

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"

INFORME N° 023-2015-SUNASS-100

PARA : **Alberto ROJAS MOROTE**
Gerente General

DE : **Iván LUCICH LARRAURI**
Gerente de Políticas y Normas

Renzo ROJAS JIMÉNEZ
Gerente de Supervisión y Fiscalización

Héctor FERRER TAFUR
Gerente de Asesoría Jurídica

ASUNTO : Modificación del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD y sus modificatorias.

FECHA : Magdalena del Mar, 26 de agosto de 2015

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, se aprobó el Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS (en adelante, RGSFS)¹, el cual tiene por objetivo establecer los procedimientos y uniformizar los criterios para desarrollar las acciones de supervisión, así como las de fiscalización y sanción², respecto de la prestación de los servicios de saneamiento por parte de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS).
- 1.2 Con Resolución de Consejo Directivo N° 028-2007-SUNASS-CD³, se modificaron disposiciones del RGSFS con la finalidad de precisar su texto y complementarlo en aspectos que permitan una mayor flexibilidad y adaptación a casos concretos. Asimismo, se tipificaron infracciones adicionales referidas al incumplimiento de obligaciones contractuales así como a aquellas relativas a la conformación del directorio de las EPS.
- 1.3 A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2011-SUNASS-CD⁴, se modificó el RGSFS con el objeto de obtener mayor eficacia en las acciones de supervisión e incentivar el cumplimiento de las normas relativas al sector saneamiento por parte de las EPS. Asimismo, se

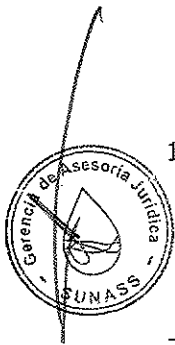
¹ Publicada el 18 de enero de 2007.

² El RGSFS contempla el régimen de infracciones relativas a la prestación de los servicios de saneamiento, siendo estas calificadas como leves, graves y muy graves. Asimismo, se establecieron dos tipos de sanciones, siendo estas, amonestación escrita y multa, las cuales vienen siendo impuestas por la SUNASS en ejercicio de su función sancionadora.

De igual modo, el referido dispositivo estableció la escala de sanciones, los criterios de determinación de la sanción y los topes máximos de las multas. Además, a través de su Anexo 4 "Tipificación de Infracciones" se tipificaron las infracciones pasibles de sanción, las cuales fueron agrupadas por temas y en función de su gravedad.

³ Publicado el 12 de mayo de 2007.

⁴ Publicado el 26 de mayo de 2011.



precisó en la escala de sanciones que las multas no excederán el tope máximo preestablecido⁵ del ingreso operativo mensual promedio de las EPS de los últimos 6 meses. Igualmente, se modificó la denominación del Anexo N° 4 por "Tabla de Infracciones y Sanciones".

- 1.4 Por medio de la Resolución de Consejo Directivo N° 044-2012-SUNASS-CD⁶, se modificó el artículo 6 del RGSFS ampliándose los aspectos comprendidos dentro de la función supervisora a los Valores Máximos Admisibles de las descargas de aguas residuales no domésticos.
- 1.5 Con Resolución de Consejo Directivo N° 005-2014-SUNASS-CD⁷, se modificó el RGSFS, perfeccionando disposiciones referidas a las acciones de supervisión así como la tipificación de determinadas conductas como infracciones con el propósito de desincentivar las malas prácticas de las EPS.
- 1.6 Con fecha 16 de julio de 2015, se publicó, en el diario oficial El Peruano, el proyecto de Resolución de Consejo Directivo N° 027-2015-SUNASS-CD que contiene la propuesta de modificación del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de los Servicios de Saneamiento (EPS), disponiéndose su difusión así como la de su correspondiente exposición de motivos a través del portal institucional de la SUNASS (www.sunass.gob.pe), otorgándose un plazo de 30 días calendario para que los interesados presenten comentarios a la propuesta.
- 1.7 El 14 de agosto del presente año, la empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL remitió sus comentarios sobre el proyecto, siendo evaluados respectivamente en la matriz de comentarios que adjuntamos al presente informe.

II. **OBJETO DEL INFORME**

- 2.1 A efectos de garantizar una mayor predictibilidad en los administrados respecto de la función supervisora, fiscalizadora y sancionadora de la SUNASS, el objeto del presente informe es:

- Proponer una "Metodología para el cálculo de multas".
- Modificar el RGSFS, en aspectos referidos a:

Acciones de monitoreo

- Incorporación del artículo 6-A, Acciones de monitoreo.
 - *Derogar segundo y tercer párrafos del artículo 5, Delimitación de la función supervisora.
 - *Derogar artículo 13-A, Acción de supervisión preventiva.

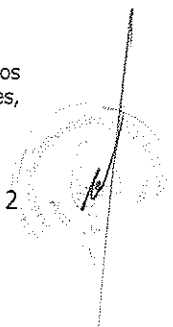
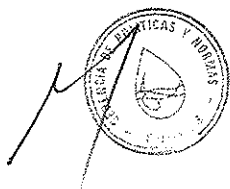
Acciones de supervisión

- Artículo 12, Acción de supervisión desde la sede.
- Artículo 13, Acción de supervisión desde el campo.
- Artículo 14, Conclusión de la supervisión.
- Artículo 14-A, Imposición inmediata de medida correctiva o inicio inmediato de PAS.
- Incorporación del artículo 27-A, Verificación de la implementación de la(s) medida(s) correctiva(s).

⁵ Es de señalar que el tope anterior estaba fijado en relación del ingreso tarifario mensual promedio de las EPS. Asimismo, dichos topes varían entre 5%, 10% y 20% dependiendo del tipo de gravedad de la infracción: leves, graves y muy graves, respectivamente.

⁶ Publicado el 10 de enero de 2013.

⁷ Publicado el 16 de marzo de 2014.



