.8
SANTA ROSA	C.H. PURMACANA	G1	1.0	1.0	0.6	0.0	0.2	0.9	0.3	1.0	0.0	0.0	0.7	0.9
		Total	1.0	1.0	0.6	0.0	0.2	0.9	0.3	1.0	0.0	0.0	0.7	0.9
	C.H. POECHOS II	G1-G2	7.8	7.8	8.0	8.8	8.5	6.7	4.3	4.2	3.9	3.4	0.0	2.4
SINERSA	C.H. YANAPAMPA	G1	1.3	1.3	1.2	1.3	1.3	1.2	0.0	0.0	0.0	1.4	1.2	1.3
		G2	1.1	1.1	1.1	1.1	1.1	1.2	1.2	1.3	0.0	1.1	1.1	1.2
	G3	1.1	1.2	1.2	1.2	1.2	1.1	1.3	1.3	0.0	0.0	1.2	1.1	
Total	3.5	3.7	3.5	3.6	3.6	3.5	2.5	2.6	0.0	2.5	3.6	3.6		
Total			154.8	169.5	189.8	174.4	137.7	158.2	91.6	119.7	103.3	121.1	192.9	201.5

- (1) Inicio de operación comercial de la C.H. Renovandes H1, propiedad de EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA SANTA ANA S.A. desde las 00:00 horas del 20.03.2018 (Carta COES/D/DP-266-2018)
(2) Inicio de operación comercial de la C.H. Her 1, propiedad de ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-713-2018)
(3) Inicio de operación comercial de las C.H.H. Angel I, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-710-2018)
(4) Inicio de operación comercial de las C.H.H. Angel II, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-711-2018)
(5) Inicio de operación comercial de las C.H.H. Angel III, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-712-2018)
(6) Inicio de operación comercial de la C.H. Carhuac propiedad de ANDEAN POWER S.A.C. desde las 24:00 horas del 07/11/2018 (Carta COES/D/DP-950-2018)
(7) Inicio de operación comercial de la unidad G2 de C.H. Zaña propiedad de ELECTRO ZAÑA S.A.C. desde las 24:00 horas del 29/12/2018 (Carta COES/D/DP-1123-2018)

Cuadro N° 7.7 B

Participación de las Centrales con Recursos Renovables (RER) en la Máxima Demanda Mensual - 2018 (MW)
Termoeléctrica

Empresa	Central	Unidad	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
AGROAURORA	C.T. MAPLE ETANOL	TV	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	13.6
		Total	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	13.6
AIPSAA	C.T. PARAMONGA	TV1	12.7	13.0	14.5	14.8	0.0	0.0	13.8	11.5	13.7	9.3	13.1	12.8
		Total	12.7	13.0	14.5	14.8	0.0	0.0	13.8	11.5	13.7	9.3	13.1	12.8
PETRAMAS	C.T. LA GRINGA V	G1	0.0	0.0	1.5	0.0	0.0	0.0	0.0	1.5	1.5	1.5	1.4	0.0
		G2	0.0	1.5	1.5	0.0	0.0	0.0	0.0	1.5	1.4	0.0	1.3	1.4
	C.T.B DOÑA CATALINA (1)	G1	-	-	-	-	-	-	0.0	0.0	1.2	1.2	0.0	1.2
		G2	-	-	-	-	-	-	0.0	0.0	1.2	1.2	1.2	1.2
	C.T.B. HUAYCOLORO	G1	1.5	1.5	1.5	1.5	1.1	1.4	1.5	1.5	1.4	1.4	0.0	0.0
		G2	1.5	1.5	1.5	1.5	1.1	1.4	1.4	1.4	1.4	0.0	1.5	1.5
		G3	1.5	1.4	1.5	1.4	1.0	1.4	1.4	0.0	0.0	1.5	1.4	1.5
Total	4.4	5.8	7.4	4.4	3.2	4.2	4.3	5.9	8.0	6.8	6.8	6.8	33.2	
Total			17.1	18.8	21.9	19.2	3.2	4.2	18.1	17.4	21.8	16.1	19.9	33.2

- (1) Inicio de operación comercial de la C.T. Doña Catalina, propiedad de PETRAMAS S.A. desde las 00:00 horas del 29/08/2018 (Carta COES/D/DP-707-2018)

Cuadro N° 7.7 C

Participación de las Centrales con Recursos Energéticos Renovables (RER) en la Máxima Demanda Mensual - 2018 (MW)
Solares

Empresa	Central	Números de Módulos	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
ENEL GREEN	C.S. RUBI (1)	560 880	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
		Total	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
ENGIE	C.S. INTIPAMPA (2)	138 120	-	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
		Total	-	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
MAJES SOLAR	C.S. MAJES	55 584	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
		Total	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
MOQUEGUA FV	C.S. MOQUEGUA FV	63 480	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
		Total	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
PANAMERICANA SOLAR	C.S. PANAMERICANA SOLAR	71 334	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
		Total	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
REPARTICIÓN SOLAR	C.S. REPARTICIÓN	56 208	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
		Total	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
TACNA SOLAR	C.S. TACNA SOLAR	74 988	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
		Total	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Total			0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0

- (1) Inicio de operación comercial de la C.S. RUBI propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/01/2018 (Carta COES/D/DP-088-2018)
(2) Inicio de operación comercial de la de la C.S. Intipampa, propiedad de ENGIE ENERGÍA PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 31/03/2018 (COES/D/DP-298-2018)

Cuadro N° 7.7 D

Participación de las Centrales con Recursos Energéticos Renovables (RER) en la Máxima Demanda Mensual - 2018 (MW) Eólicas

Empresas	Central	Número Aerogeneradores	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
ENEL GREEN	C.E. WAYRA I (1)	42	-	11.8	68.8	124.8	125.7	114.8	91.5	77.9	36.5	129.2	118.5	84.3
	Total		-	11.8	68.8	124.8	125.7	114.8	91.5	77.9	36.5	129.2	118.5	84.3
ENERGÍA EÓLICA	C.E. CUPISNIQUE	45	77.7	44.4	13.9	56.4	33.4	58.5	16.7	28.8	35.4	72.5	36.6	53.4
	C.E. TALARA	17	6.9	15.7	2.5	12.4	20.0	27.0	8.5	2.6	24.8	15.8	9.7	3.4
PE MARCONA	C.E. MARCONA	11	84.6	60.1	16.3	68.7	53.4	85.4	25.3	31.4	60.2	88.3	46.3	56.8
	Total		22.0	23.4	27.9	26.6	12.6	9.5	15.0	11.2	7.5	29.6	16.7	25.8
PE TRES HERMANAS	C.E. TRES HERMANAS	33	73.8	78.9	92.0	88.9	43.1	24.4	53.8	33.9	27.2	85.4	64.3	80.2
	Total		73.8	78.9	92.0	88.9	43.1	24.4	53.8	33.9	27.2	85.4	64.3	80.2
Total			180.4	174.1	205.1	309.0	234.9	234.1	185.6	154.4	131.4	332.5	245.8	247.1
Día y hora de la Máxima Demanda Mensual			26/01/2018 19:45	13/02/2018 19:30	17/03/2018 19:00	24/04/2018 18:45	8/05/2018 18:45	5/06/2018 18:45	13/07/2018 19:00	28/08/2018 20:00	26/09/2018 21:00	17/10/2018 19:00	27/11/2018 19:45	17/12/2018 19:45
Total Máxima Demanda Mensual RER			352.3	362.5	416.8	502.6	375.8	396.5	295.3	291.5	256.4	469.7	458.6	481.8