Régimen de sanciones y Procedimiento administrativo sancionador

- Artículo 29, Régimen de infracciones.
- Artículo 30, Responsabilidad objetiva.
- Artículo 31, Concurso de infracciones (primer párrafo).
- Artículo 32, Tipos de sanciones.
- Artículo 33, Escala de sanciones.
- Incorporación del artículo 33-A, Determinación del número de conexiones totales de agua potable y del ingreso operativo mensual promedio.
- Artículo 35, Criterios de determinación de la sanción.
- Artículo 41, Procedimiento administrativo sancionador.
- Incorporación del artículo 45, Solicitud del uso de la palabra y la realización de audiencia de informe oral.

Incorporación y modificación de infracciones en el Anexo N° 4 'Tabla de Infracciones y Sanciones'

- Régimen tarifario y metas de gestión.
- Facturación y medición.
- Calidad del servicio.
- Reclamos.
- Remisión y difusión de información.
- Aportes y fondos.
- Normas emitidas por la SUNASS.
- Incorporar el nuevo literal K, referido a los 'Valores Máximos Admisibles'.
 - * Derogar las infracciones referidas a la 'Administración de las EPS'.

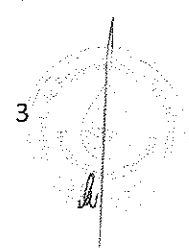
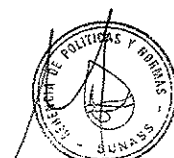
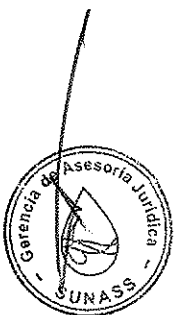
Propuesta de la nueva estructura del Anexo N° 4 "Tabla de Infracciones y Sanciones".

Anexo N° 1 "Glosario de términos".

Anexo N° 5 "Flujogramas".

III. BASE LEGAL

- Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificada por Ley N° 27631, en adelante LMOR.
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias, en adelante LPAG.
- Ley N° 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y modificatorias, en adelante LGSS.
- Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA, Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento y sus modificatorias, en adelante TUO del Reglamento.
- Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, Reglamento General de la SUNASS y sus modificatorias.
- Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD, Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento y sus modificatorias, en adelante Reglamento de Reclamos.
- Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de la EPS y sus modificatorias, en adelante RGSFS.



- Resolución de Consejo Directivo N° 009-2007-SUNASS-CD, Reglamento General de Tarifas y sus modificatorias, en adelante Reglamento de Tarifas.
- Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS-CD, Reglamento de Calidad de la Prestación de los Servicios de Saneamiento y sus modificatorias (adelante RCPSS).

IV. CONSIDERACIONES LEGALES

- 4.1 La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - SUNASS, creada mediante Decreto Ley N° 25965⁸, es un organismo regulador adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.
- 4.2 Por su parte, la LMOR⁹ establece las disposiciones que regulan la organización y funcionamiento de los organismos reguladores de los servicios públicos en el ámbito nacional, entre los cuales se encuentra la SUNASS.
- 4.3 El artículo 3 de la mencionada ley establece las funciones de los organismos reguladores: reguladora, supervisora, sancionadora, normativa, solución de reclamos y solución de controversias; precisando que estas funciones se ejercen dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.
- 4.4 En concordancia con lo señalado en el artículo 3 de la LMOR, el artículo 14 del Reglamento General dispone que la SUNASS es el organismo regulador del sector saneamiento, cuyo objetivo general es normar, regular, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, la prestación de los servicios saneamiento, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario.
- 4.5 Por su parte, el artículo 16 del mismo reglamento establece que el ámbito de competencia de la SUNASS comprende todas las actividades que involucran la prestación de servicios de saneamiento.

Función Normativa de la SUNASS.-

- 4.6 El literal c) del artículo 3.1 de la LMOR, faculta a la SUNASS a dictar de manera exclusiva, en el ámbito y en materias de su competencia, reglamentos, normas (técnicas o jurídicas), así como mandatos y normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
- 4.7 Del mismo modo, el artículo 19 del Reglamento General de la SUNASS¹⁰ señala que la función normativa permite a la SUNASS dictar de manera exclusiva, en materia de prestación de servicios de saneamientos, reglamentos, directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las empresas prestadoras o actividades bajo su ámbito o, de sus usuarios.



⁸ Publicado el 19 de diciembre de 1992.

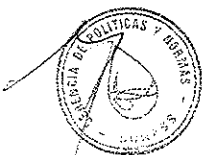
⁹ Publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de julio de 2000.

¹⁰ Reglamento General de la SUNASS:

"Artículo 19.- Definición de Función Normativa.

La función normativa permite a la SUNASS dictar de manera exclusiva, dentro de su ámbito de competencia, reglamentos, directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las EMPRESAS PRESTADORAS o actividades bajo su ámbito o, de sus USUARIOS.

Asimismo, comprende la facultad de dictar mandatos u otras disposiciones de carácter particular."



- 4.8 En atención a lo establecido en el segundo párrafo del literal c) del artículo 3.1 de la LMOR¹¹, del literal b) del artículo 21 y en el artículo 38 del Reglamento General de la SUNASS, este organismo se encuentra facultado para: (i) tipificar infracciones y sanciones por el incumplimiento de obligaciones relacionadas con la prestación de los servicios de saneamiento¹²; así como, (ii) establecer su propia escala de sanciones, dentro de los límites establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros¹³.

Funciones Supervisora y Fiscalizadora y Sancionadora de la SUNASS.-

- 4.9 Por su parte, los literales a) y d) de la LMOR, concordados con los artículos 32 y 35 del Reglamento General de la SUNASS, otorgan a este Organismo Regulador la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, técnicas y las que se originen de cualquier mandato o resolución que ésta emita por parte de las entidades o actividades supervisadas. Asimismo, puede imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de las referidas obligaciones, así como de aquellas contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión¹⁴.
- 4.10 Adicionalmente, el artículo 15 del Reglamento General de la SUNASS señala que uno de los objetivos específicos de la SUNASS es: "*supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la normatividad sobre PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO y, de las metas de calidad y cobertura sobre dichos servicios*"¹⁵.

¹¹ Modificado por la Ley N° 27631, publicada el 16 de enero de 2002.

¹² Reglamento General de la SUNASS:

"Artículo 21.- Disposiciones que pueden dictarse en Ejercicio de la Función Normativa.