(1) Inicio de operación comercial de la C.E. Wayra I, propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 19/05/2018 (Carta COES/D/DP-435-2018)

Cuadro N° 7.8

Potencia Instalada, Efectiva y Producción de Energía por Empresas, Tipo de Generación, Tecnología y Tipo de Recurso Energético de las Centrales RER - 2018

Empresas	Tipo de Generación	Central	Unidad	Tecnología	Tipo de Recurso Energético	Potencia Instalada a Diciembre 2018 (MW)	Potencia Efectiva a Diciembre 2018 (MW)	Producción de Energía Eléctrica (GWh)	Inicio de Operación Comercial	Barra de Conexión al SEIN	Tensión (kV)	Ubicación Geográfica de Central
AGUA AZUL	Hidroeléctrica	C.H. POTRERO	G1	FRANCIS	Hidráulica	10.2	10.1	51.5	29/04/2017	Potreros	60.0	Cajamarca
			G2	FRANCIS	Hidráulica	10.2	10.1	46.6				
	Hidroeléctrica Total					20.5	20.2	98.1				
AIPSA	Termoeléctrica	C.T. PARAMONGA	TV1	TV	Bagazo	23.0	12.7	89.6	17/03/2010	Paramonga Existente	138.0	Lima
	Termoeléctrica Total					23.0	12.7	89.6				
ANDEAN POWER	Hidroeléctrica	C.H. CARHUAC (10)	G1	FRANCIS	Hidráulica	10.0	10.0	13.5	7/11/2018	Callahuanca	6.6	Lima
			G2	FRANCIS	Hidráulica	10.0	10.0	20.0				
AGRO AURORA	Termoeléctrica	C.T. MAPLE ETANOL	TV	TV	Bagazo	37.5	16.1	4.2	17/08/2012	Piura Oeste	60.0	Piura
	Termoeléctrica Total					37.5	16.1	4.2				
EGECSAC	Hidroeléctrica	C.H. CANCHAYLLO	G01	FRANCIS	Hidráulica	2.5	2.5	15.9	4/01/2012	Oroya Nueva/ Chumpe	69.0	La Libertad
			G02	FRANCIS	Hidráulica	2.5	2.7	16.6	1/11/2011			
EGEJUNÍN	Hidroeléctrica	C.H. RUNATULLO II	G1	PELTON	Hidráulica	10.0	10.0	106.1	24/12/2014	Runatullo III	60.0	Junín
			G2			10.0	10.0					
ELECTRO ZAÑA	Hidroeléctrica	C.H. ZAÑA (11)	G1	PELTON	Hidráulica	10.1	10.0	133.8	22/11/2014	Concepción	60.0	Junín
			G2			10.1	10.0					
ENEL G	Hidroeléctrica	C.H. HER I (6)	G3	HÉLICE	Hidráulica	0.4	0.4	1.7	30/08/2018	Huampaní	0.4	Lima
			G4	HÉLICE	Hidráulica	0.4	0.4	1.7				
ENEL GREEN	Eólica	C.E. WAYRA I (4)	42 Aerogeneradores	AEROGENERADORES	Viento	132.3	132.3	472.0	19/05/2018	Flamenco	33.0	Ica
	Solar	C.S. RUBÍ (1)	560 880 Módulos	PANELES	Solar	144.5	144.5	424.2	30/01/2018	Rubí	33.0	Moquegua
ENERGÍA EÓLICA	Eólica	C.E. CUPISNIQUE	45 Aerogeneradores	AEROGENERADORES	Viento	83.2	83.2	284.5	3/09/2014	Guadalupe	220.0	La Libertad
		C.E. TALARA	17 Aerogeneradores	AEROGENERADORES	Viento	30.9	30.9	123.1	3/09/2014	Pariñas	220.0	Talara
ENGIE	Solar	C.S. INTIPAMPA (3)	560 880 Módulos	PANELES	Solar	44.5	44.5	87.3	31/03/2018	Intipampa	22.9	Moquegua
						44.5	44.5	87.3				
GEPISA	Hidroeléctrica	C.H. LA JOYA	G1	FRANCIS	Hidráulica	5.0	3.8	23.1	1/10/2009	Repartición	138.0	Arequipa
			G2	FRANCIS	Hidráulica	5.0	3.9	31.4				
		C.H. ÁNGEL I (7)	G1	PELTON	Hidráulica	20.2	20.8	9.1	30/08/2018	Ángel	6.6	Puno
			G2	PELTON	Hidráulica			13.0				
		C.H. ÁNGEL II (8)	G1	PELTON	Hidráulica	20.2	20.8	14.6	30/08/2018	Ángel	6.6	Puno
			G2	PELTON	Hidráulica			15.2				
		C.H. ÁNGEL III (9)	G1	PELTON	Hidráulica	20.2	20.8	13.6	30/08/2018	Ángel	6.6	Puno
G2	PELTON		Hidráulica	13.3								
Hidroeléctrica Total						70.5	70.2	133.2				

... continúa

Cuadro N° 7.8

Potencia Instalada, Efectiva y Producción de Energía por Empresas, Tipo de Generación, Tecnología y Tipo de Recurso Energético de las Centrales RER - 2018

Empresas	Tipo de Generación	Central	Unidad	Tecnología	Tipo de Recurso Energético	Potencia Instalada a Diciembre 2018 (MW)	Potencia Efectiva a Diciembre 2018 (MW)	Producción de Energía Eléctrica (GWh)	Inicio de Operación Comercial	Barra de Conexión al SEIN	Tensión (kV)	Ubicación Geográfica de Central
GTS MAJES (*)	Solar	C.S. MAJES	55 584 Módulos	PANELES	Solar	20.0	20.0	44.5	31/10/2012	Pedregal	138.0	Arequipa
	Solar Total					20.0	44.5					
GTS REPARTICIÓN (*)	Solar	C.S. REPARTICIÓN	56 208 Módulos	PANELES	Solar	20.0	20.0	41.3	31/10/2012	Repartición	138.0	Arequipa
	Solar Total					20.0	41.3					
HIDROCAÑETE	Hidroeléctrica	C.H. NUEVA IMPERIAL	G1	FRANCIS	Hidráulica	4.0	4.0	25.2	20/04/2012	Cantera	220.0	Lima
	Hidroeléctrica Total					4.0	4.0	25.2				
HUAURA POWER	Hidroeléctrica	C.H. YARUCAYA	G1-G2	FRANCIS	Hidráulica	18.1	15.0	135.7	17/08/2017	Yarucaya	66.0	Lima
	Hidroeléctrica Total					18.1	15.0	135.7				
MAJA ENERGÍA	Hidroeléctrica	C.H. RONCADOR	G1-G2	FRANCIS	Hidráulica	3.8	3.5	22.0	G1: 28/04/2010 G2: 11/12/2010	Supé	20.0	Lima
	Hidroeléctrica Total					3.8	3.5	22.0				
MOQUEGUA FV (*)	Solar	C.S. MOQUEGUA FV	63 480 Módulos	PANELES	Solar	16.0	16.0	47.7	31/12/2014	Pnamericana Solar	138.0	Moquegua
	Solar Total					16.0	47.7					
ORAZUL ENERGY	Hidroeléctrica	C.H. CAÑA BRAVA	G1	KAPLAN	Hidráulica	6.0	5.7	29.9	19/02/2009	Carhuauero	220.0	Cajamarca
	Hidroeléctrica Total	C.H. CARHUAUERO IV	G4	PELTON	Hidráulica	10.0	10.0	71.1	22/05/2008			
PANAMERICANA SOLAR (*)	Solar	C.S. PANAMERICANA SOLAR	71 334 Módulos	PANELES	Solar	20.0	20.0	52.0	31/12/2012	Ilo 3	138.0	Moquegua
	Solar Total					20.0	52.0					
PE MARCONA (*)	Eólica	C.E. MARCONA	11 Aerogeneradores	AEROGENERADORES	Viento	32.0	32.0	148.4	25/04/2014	Marcona	220.0	Ica
	Eólica Total					32.0	148.4					
PE TRES HERMANAS (*)	Eólica	C.E. TRES HERMANAS	33 Aerogeneradores	AEROGENERADORES	Viento	97.2	97.2	465.7	11/03/2016	Marcona	220.0	Ica
	Eólica Total					97.2	465.7					
PETRAMAS	Termoeléctrica	C.TB. HUAYACOLORO	G1	DIESEL	Biogás	1.6	1.4	10.3	12/11/2011	Huayacoloro	22.9	Lima
			G2	DIESEL	Biogás	1.6	1.4	10.6				
			G3	DIESEL	Biogás	1.6	1.4	9.3				
		C.T. LA GRINGA V	G1	DIESEL	Biogás	1.6	1.5	6.9	31/08/2015	Huayacoloro	22.9	Lima
			G2	DIESEL	Biogás	1.6	1.5	7.2				
			G1	DIESEL	Biogás	1.2	1.2	2.9				
		C.TB DOÑA CATALINA (5)	G2	DIESEL	Biogás	1.2	1.2	3.3	29/08/2018	Huayacoloro	22.9	Lima
Termoeléctrica Total					10.4	9.6	50.6					
RIO DOBLE	Hidroeléctrica	C.H. LAS PIZARRAS	G1	FRANCIS	Hidráulica	10.0	9.5	44.6	30/04/2013	Espina Colorada	138.0	Cajamarca
	Hidroeléctrica Total		G2	FRANCIS	Hidráulica	10.0	9.7	59.0	30/04/2013			
SANTA ANA	Hidroeléctrica	C.H. RENOVANDE H1 (2)	G1	PELTON	Hidráulica	20.0	20.0	133.8	20/03/2018	Chancharmayo	13.8	Junín
	Hidroeléctrica Total							133.8				
SANTA CRUZ	Hidroeléctrica	C.H. HUASAHUASI I	G1	FRANCIS	Hidráulica	5.2	4.8	53.6	12/01/2012	Ninatambo	60.0	Junín
			G2	FRANCIS	Hidráulica	5.2	5.1		15/02/2012			
		C.H. HUASAHUASI II	G1	FRANCIS	Hidráulica	5.2	5.1	56.6	18/04/2012			
			G2	FRANCIS	Hidráulica	5.2	5.2		5/05/2012			
		C.H. SANTA CRUZ I	G1	FRANCIS	Hidráulica	3.5	3.3	31.5	19/02/2009			
			G2	FRANCIS	Hidráulica	3.5	3.3		30/05/2009			
		C.H. SANTA CRUZ II	G1	FRANCIS	Hidráulica	3.5	3.3	35.2	10/06/2010			
			G2	FRANCIS	Hidráulica	3.5	3.2		14/05/2010			
Hidroeléctrica Total					34.8	33.2	176.9					
SANTA ROSA	Hidroeléctrica	C.H. PURMACANA	G1	FRANCIS	Hidráulica	1.8	1.7	2.4	18/03/2011	Supé	20.0	Lima
	Hidroeléctrica Total					1.8	1.7	2.4				
SINERSA	Hidroeléctrica	C.H. POECHOS II	G1	KAPLAN	Hidráulica	5.0	4.8	46.3	30/04/2010	Sullana	60.0	Piura
	Hidroeléctrica Total		G2	KAPLAN	Hidráulica	5.0	4.8					
TACNA SOLAR (*)	Solar	C.S. TACNA SOLAR	74 988 Módulos	PANELES	Solar	20.0	20.0	48.2	31/10/2012	Los Héroes	66.0	Tacna
	Solar Total					20.0	48.2					
YANAPAMPA	Hidroeléctrica	C.H. YANAPAMPA	G1	FRANCIS	Hidráulica	1.4	1.3	7.8	22/02/2013	Paramonga Nueva	66.0	Ancash
			G2	FRANCIS	Hidráulica	1.4	1.3	8.4	18/02/2013			
			G3	FRANCIS	Hidráulica	1.4	1.3	8.9	23/02/2013			
Hidroeléctrica Total					4.2	3.9	25.1					
Total Eólica RER (*)						375.5	375.5	1 493.6				
Total Hidroeléctrica RER						269.4	262.0	1 290.9				
Total Solar RER (*)						285.0	285.0	745.2				
Total Termoeléctrica RER						70.9	38.3	144.4				
Total RER						1 000.8	960.8	3 674.1				
Total						12 508.1	11 958.3	50 816.8				
Participación de Centrales RER (%)						8.0%	8.0%	7.2%				

(*) Los registros de potencia para las centrales solares y eólicas corresponden a la Potencia Instalada Nominal.