En ejercicio de la función normativa pueden dictarse reglamentos, directivas, normas y disposiciones de carácter general referidos a:

(...)

b) Reglas a las que están sujetos los procedimientos que se sigan ante cualquiera de los ORGANOS DE LA SUNASS, incluyendo los reglamentos de infracciones y sanciones, de reclamos de USUARIOS, de solución de controversias y en general los demás que sean necesarios según las normas pertinentes.

...."

"Artículo 38.- Sanciones.

(...)

Complementariamente y dentro del ámbito de su competencia, el Consejo Directivo mediante Reglamento, establecerá la tipificación de infracciones y las sanciones que correspondan."

¹³ Ley Marco de Organismos Reguladores:

"c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

(El subrayado es nuestro).

¹⁴ Reglamento General de la SUNASS:

"Artículo 32.- Definición de Función Supervisora.

La función supervisora permite a la SUNASS verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las EMPRESAS PRESTADORAS. Asimismo, dicha función permite verificar el cumplimiento de cualquier disposición, mandato o resolución emitida por la propia SUNASS o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisada."

"Artículo 35.- Definición de Función Fiscalizadora y Sancionadora.

La función fiscalizadora y sancionadora permite a la SUNASS imponer sanciones y medidas correctivas a las EMPRESAS PRESTADORAS que realizan actividades sujetas a su competencia, por el incumplimiento de las normas aplicables, de las disposiciones y/o regulaciones dictadas por la SUNASS y, de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión."

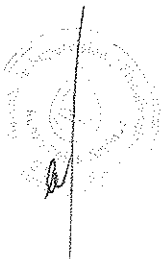
¹⁵ Reglamento General de la SUNASS:

"Artículo 15.- Objetivos Específicos de la SUNASS

Dentro del marco del objetivo general, son objetivos específicos de la SUNASS:

(...)

d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la normatividad sobre PRESTACION DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO y, de las metas de calidad y cobertura sobre dichos servicios.



- 4.11 A ello, cabe agregar que según lo dispuesto en el artículo 38 del mismo dispositivo legal, la SUNASS está facultada a imponer sanciones por la comisión de infracciones debidamente tipificadas en la normativa vigente.

Por lo expuesto, la SUNASS cuenta con la facultad para supervisar, fiscalizar y sancionar los incumplimientos de las obligaciones que se encuentren dentro de su ámbito de competencia, esto es, las actividades que involucran la prestación de los servicios de saneamiento.

V. PROPUESTA DE "METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO DE MULTAS".-

V.1 Marco conceptual de la sanción administrativa

V.1.1 Naturaleza jurídica de la sanción administrativa y principios del procedimiento sancionador

▪ Sanción administrativa

- 5.1 Para autores como DANÓS, la sanción administrativa se define como aquella imposición de una situación gravosa o perjudicial en el ámbito de la esfera del administrado, como consecuencia de la contravención al ordenamiento jurídico, en el curso de un procedimiento administrativo¹⁶.

Otros autores, como MORÓN URBINA la definen como un "*mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por haber incurrido en una conducta constitutiva de infracción administrativa previamente calificada así por la norma*"¹⁷.

- 5.2 De lo anterior, entendemos por sanción administrativa al perjuicio o mal infringido por la Administración a un administrado (persona natural o jurídica) como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa.

Autores como BERMÚDEZ SOTO¹⁸, reconocen que la sanción administrativa tiene los siguientes elementos:

- Autoridad administrativa: La sanción debe ser impuesta por una autoridad administrativa competente que cuente con potestad sancionadora.
- Comisión de una infracción administrativa: Desarrollo de conducta previamente tipificada como infracción. La comisión de una infracción se convierte en el presupuesto necesario de la sanción.
- Consecuencias gravosas para el infractor: La decisión administrativa debe producir un efecto desfavorable en la esfera jurídica del infractor.
- Procedimiento administrativo sancionador: La sanción debe ser impuesta previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

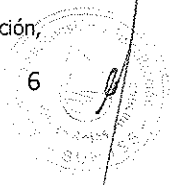
- 5.3 Por su parte, MORÓN URBINA¹⁹ define a estos elementos como características de la sanción administrativa, señalando las siguientes:

¹⁶ DANÓS, Jorge y otros, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Ara Editores E.I.R.L, Primera edición, julio 2003, Perú, pág. 542.

¹⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009, pág.683.

¹⁸ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "Elementos para definir las sanciones administrativas", Revista Chilena de Derecho, Número Especial, Chile, pp. 323-334.

¹⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009, pág.683.



- Acto de gravamen. La decisión administrativa (sanción) debe producir un efecto desfavorable en la esfera jurídica del infractor. Determina un menoscabo o privación, total o parcial, temporal o definitiva, de derechos o intereses del infractor o la imposición de un deber u obligación.
- Acto reaccional frente a conducta ilícita. Es una consecuencia de la conducta sancionable, eminentemente con carácter represivo o disuasivo.
- Acto con finalidad sólo represiva. Su existencia misma no guarda relación con el volumen o la magnitud del daño provocado por la conducta infractora.

En síntesis, el carácter represivo es el eje sobre el que se edifica el concepto de sanción, por lo que las sanciones administrativas deben cumplir una función de desincentivar la comisión de la conducta infractora.

Este carácter represivo es lo que marca la diferencia entre una sanción y otras resoluciones administrativas que limitan los derechos individuales de los administrados, pero que tienen fines diversos a la represión: coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; resarcimiento o compensación por incumplimientos efectivamente realizados, restablecimiento de derechos fundamentales o del orden jurídico infringido, revocación de una autorización o las consecuencias de una obligación contractual²⁰.

De esta manera, la sanción administrativa, en cualquiera de sus modalidades, conlleva una consecuencia negativa para el administrado. Sin embargo, este efecto no implica que todas las instituciones jurídicas que tengan resultados no deseados en los administrados sean sanciones administrativas. Ello porque no toda vulneración al ordenamiento es infracción administrativa, ni toda consecuencia negativa o gravosa derivada de una infracción es sanción.

Así, lo indica MORÓN URBINA²¹, cuando señala que no son técnicamente sanciones: las medidas de reposición de las cosas a la situación legal correcta (el cierre de un local sin licencia, como el cese de una publicidad engañosa), ni las medidas resarcitorias (devolver importe de ejecución subsidiaria), ni las medidas de forzamiento de ejecución administrativa (multas coercitivas o compulsión sobre las personas).

Por tanto, al tener la sanción una finalidad represiva, la conducta sancionable no puede ser cualquiera sino ha de ser una perfectamente tipificada, al menos para que el administrado pueda conocer con alguna seguridad el ámbito de lo lícito y de lo sancionable. En ese sentido, la sanción debe ser precisa como medio para garantizar el Principio Constitucional de Seguridad Jurídica.

▪ Clases de Sanciones:

5.4 La doctrina clasifica las sanciones administrativas de la siguiente forma²²:

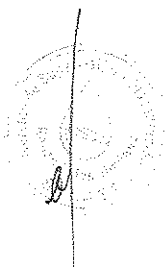
a) Por su finalidad.-

- Sanciones de Autoprotección.- Dirigidas a la tutela de su organización y orden interno. Estas sanciones sólo afectan a quienes están en directa relación con la organización administrativa (p. e. sanciones aplicables a funcionarios públicos, sanciones para la defensa de la integridad de los bienes públicos, sanciones tributarias).
- Sanciones de Protección del Orden General.- Persiguen el control de orden social general (p. e. multa o clausura de establecimientos por ruidos nocivos o por infraestructura inadecuada).

²⁰ RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes, Ob. Cit, pág 277.

²¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Ob. Cit, pág. 622.

²² DANÓS, Jorge y otros, Ob. Cit, pág. 543-544.



b) Por el contenido de la sanción.-

- Sanciones Personales.- Consisten en la suspensión o restricción de un derecho o de la autorización para su ejercicio (p. e. clausura de establecimiento, suspensión de patente) o la imposición de actos de reproche (ej. amonestación oral o escrita).
- Sanciones Reales.- Se traducen en la imposición del pago de una suma de dinero a favor de la administración (sanción pecuniaria o multa), o la sustracción de una cosa (p. e. confiscación, comiso de bienes). La sanción real de mayor empleo y que constituye casi el arquetipo de la sanción administrativa es la multa, por lo general aplicable en tablas estratificadas de acuerdo a la gravedad de la sanción, o considerando porcentajes predeterminados.

c) En relación al ordenamiento administrativo.-

- Sanciones Principales.- Imponen un acto de gravamen o represivo en contra del administrado. La multa o restricción de derechos, constituyen sanciones en sentido estricto.
- Sanciones Accesorias.- Refuerzan la eficacia represiva y disuasoria de las sanciones principales, por ejemplo: comiso, inhabilitaciones (cuando la conducta atiende a características especiales del infractor), deber de reposición y resarcimiento.
Resulta conveniente precisar que en nuestro ordenamiento jurídico, esta categoría queda por lo general subsumida dentro del concepto de medidas correctivas o de restitución de la vigencia del ordenamiento, y no como sanciones accesorias.

- 5.5 En la normativa de SUNASS, así como en la normativa de los otros organismos reguladores, salvo en el caso de OSINERGMIN, no existe una definición de sanción administrativa; únicamente se señalan las clases de sanciones que se pueden imponer, las que para el caso de SUNASS son la amonestación escrita y la multa²³, las cuales son impuestas a las EPS que incumplen las obligaciones contenidas en el Anexo 4 'Tabla de Infracciones y Sanciones' del RGSFS.

Por su parte, debe señalarse que actualmente el RGSFS contempla la facultad de imponer sanciones y medidas correctivas, únicamente, a las EPS que realizan actividades sujetas a su competencia²⁴.

▪ Principios del Procedimiento Sancionador y su aplicación en la imposición de las sanciones administrativas

- 5.6 El derecho administrativo sancionador tiende a proteger el interés general o los derechos de los ciudadanos, pero no de una forma directa sino indirecta. Es un derecho eminentemente preventivo, que tiende a que los ciudadanos no incurran en aquellas conductas que puedan provocar lesión de los derechos de los demás o la lesión de los intereses generales. De ahí que, para la imposición de una sanción no se requiere un resultado lesivo concreto, sino que basta con el incumplimiento de una norma que fue dictada para proteger determinados bienes o derechos.

²³ Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de la Prestación de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 015-2004-SUNASS-CD.

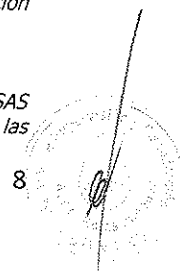
"Artículo 32.- Tipos de sanción.

Las sanciones que impondrá SUNASS por las infracciones tipificadas en el presente Reglamento, son de dos tipos: i) Amonestación escrita y ii) Multa."

²⁴ **Reglamento General de la SUNASS:**

"Artículo 35.- Definición de Función Fiscalizadora y Sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora permite a la SUNASS imponer sanciones y medidas correctivas a las EMPRESAS PRESTADORAS que realizan actividades sujetas a su competencia, por el incumplimiento de las normas aplicables, de las disposiciones y/o regulaciones dictadas por la SUNASS y, de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión."



- 5.7 Para el ejercicio de la potestad sancionadora, la Administración Pública debe sustentar sus decisiones respetando los principios contemplados en el artículo 230 de la LPAG, los cuales cumplen una triple función: (i) la fundante (preceder a la existencia de las reglas mismas de la potestad sancionadora), (ii) la interpretativa (servir de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido y alcance de las reglas de la potestad sancionadora), y (iii) la integradora (servir de fuente de integración para las lagunas jurídicas que se pueda identificar en la aplicación de las normas sancionadoras²⁵).

En este orden de ideas y a manera enunciativa los mencionados principios del procedimiento administrativo sancionador son: (i) Principio de Legalidad, (ii) Principio del Debido Procedimiento, (iii) Principio de Razonabilidad, (iv) Principio de Tipicidad, (v) Principio de Irretroactividad, (vi) Principio de Concurso de Infracciones, (vii) Principio de Continuación de Infracciones, (viii) Principio de Causalidad, (ix) Principio de Licitud y (x) Principio del Non Bis In Ídem²⁶.