Nota:

- (1) Inicio de operación comercial de la C.S. RUBI propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/01/2018 (Carta COES/D/DP-088-2018)
- (2) Inicio de operación comercial de la C.H. Renovandes H1, propiedad de EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA SANTA ANA S.A. desde las 00:00 horas del 20/03/2018 (Carta COES/D/DP-266-2018)
- (3) Inicio de operación comercial de la C.S. Intipampa, propiedad de ENGIE ENERGÍA PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 31/03/2018 (COES/D/DP-298-2018)
- (4) Inicio de operación comercial de la C.E. Wayra I, propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 19/05/2018 (Carta COES/D/DP-435-2018)
- (5) Inicio de operación comercial de la C.T. Doña. Catalina, propiedad de PETRAMAS S.A. desde las 00:00 horas del 29/08/2018 (Carta COES/D/DP-707-2018)
- (6) Inicio de operación comercial de la C.H. Her 1, propiedad de ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-713-2018)
- (7) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Ángel I, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-710-2018)
- (8) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Ángel II, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-711-2018)
- (9) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Ángel III, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-712-2018)
- (10) Inicio de operación comercial de la C.H. Carhuac propiedad de ANDEAN POWER S.A.C. desde las 24:00 horas del 07/11/2018 (Carta COES/D/DP-950-2018)
- (11) Inicio de operación comercial de la unidad G2 de C.H. Zaña propiedad de ELECTRO ZAÑA S.A.C. desde las 24:00 horas del 29/12/2018 (Carta COES/D/DP-1123-2018)

Cuadro N° 7.9
Evolución del Potencia Instalada de las Centrales con Recursos Energéticos Renovables (RER)
2008 - 2018 (MW)

Central RER	Subasta RER	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
C.H. CARHUAQUERO IV (**)	1S-C1	10,0	10,0	10,00	10,0	10,0	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00
C.H. SANTA CRUZ I (**)	1S-C1	-	7,0	7,00	7,0	7,0	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00
C.H. CAÑA BRAVA (**)	1S-C1	-	6,0	6,00	6,0	6,0	6,00	6,00	6,00	6,00	6,00	6,00
C.H. LA JOYA (**)	1S-C1	-	10,0	10,00	10,0	10,0	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00
C.T. PARAMONGA	1S-C1	-	-	23,00	23,0	23,0	23,00	23,00	23,00	23,00	23,00	23,00
C.H. POECHOS II	1S-C1	-	-	10,00	10,0	10,0	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00
C.H. SANTA CRUZ II	1S-C1	-	-	7,00	7,0	7,0	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00
C.H. RONCADOR	1S-C1	-	-	3,80	3,8	3,8	3,80	3,80	3,80	3,80	3,80	3,80
C.H. PURMACANA	1S-C1	-	-	-	1,8	1,8	1,80	1,80	1,80	1,80	1,80	1,80
C.H. PIAS I (*) (1)	1S-C1	-	-	-	6,3	12,6	12,60	12,60	12,60	12,60	12,60	12,60
C.TB. HUAYCOLORO	1S-C1	-	-	-	4,8	4,8	4,80	4,80	4,80	4,80	4,80	4,80
C.H. HUASAHUASI I	1S-C1	-	-	-	-	10,3	10,30	10,30	10,30	10,30	10,30	10,30
C.H. HUASAHUASI II	1S-C1	-	-	-	-	10,5	10,48	10,48	10,48	10,48	10,48	10,48
C.H. NUEVA IMPERIAL	1S-C1	-	-	-	-	4,0	3,97	3,97	3,97	3,97	3,97	3,97
C.T. MAPLE ETANOL (*)	1S-C1	-	-	-	-	37,5	37,50	37,50	37,50	37,50	37,50	37,50
C.S. MAJES	1S-C1	-	-	-	-	20,0	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00
C.S. REPARTICION	1S-C1	-	-	-	-	20,0	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00
C.S. TACNA SOLAR	1S-C1	-	-	-	-	20,0	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00
C.S. PANAMERICANA SOLAR	1S-C1	-	-	-	-	20,0	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00
C.H. YANAPAMPA	1S-C1	-	-	-	-	-	4,17	4,17	4,17	4,17	4,17	4,17
C.H. LAS PIZARRAS	1S-C2	-	-	-	-	-	19,99	19,99	19,99	19,99	19,99	19,99
C.E. MARCONA	2S	-	-	-	-	-	-	32,00	32,00	32,00	32,00	32,00
C.E. TALARA	1S-C1	-	-	-	-	-	-	30,86	30,86	30,86	30,86	30,86
C.E. CUPISNIQUE	1S-C1	-	-	-	-	-	-	83,15	83,15	83,15	83,15	83,15
C.H. RUNATULLO III	2S	-	-	-	-	-	-	20,16	20,16	20,16	20,16	20,16
C.H. RUNATULLO II	3S	-	-	-	-	-	-	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00
C.S. MOQUEGUA FV	2S	-	-	-	-	-	-	16,00	16,00	16,00	16,00	16,00
C.H. CANCHAYLLO	2S	-	-	-	-	-	-	-	5,00	5,00	5,00	5,00
C.T. LA GRINGA V	2S	-	-	-	-	-	-	-	3,20	3,20	3,20	3,20
C.E. TRES HERMANAS	2S	-	-	-	-	-	-	-	-	97,15	97,15	97,15
C.H. CHANCAY (2)	1S-C1	-	-	-	-	-	-	-	-	20,00	-	-
C.H. RUCUY (3)	4S	-	-	-	-	-	-	-	-	20,00	-	-
C.H. POTRERO	3S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	20,46	20,46
C.H. YARUCAYA	3S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	18,07	18,07
C.S. RUBÍ (4)	4S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	144,48
C.H. RENOVANDES H1 (5)	2S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	20,00
C.S. INTIPAMPA (6)	4S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	44,54
C.E. WAYRA I (7)	4S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	132,30
C.T. DOÑA CATALINA HUANTA (8)	4S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2,40
C.H. HER I (9)	4S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0,70
C.H. ÁNGEL I (10)	1S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	20,82
C.H. ÁNGEL II (11)	1S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	20,82
C.H. ÁNGEL III (12)	1S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	20,82
C.H. CARHUAC (13)	3S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	20,00
C.H. ZAÑA (14)	3S	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	7,50
Total RER		10,0	33,0	76,8	89,7	238,3	262,4	464,6	472,8	609,9	595,9	1 030,2
Total		5 342,8	6 000,6	6 699,2	6 746,32	7 620,1	8 339,9	9 247,7	10 150,0	12 774,9	12 508,1	13 051,6
Participación RER		0,2%	0,5%	1,1%	1,3%	3,1%	3,1%	5,0%	4,7%	4,8%	4,8%	7,9%

(*) Centrales eléctricas RER No Adjudicadas.