- 5.8 Ahora bien, para efectos de la presente propuesta, no se requiere hacer una explicación de cada uno de los referidos principios, toda vez que gran parte de estos resultan aplicables durante el desarrollo del procedimiento sancionador²⁷. En consecuencia, se procede a desarrollar el contenido de los principios de legalidad, razonabilidad y tipicidad que son indispensables para aprobar una nueva escala de sanciones, así como para el desarrollo de una metodología para el cálculo de las multas.

▪ **Principio de Legalidad:**

- 5.9 El inciso 1 del artículo 230° de la LPAG, recoge el principio de legalidad conforme se señala a continuación:

"Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad."

De lo anterior, la potestad sancionadora no se presume y debe ser atribuida (de manera previa y expresa) por una norma con rango de ley (Reserva de ley para la atribución de competencia).

Adicionalmente, la determinación de las conductas que constituyen infracciones administrativas, así como las correspondientes sanciones, deben hacerse a través de normas con rango de ley. (Reserva de ley para la previsión de sanciones aplicables).

En consecuencia, podemos sostener que este principio se encuentra referido a la atribución de la potestad sancionadora conferida a una entidad pública, atribución que en el presente caso la SUNASS ejerce en aplicación de la LMOR y su Reglamento General, como se ha señalado en la sección IV del presente informe.

▪ **Principio de Razonabilidad**

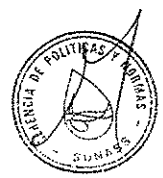
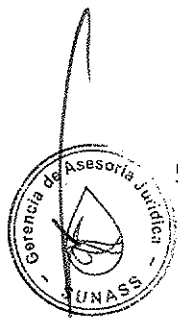
- 5.10 El artículo 230, inciso 3 de la LPAG establece lo siguiente:

"Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales"

²⁵ MORÓN URBINA Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General" (9na ed.). Perú: Gaceta Jurídica, 2011 pp.691-692.

²⁶ Referidos en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

²⁷ Al respecto, estos principios son: Debido Procedimiento, Irretroactividad, Concurso de Infracciones, Continuación de Infracciones, Causalidad, Presunción de Licitud y Non bis in ídem.



al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b. El perjuicio económico causado;
- c. La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d. Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e. El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f. La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

En una acepción amplia, constituye un principio general del Derecho Público que comporta la exigencia de que cualquier actuación de los poderes públicos, limitadora o restrictiva de derechos, responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido²⁸.

Por su parte, desde el ámbito del Derecho Penal, pero que puede ser adaptado al Derecho Administrativo Sancionador, GARCÍA-PABLOS²⁹, señala: "El principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significación global. Tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionales, en abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste)."

Ahora bien, desde el punto de vista de su aplicación, NIETO GARCÍA indica que "el principio de razonabilidad, también llamado en otros ordenamientos principio de proporcionalidad, opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas"³⁰.

- 5.11 En el contexto del derecho peruano, el principio de razonabilidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3 y 43, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo³¹. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que "si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación"³².

²⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Derecho Administrativo Sancionador". Madrid: Mateu Cromo S.A., 1994. pp. 51.

²⁹ GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1995, p. 289

³⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. (4ta ed.) Madrid: Tecnos, 2005, p. 351.

³¹ Constitución Política del Perú:

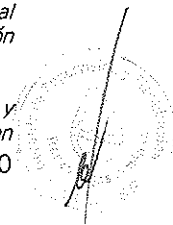
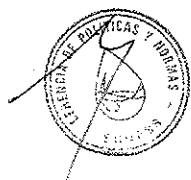
"**Artículo 200.- Son garantías constitucionales:**

(...)

Quando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio."

³² Tribunal Constitucional: expediente N° 2192-2004-AA/TC, el cual establece lo siguiente:

"El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son



A ello, cabe agregar que el Tribunal Constitucional caracteriza al principio de razonabilidad, exigible a toda actuación administrativa, desde dos perspectivas: *cuantitativa y cualitativa*.

"(...)

Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológica válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de este en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencia jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y solo si guardan armonía y sindéresis con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite la autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)". STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC.

5.12 Por otro lado, MORÓN URBINA³³ destaca que en nuestro ordenamiento administrativo, el artículo 230, numeral 3 de la LPAG, al desarrollar el principio de razonabilidad enumera en orden de prelación las circunstancias que necesariamente debe evaluar toda autoridad administrativa para individualizar la sanción, entre ellas:

- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido (análisis de costo beneficio, de modo que a mayor perjuicio económico ocasionado a los intereses públicos mayor será la sanción);
- El perjuicio económico causado;

mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no solo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada".

³³ MORÓN URBINA Juan Carlos. Op. Cit. pp.700-701.

- La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción (penalizar de mayor manera las conductas reiteradas o habituales por parte del infractor);
- Las circunstancias de la comisión de la infracción (que habilita a la Administración a valorar si han existido circunstancias tales como la exigibilidad de la conducta debida, el incumplimiento de una orden superior o de un deber legal, inducción a error por parte de la Administración o confianza legítima que el acto era regular, ocultamiento de información, cometer la infracción para ejecutar u ocultar otra infracción, participación en una organización delictiva, etc.);
- El beneficio ilegalmente obtenido; y,
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor (entendiéndose que mayor será la sanción cuando la conducta haya sido dolosa o premeditada). Dado que la enumeración de estas circunstancias es de prelación, este factor es que el legislador considera menos relevante para fines de individualizar la sanción y, a la vez, precisa que la intencionalidad del infractor es un factor para graduar la sanción aplicable y no un elemento constitutivo de la infracción.