(**) Estas centrales se encuentran en operación cuando se realizó la Adjudicación de la Primera Subasta RER (12/02/2010).

(1) Conclusión de operación comercial de la C.H. PIAS 1 propiedad de la empresa AGUAS Y ENERGÍAS PERÚ S.A., desde las 00:00 horas del 01/06/2017 (COES-D/DP-537-2017)

(2) Conclusión de operación comercial de la C.H. Chancay, propiedad de Sindicato Energético S.A., desde las 00:00 horas del 22/07/2017 (COES-D/DP-853-2017)

(3) Conclusión de operación comercial de la C.H. Rucuy, propiedad de Empresa de Generación Eléctrica Río Baños S.A.C., desde las 00:00 horas del 22/07/2017 (COES-D/DP-854-2017)

(4) Inicio de operación comercial de la C.S. RUBÍ propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/01/2018 (Carta COES/D/DP-088-2018)

(5) Inicio de operación comercial de la C.H. Renovandes H1, propiedad de EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA SANTA ANA S.A. desde las 00:00 horas del 20/03/2018 (Carta COES/D/DP-266-2018)

(6) Inicio de operación comercial de la de la C.S. Intipampa, propiedad de ENGE ENERGÍA PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 31/03/2018 (COES/D/DP-298-2018)

(7) Inicio de operación comercial de la C.E. Wayra I, propiedad de ENEL GREEN POWER PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 19/05/2018 (Carta COES/D/DP-435-2018)

(8) Inicio de operación comercial de la C.T. Doña. Catalina, propiedad de PETRAMAS S.A. desde las 00:00 horas del 29/08/2018 (Carta COES/D/DP-707-2018)

(9) Inicio de operación comercial de la C.H. Her 1, propiedad de ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-713-2018)

(10) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Angel I, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-710-2018)

(11) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Angel II, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-711-2018)

(12) Inicio de operación comercial de las C.C.H.H. Angel III, propiedad de GENERADORA DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. desde las 00:00 horas del 30/08/2018 (Carta COES/D/DP-712-2018)

(13) Inicio de operación comercial de la C.H. Carhuac propiedad de ANDEAN POWER S.A.C. desde las 24:00 horas del 07/11/2018 (Carta COES/D/DP-950-2018)

(14) Inicio de operación comercial de la unidad G2 de C.H. Zaña propiedad de ELECTRO ZAÑA S.A.C. desde las 24:00 horas del 29/12/2018 (Carta COES/D/DP-1123-2018)

Nota:

1S-C1: Primera Subasta RER - 1era convocatoria.

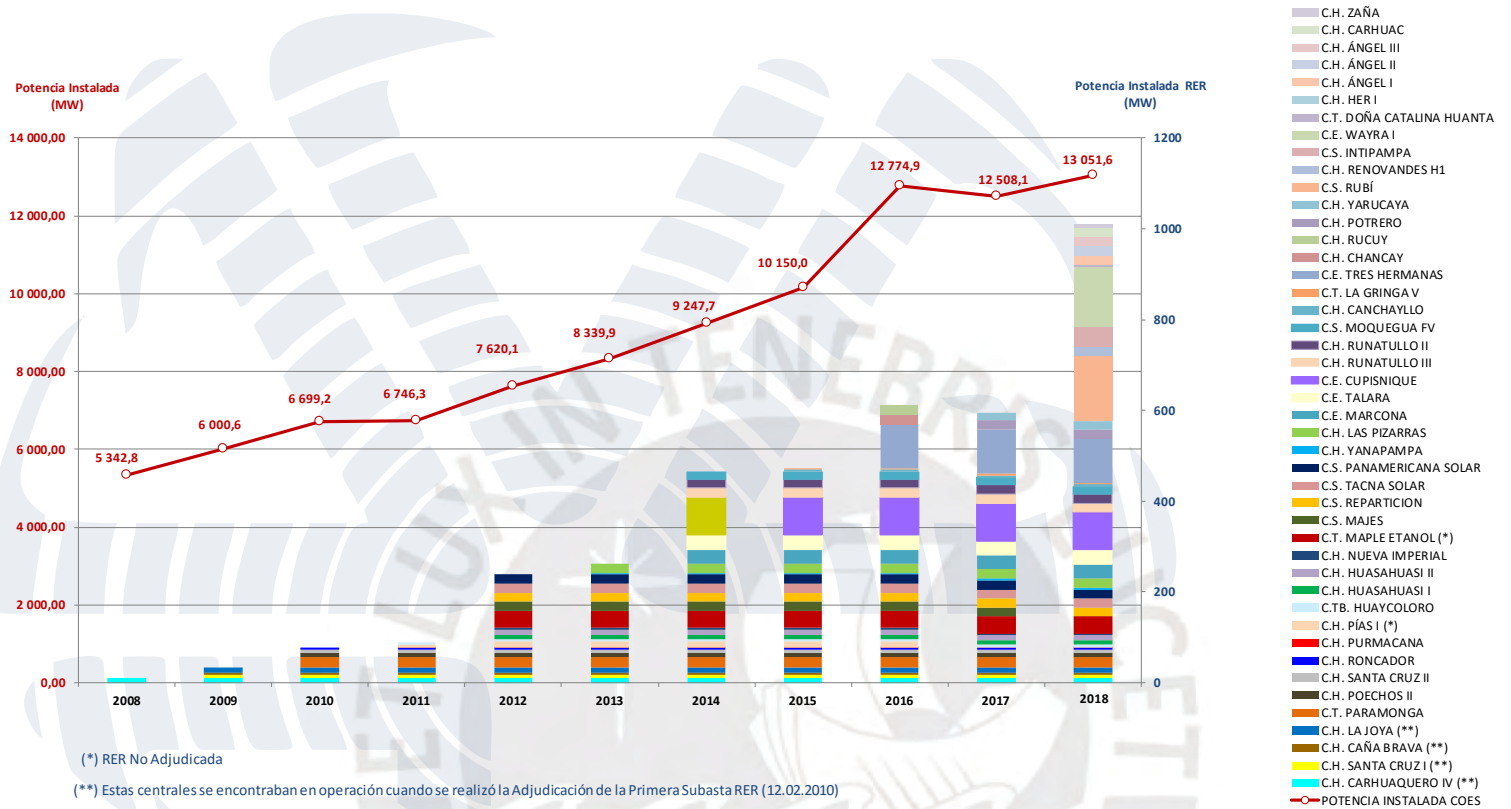
1S-C2: Primera Subasta RER - 2da convocatoria.

2S: Segunda Subasta RER.

3S: Tercera Subasta RER.

4S: Cuarta Subasta RER.

Gráfico N° 7.5
Evolución de las Centrales con Recursos Energéticos Renovables
2008-2018







ANEXO 05

**Estadísticas Anuales. Mapa de Generación
Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables
2018.**



(*) El valor de potencias efectivas de las centrales solares y eólicas corresponden a la potencia nominal declarada en la fecha de ingreso de operación comercial.



ANEXO 06

**COES. Estadística de Operación 2017. Parte 08:
Producción con Recursos Renovables del SEIN,
Gráfico N.º 8.1.**



08 PRODUCCIÓN CON RECURSOS RENOVABLES DEL SEIN

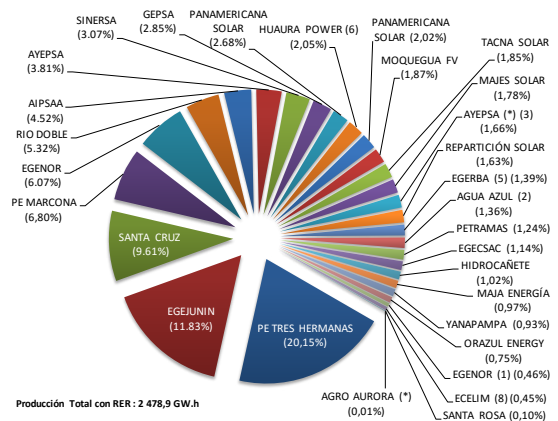
CUADRO N° 8.1

PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) 2017

EMPRESA	ENERGÍA (GW.h)	PARTICIPACIÓN (%)
AGUA AZUL (2)	33.7	1.36
AIPSAA	81.5	3.29
AGRO AURORA (*)	0.2	0.01
AYEPSA (*) (3)	41.1	1.66
ECELIM (8)	11.2	0.45
EGECSAC	28.2	1.14
EGEJUNIN	226.2	9.12
EGENOR (1)	11.4	0.46
EGERBA (5)	34.6	1.39
ENEL GREEN (9)	61.4	2.48
ENERGÍA EÓLICA	397.0	16.02
GEPSA	52.1	2.10
HIDROCAÑETE	25.4	1.02
HUAURA POWER (6)	50.9	2.05
MAJA ENERGÍA	24.1	0.97
MAJES SOLAR	44.0	1.78
MOQUEGUA FV	46.5	1.87
ORAZUL EGENOR (7)	86.9	3.51
ORAZUL ENERGY	18.6	0.75
PANAMERICANA SOLAR	50.1	2.02
PE MARCONA	168.6	6.80
PE TRES HERMANAS	499.6	20.15
PETRAMAS	30.8	1.24
REPARTICIÓN SOLAR	40.3	1.63
RIO DOBLE	108.3	4.37
SANTA CRUZ	157.8	6.36
SANTA ROSA	2.4	0.10
SINERSA (4)	77.1	3.11
TACNA SOLAR	45.8	1.85
YANAPAMPA	23.1	0.93
TOTAL RER	2 478.9	100.00
TOTAL	48 993.3	
Participación RER	5.06%	

GRAFICO N° 8.2

POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER - 2017



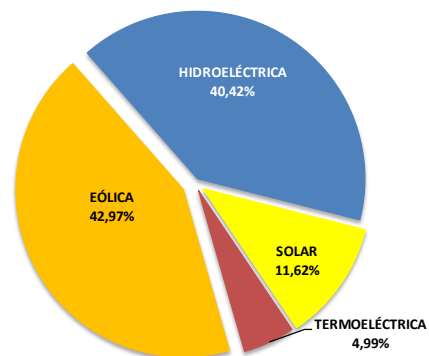
CUADRO N° 8.2

POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER 2017

TIPO	ENERGÍA (GW.h)	PARTICIPACIÓN (%)
HIDROELÉCTRICA	1 065.2	42.97
EÓLICA	1 001.9	40.42
TERMOELÉCTRICA	288.2	11.62
SOLAR	123.6	4.99
TOTAL RER	2 478.9	100.00

GRAFICO N° 8.1

PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) 2017 POR EMPRESAS



(*) Empresas operadoras de centrales eléctricas RER No Adjudicadas

1) A partir del 02/02/2017 la empresa Duke Energy Egenor S en C por A. cambio de Razón Social a Orazul Energy Egenor S en C por A.

2) Ingreso a operación comercial de la C.H. POTRERO de propiedad de la empresa Agua Azul S.A., desde las 00:00 horas del 29.04.2017 (COES-D/DP-444-2017)

3) Ingreso a operación comercial de la C.H. PÍAS 1 propiedad de la empresa AGUAS Y ENERGÍAS PERÚ S.A., desde las 00:00 horas del 01.06.2017 (COES-D/DP-537-2017)

4) Retiro de operación comercial de la C.H. Chancay, propiedad de Sindicato Energético S.A., desde las 00:00 horas del 22.07.2017 (COES-D/DP-853-2017)

5) Retiro de operación comercial de la C.H. Rucuy, propiedad de Empresa de Generación Eléctrica Río Baños S.A.C., desde las 00:00 horas del 22.07.2017 (COES-D/DP-854-2017)

6) Ingreso a operación comercial de la C.H. YARUCAYA propiedad de la empresa HUAURA POWER GROUP S.A. desde las 00:00 horas del 17.08.2017 (COES-D/DP-950-2017)

7) El 17.08.2017 las empresa Orazul Energy Egenor S. en C. por A. y la empresa Orazul Energy Perú S.A. se fusionan (De la cual la segunda absorbe los activos y pasivos de la primera)

8) El 14.12.2017 la EMPRESA CONCESIONARIA ENERGÍA LIMPIA S.A.C. y la empresa PETRAMAS S.A.C. se fusionan (De la cual la segunda absorbe los activos y pasivos de la primera)

9) Se incluye la operación por pruebas de la C.S. RUBÍ propiedad de ENEL GREEN POWER PERU S.A.