5.13 En el ámbito de la SUNASS, se han establecido criterios para la determinación de las sanciones, los cuales han sido adoptados considerando las disposiciones contenidas en la norma general, citada en los numerales precedentes. Así pues, el artículo 35 del RGSFS ha establecido los siguientes:

- La magnitud del daño causado.
- El beneficio obtenido.
- La intencionalidad de la EPS.
- La relación de causalidad entre la conducta infractora y el daño ocasionado.
- La conducta de la EPS durante el procedimiento.
- La continuación del incumplimiento.
- La reincidencia.
- El impacto esperado de la sanción a aplicar.
- La ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor.
- Haber realizado las acciones necesarias a efectos de mitigar el daño que pueda causarse por la comisión de la infracción.
- Que la conducta por la cual se vaya a sancionar tenga algún antecedente incluido en el Registro de Conductas.
- Incumplimiento del compromiso de cese de actos que constituyen infracción.
- Subsanación voluntaria, por parte de la EPS, del acto u omisión que originó la infracción imputada.

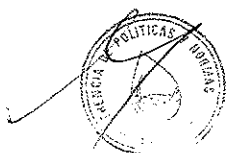
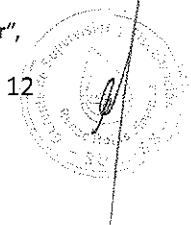
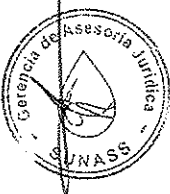
• **Principio de Tipicidad**

5.14 El artículo 230°, inciso 4 de la LPAG, establece:

"Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas, salvo los casos en los que la ley permita tipificar por vía reglamentaria".

De acuerdo con lo anterior, la tipicidad consiste en la descripción expresa, detallada y clara de la conducta infractora y la indicación de la sanción específica para dicha infracción³⁴. Acorde con el principio de legalidad, en materia sancionadora se impone la exigencia absoluta de

³⁴ NORTHCOTE SANDOVAL, Cristian, "Importancia del Principio de Tipicidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador", Actualidad Empresarial, N° 240, Primera quincena de Octubre 2011.



predeterminación normativa de las conductas y las sanciones correspondientes, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y grado de sanción susceptible de ser impuesta³⁵.

El principio de legalidad sólo se entiende cumplido cuando los preceptos jurídicos sancionadores preexistentes en ley, permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la responsabilidad y a la eventual sanción. En consecuencia, la norma sancionadora no sólo debe ser previa. A este segundo requisito se le denomina la tipicidad exhaustiva³⁶.

- 5.15 En este sentido, la exigencia de tipicidad se traduce en la descripción de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa³⁷. Esto quiere decir que las conductas sancionables deben estar precisadas y detalladas expresa e inequívocamente como tales. La tipificación va de la mano con la prohibición de la analogía en materia penal y con la interpretación estricta de los tipos sancionables³⁸.

De igual forma, el Tribunal Constitucional en el caso de Pesquera Fantasía S.A., Expediente N° 6301-2006-PA/TC, ha señalado que:

"..no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad, pues el primero, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, mientras que el segundo, se constituye como la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta, resultando este el límite que se impone al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal".

La exigencia de una descripción expresa y específica de las conductas constitutivas de infracción, así como de las sanciones aplicables como consecuencia de las mismas, tiende tanto a favorecer el conocimiento y previsibilidad de la acción administrativa por parte del administrado, como acotar el margen discrecional en asuntos sancionadores de la Administración y concretarlos en los supuestos tasados previamente³⁹.

El principio de tipicidad obliga a las entidades públicas a no efectuar interpretaciones extensivas o analógicas de las conductas y de las sanciones señaladas en la norma, de tal manera que al calificar una infracción e imponer la sanción correspondiente, los funcionarios competentes deben ceñirse a la tipificación prevista en la ley y no extender los efectos de dicha tipificación a conductas que no encajan en la descripción o aplicar sanciones que no han sido señaladas expresamente en la norma⁴⁰.

En efecto, se considera contrario al principio de tipicidad de las infracciones, pretender definir conductas sancionables sin proporcionar a los administrados información suficiente en torno a la calificación jurídica del comportamiento infractor; al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, en tanto su utilización conlleva la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas⁴¹.

³⁵ DANÓS, Jorge y otros, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Ara Editores E.I.R.L, Primera edición, julio 2003, Perú, pág.532.

³⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Ob. Cit, pág. 628.

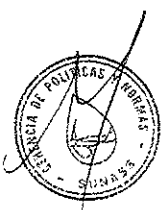
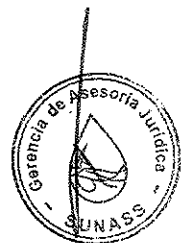
³⁷ Idem, pág.533.

³⁸ RUBIO CORREA, Marcial, "El estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Fondo Editorial, 2006, Perú, pág. 268.

³⁹ DANÓS Jorge y otros, Ob. Cit, pág 534.

⁴⁰ NORTHCOTE SANDOVAL, Cristhian, Ob. Cit.

⁴¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Ob. Cit, pág. 628.



Por tanto, la exigencia de la tipicidad comporta que la Administración en este caso, haya hecho un desarrollo específico de las infracciones y sanciones a imponer, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida y la consecuencia de incurrir en la infracción tipificada.

- 5.16 Adicionalmente, debemos poner énfasis en que el mencionado artículo 230 de la LPAG excepcionalmente permite que la tipificación sea realizada vía reglamentaria, para lo cual será necesario una disposición por norma con rango de ley.

El TC peruano en la Sentencia emitida en el Expediente 05262-2006-PA, de fecha 29 de marzo de 2007, en los seguidos por Edelnor S.A.A. contra la Resolución N° 017-2004-OS/CD, emitida por el OSINERG, ha señalado lo siguiente:

"(...) Esta precisión de lo que se considera como antijurídico, desde el punto de vista administrativo, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como sucede en el presente caso (...) debe dejarse en claro que es perfectamente posible y constitucionalmente legítimo el establecimiento de sanciones a través de reglamentos, siempre y cuando éstos no desnaturalicen la finalidad y razón de ser de la ley que pretenden regular, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que también forman parte del derecho al debido proceso".

Así, por motivos de especialización o complejidad técnica, se ha visto por conveniente que los Organismos Reguladores, entre los cuales se encuentra la SUNASS, y no el poder legislativo, se encarguen de la tipificación de sus infracciones y sanciones.

Sobre el particular, la LMOR faculta a los Organismos Reguladores para la tipificación de infracciones en vía reglamentaria a través de sus Resoluciones del Consejo Directivo. La citada ley fue modificada en enero de 2002 para incorporar expresamente como parte de la función normativa de los organismos reguladores, lo siguiente:

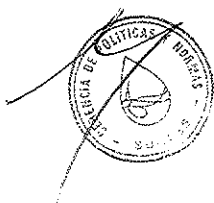
Artículo 3.- Funciones

"c) Función Normativa: (...) Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

[El subrayado es nuestro].

De lo anterior se advierte que mediante norma con rango de ley se ha atribuido a los organismos reguladores potestades normativa y sancionadora y se les ha autorizado a determinar las escalas de infracciones y sanciones aplicables por incumplimiento de las obligaciones bajo sus respectivos ámbitos de competencia.

En el caso de la SUNASS, conforme lo señalado en el artículo 38 de su Reglamento General, el Consejo Directivo mediante reglamento, dentro del ámbito de su competencia, establecerá la tipificación de infracciones y sanciones que correspondan.



En ejercicio de esta función normativa se aprobó, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, el RGSFS que establece las infracciones y sanciones aplicables por incumplimiento de las obligaciones bajo su respectivo ámbito de competencia (Anexo N° 4, 'Tabla de Infracciones y Sanciones').

En este dispositivo se identifican (de forma detallada y descriptiva) infracciones por incumplimiento de las obligaciones de las EPS por la prestación de servicios de saneamiento y la correspondiente sanción.

▪ **Motivación de la imposición de la sanción en las Resoluciones emitidas por la SUNASS.-**

5.17 La motivación es una garantía para el administrado que tiene por finalidad evitar que la Administración dicte actos administrativos arbitrarios. Asimismo, constituye un derecho fundamental que forma parte del derecho a la tutela procesal efectiva del administrado⁴². En este sentido, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, razonada, suficiente y congruente constituye una decisión arbitraria y, en consecuencia, resulta ilegal.

Conforme el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar, el derecho a "obtener una decisión motivada" implica que los fundamentos de la resolución deben ser objetivos y coherentes, no habiendo lugar a consideraciones subjetivas o que no guarden relación con el motivo del pronunciamiento.

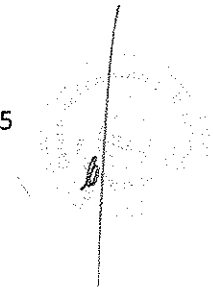
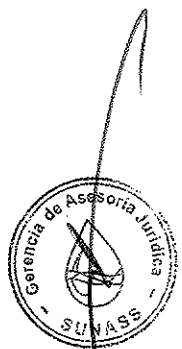
El Tribunal Constitucional, en la STC 00091-2005-PA/TC, en los seguidos por Yeny Zoraida Huaroto Palomino contra resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, señala lo siguiente con respecto a la motivación de los actos administrativos:

"(...) El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. (...) La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional. (...) En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N.º 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo."

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha determinado en la STC 8495-2006-PA/TC, en los seguidos por Ramiro Eduardo de Valdivia Cano contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, lo siguiente:

"Un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente,

⁴² Extraído del fundamento N° 4 de la Sentencia del Tribunal Administrativo N° 6698-2006-PA/TC.



exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”.

El defecto o la omisión de la motivación acarrearán la nulidad del acto administrativo conforme los artículos 3.4, 6.1, 6.2, y 6.3 de la LPAG:

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico...

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto..."

- 5.18 De otro lado, el debido procedimiento, según Morón Urbina⁴³, comprende, entre otros, el derecho a que las resoluciones del procedimiento sancionador hagan expresa consideración de los argumentos de derecho y de hecho que los motivan, y, en particular, de la graduación de la sanción a aplicarse (el subrayado es nuestro).

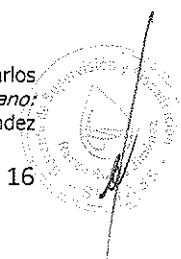
Sobre este último punto, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 2192-2004-AA/TC, en los seguidos por Gonzalo Antonio Costa Gómez y María Elizabeth Ojeda Dioses contra la resolución de la Sala Especializada en lo Civil en Tumbes:

"(...) el deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones. En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes..."

Por lo expuesto, en los procedimientos administrativos sancionadores, la sanción que se aplica debe estar debidamente motivada; es decir, en la resolución sancionadora deben precisarse las



⁴³ "Los Principios Delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana" por Juan Carlos Morón Urbina, artículo publicado en *Advocatus* N° 13, 2005, pp. 237-238 y también en *Derecho administrativo iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Coord. Víctor Hernández Mendible Vol. 3, Caracas, 2007.



razones de hecho y de derecho que ha considerado la Administración para fijar la sanción y su magnitud.

Con la propuesta de metodología para el cálculo de multas, se busca que en los informes que sustentan la multa a imponer y que son parte integrante de la resolución, se incluyan los criterios y fórmulas que han sido aplicables al caso concreto y que han derivado en una sanción pecuniaria, lo cual permitirá que el administrado cuente con los elementos de juicio suficientes para interponer y sustentar sus recursos administrativos.

V.1.2 Naturaleza económica de la sanción administrativa

5.19 El marco teórico planteado sigue principalmente el trabajo seminal sobre el análisis económico de sanciones, el mismo que fue formulado por el Premio Nobel de Economía⁴⁴ Gary Becker⁴⁵, donde plantea que los individuos, familias, empresas, instituciones, etc., que en términos generales se denominan agentes económicos, realizan un análisis costo – beneficio antes de decidir infringir una normativa. En dicho análisis se compararán los beneficios que se obtendrían de infringir la normativa versus la sanción que se esperaría obtener⁴⁶:

B vs. p.M

Donde:

- B:** Beneficio ilícito
- p:** Probabilidad de detección y sanción
- M:** Sanción pecuniaria y/o no pecuniaria

De modo tal, que si el beneficio ilícito (*B*) obtenido es mayor a la sanción esperada (*p.M*), se preferirá infringir la normativa; mientras que si el beneficio ilícito es menor a la sanción esperada, se preferirá cumplir con la normativa⁴⁷.