ANEXO 07

**COES. Estadística de Operación 2016. Parte 08:
Producción con Recursos Renovables del SEIN,
Gráfico N.º 8.1.**



08

PRODUCCIÓN CON RECURSOS RENOVABLES DEL SEIN

CUADRO N° 8.1

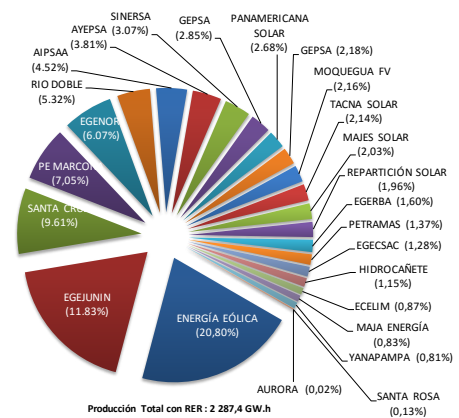
PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) 2016

EMPRESA	ENERGÍA (GW.h)	PARTICIPACIÓN (%)
AIPSAA	86.0	3.76
AURORA (*)	0.5	0.02
AYEPSA (*)	60.8	2.66
ECELIM	19.9	0.87
EGECSAC	29.2	1.28
EGEJUNIN	195.2	8.53
EGENOR	98.0	4.28
EGERBA	36.6	1.60
ENERGÍA EÓLICA	475.7	20.80
GEPSA	50.0	2.18
HIDROCAÑETE	26.3	1.15
MAJA ENERGÍA	19.0	0.83
MAJES SOLAR	46.4	2.03
MOQUEGUA FV	49.4	2.16
PANAMERICANA SOLAR	52.3	2.29
PE MARCONA	161.2	7.05
PE TRES HERMANAS	417.3	18.24
PETRAMAS	31.3	1.37
REPARTICIÓN SOLAR	44.7	1.96
RIO DOBLE	77.5	3.39
SANTA CRUZ	148.0	6.47
SANTA ROSA	3.0	0.13
SINERSA	91.7	4.01
TACNA SOLAR	49.0	2.14
YANAPAMPA	18.6	0.81
TOTAL RER	2 287.4	100.00
TOTAL	48 326.4	
Participación RER	4.73%	

(*) Empresas operadoras de centrales eléctricas RER No Adjudicadas

GRAFICO N° 8.2

POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER - 2016



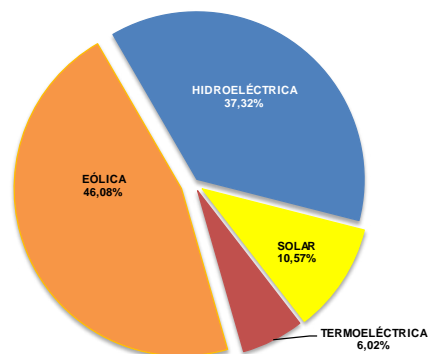
CUADRO N° 8.2

POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER 2016

TIPO	ENERGÍA (GW.h)	PARTICIPACIÓN (%)
HIDROELÉCTRICA	1 054.1	46.08
EÓLICA	853.8	37.32
TERMOELÉCTRICA	241.8	10.57
SOLAR	137.7	6.02
TOTAL RER	2 287.4	100.00

GRAFICO N° 8.1

PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) 2016 POR EMPRESAS





ANEXO 08

**COES. Estadística de Operación 2015. Parte 08:
Producción con Recursos Renovables del SEIN,
Gráfico N.º 8.2.**



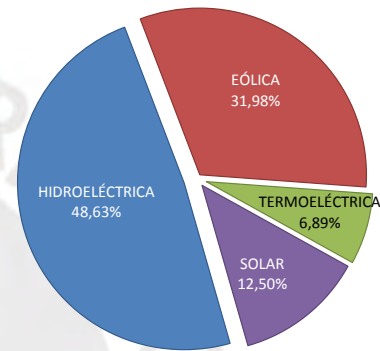
PRODUCCIÓN CON RECURSOS RENOVABLES DEL SEIN

CUADRO N° 8.1
PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) 2015

EMPRESA	ENERGÍA (GW.h)	PARTICIPACIÓN (%)
AIPSAA	83.5	4.52
AURORA (*)	7.1	0.38
AYEPSA (*)	70.4	3.81
ECELIM	7.4	0.40
EGECSAC	31.1	1.68
EGEJUNIN	218.5	11.83
EGENOR	112.1	6.07
ENERGÍA EÓLICA	446.1	24.15
GEPSA	52.6	2.85
HIDROCAÑETE	27.1	1.47
MAJA ENERGÍA	22.9	1.24
MAJES SOLAR	45.9	2.48
MOQUEGUA FV	46.9	2.54
PANAMERICANA SOLAR	49.5	2.68
PE MARCONA	140.4	7.60
PE TRES HERMANAS	4.3	0.23
PETRAMAS	29.3	1.59
REPARTICIÓN SOLAR	44.6	2.42
RÍO DOBLE	98.2	5.32
SANTA CRUZ	177.5	9.61
SANTA ROSA	5.9	0.32
SINERSA	56.8	3.07
TACNA SOLAR	44.0	2.38
YANAPAMPA	25.2	1.36
TOTAL RER COES	1 847.2	100.00
TOTAL COES	44 540.0	
Participación RER/COES	4.15%	

(*) Empresas operadoras de centrales eléctricas RER No Adjudicadas

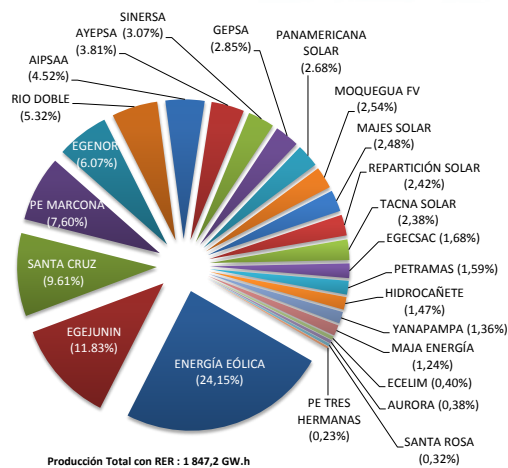
GRAFICO N° 8.2
POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER - 2015



CUADRO N° 8.2
POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER 2015

TIPO	ENERGÍA (GW.h)	PARTICIPACIÓN (%)
HIDROELÉCTRICA	898.2	48.63
EÓLICA	590.7	31.98
TERMOELÉCTRICA	127.3	6.89
SOLAR	231.0	12.50
TOTAL RER	1 847.2	100.00

GRAFICO N° 8.1
PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) 2015
POR EMPRESAS





ANEXO 09

**COES. Estadística de Operación 2014. Parte 08:
Producción con Recursos Renovables del SEIN,
Gráfico N.º 8.2.**



08

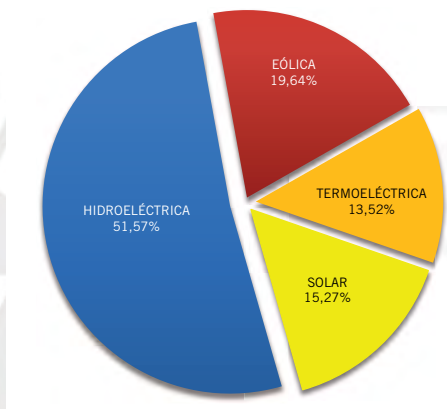
PRODUCCIÓN CON RECURSOS RENOVABLES DEL SEIN

CUADRO N° 8.1
PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) 2014

EMPRESA	ENERGÍA (GW.h)	PARTICIPACIÓN (%)
AIPSAA	97,2	7,44
AYEPSA (*)	86,3	6,61
EGECSAC	0,1	0,01
EGEJUNIN	21,5	1,65
EGENOR	106,3	8,14
ENERGÍA EÓLICA	176,7	13,54
GEPSA	57,9	4,44
HIDROCAÑETE	26,5	2,03
MAJA ENERGÍA	16,1	1,23
MAJES SOLAR	47,9	3,67
MAPLE ETANOL (*)	49,0	3,75
MOQUEGUA FV	5,0	0,38
PANAMERICANA SOLAR	51,5	3,95
PE MARCONA	79,6	6,10
PETRAMAS	30,3	2,32
REPARTICIÓN SOLAR	47,3	3,63
RIO DOBLE	100,0	7,66
SANTA CRUZ	176,0	13,49
SANTA ROSA	3,8	0,29
SINERSA	50,4	3,86
TACNA SOLAR	47,5	3,64
YANAPAMPA	28,1	2,15
TOTAL RER COES	1 305,0	100,00
TOTAL COES	41 795,9	
Participación RER/COES	3,12%	

(*) Empresas operadoras de centrales eléctricas RER No Adjudicadas

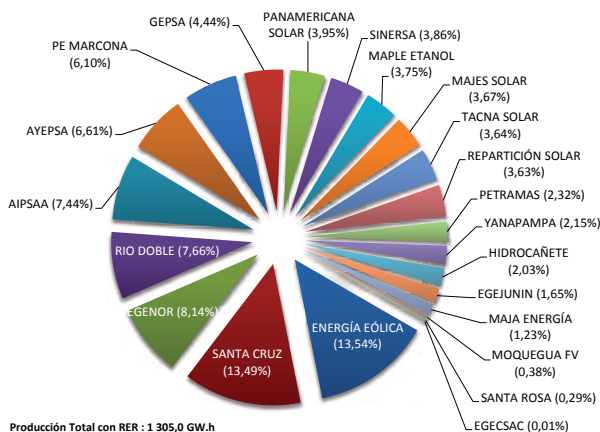
GRAFICO N° 8.2
POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER - 2014



CUADRO N° 8.2
POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER 2014

TIPO	ENERGÍA (GW.h)	PARTICIPACIÓN (%)
HIDROELÉCTRICA	673,0	51,57
EÓLICA	256,3	19,64
TERMOELÉCTRICA	176,4	13,52
SOLAR	199,3	15,27
TOTAL RER	1 305,0	100,00

GRAFICO N° 8.1
PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) 2014
POR EMPRESAS





ANEXO 10

**COES. Estadística de Operación 2013. Parte 08:
Producción con Recursos Renovables del SEIN,
Gráfico N.º 8.2.**

08

PRODUCCIÓN CON ENERGÍAS RENOVABLES EN EL COES



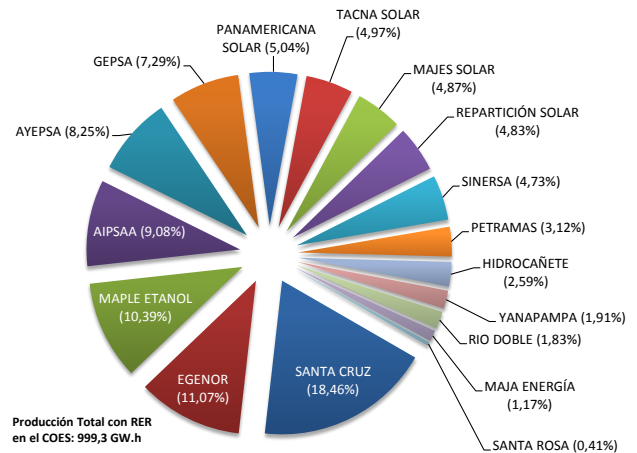
CUADRO N° 8.1

PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) EN EL COES 2013 POR EMPRESAS

EMPRESA	ENERGÍA (Gw.h)	PARTICIPACIÓN (%)
AIPSAA	90,8	9,08
AYEPSA	82,4	8,25
EGENOR	110,6	11,07
GEPSA	72,8	7,29
HIDROCAÑETE	25,8	2,59
MAJA ENERGÍA	11,7	1,17
MAJES SOLAR	48,6	4,87
MAPLE ETANOL	103,9	10,39
PANAMERICANA SOLAR	50,4	5,04
PETRAMAS	31,2	3,12
REPARTICIÓN SOLAR	48,2	4,83
RIO DOBLE	18,3	1,83
SANTA CRUZ	184,5	18,46
SANTA ROSA	4,1	0,41
SINERSA	47,3	4,73
TACNA SOLAR	49,6	4,97
YANAPAMPA	19,1	1,91
TOTAL RER COES	999,3	100,00
TOTAL COES	39 669,4	
Participación RER/COES	2,52%	

GRAFICO N° 8.1

PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA CON RECURSOS ENERGÉTICOS RENOVABLES (RER) EN EL COES 2013 POR EMPRESAS



CUADRO N° 8.2

POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER EN EL COES 2013

TIPO	ENERGÍA (Gw.h)	PARTICIPACIÓN (%)
HIDROELÉCTRICA	576,6	57,70
TERMOELÉCTRICA	225,8	22,59
SOLAR	196,9	19,71
TOTAL RER	999,3	100,00

GRAFICO N° 8.2

POR TIPO DE GENERACIÓN CON RER EN EL COES 2013