Debe advertirse que el concepto de beneficio ilícito se refiere al beneficio adicional que obtendría un agente por infringir la normativa, el mismo que se puede componer de alguno(s) o todos los siguientes tres conceptos:

- i) **El Ingreso Ilícito**, es el ingreso adicional que obtiene el agente debido a su conducta infractora, el cual genera un beneficio ilícito⁴⁸.
- ii) **El Costo Evitado**, es aquel costo en el que se debió incurrir para cumplir con la normativa; no obstante, no se incurrirá en dicho costo. El ahorro ilícito en costos genera un beneficio ilícito⁴⁹.
- iii) **El Costo Postergado**, es aquel costo en el que se debió incurrir en un momento determinado para cumplir con la normativa; no obstante, dicho costo no se realiza oportunamente, sino que con posterioridad. Los costos disminuyen ilícitamente, ya que el dinero tiene un valor en el tiempo, generando un beneficio ilícito⁵⁰.

⁴⁴ MLA style: "Gary S. Becker - Biographical". Nobelprize.org. Nobel Media AB 2013. Web. 30 Apr 2014. http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-bio.html.

⁴⁵ Gary Becker (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy. 76: 169-217.

⁴⁶ "(...) a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become "criminals", therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ". (Becker, 1968, pp. 176)

⁴⁷ En el caso donde el Beneficio Ilícito y la sanción esperada sean iguales, el agente económico se encontrará indiferente entre cumplir o incumplir la normativa.

⁴⁸ Por ejemplo podría clasificarse aquí a los ingresos adicionales que obtendría una empresa si realiza un cobro excesivo a los usuarios del servicio.

⁴⁹ Por ejemplo se tiene el caso donde en la planta de tratamiento de agua potable se debe añadir cloro en el proceso de potabilización y se utiliza una cantidad menor a la adecuada, evitándose costos ilícitamente.

⁵⁰ Por ejemplo se tiene el caso donde la empresa debe realizar una inversión en el año 1 y la realiza en el año 2, obteniéndose un beneficio ilícito.

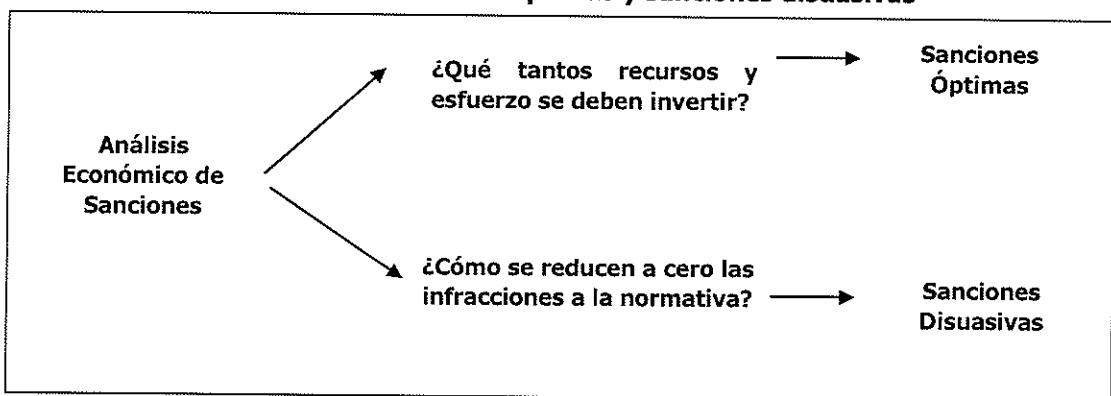


El desarrollo teórico del análisis económico de sanciones se ha concentrado en responder las siguientes interrogantes: ¿cuántos recursos deberían dedicarse óptimamente a evitar actos ilícitos? y a partir de ello ¿qué tipo y magnitud de sanciones deberían utilizarse?

Responder dichas interrogantes nos lleva a las denominadas sanciones óptimas, las cuales implican que se permita cierto nivel de infracciones a la normativa, ya que es más beneficioso para la sociedad en su conjunto permitir las que suprimirlas.

Sin embargo, el organismo regulador debe responder a la siguiente interrogante: ¿Cómo se suprimen todos los incentivos a infringir la normativa?, de donde devienen las sanciones disuasivas.

Gráfico N° 1: Sanciones óptimas y sanciones disuasivas



Elaboración: GPN

▪ **Sanciones óptimas.-**

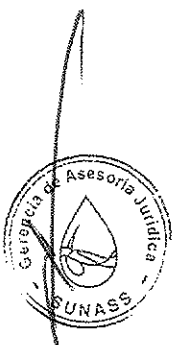
5.20 En esta sección se seguirá a Polinsky y Shavell (2000, 2007), quienes intentan maximizar el bienestar de la sociedad (W), definido de la siguiente manera:

$$\max_{e,t,m} W = \int_{\bar{B}}^{\infty} B \cdot f(B) \cdot dB - (1 - F(\bar{B})) (D + p \cdot [t \cdot (\alpha + \lambda) + k]) - e$$

Donde:

- $f(.)$: Función de densidad de los beneficios ilícitos.
- $F(.)$: Función acumulada de los beneficios ilícitos.
- D : Daño generado en el acto infractor.
- p : Probabilidad de detección y sanción
- t : Tiempo de sanción no pecuniaria.
- λ : Desutilidad que presenta el infractor por la sanción no pecuniaria.
- α : Costo para la Administración por unidad de tiempo por mantener la sanción no pecuniaria.
- k : Costo administrativo del establecimiento de la sanción.
- e : Costos del esfuerzo por hacer cumplir la normativa.
- \bar{B} : Beneficio ilícito crítico

El mencionado beneficio ilícito crítico (\bar{B}) presenta la siguiente forma:



$$\bar{B} = p \cdot (m + \lambda \cdot t)$$

Donde:

m : es la sanción pecuniaria o multa.

Nótese que el beneficio ilícito crítico responde simplemente a la racionalidad de los agentes, mencionada en Becker (1968), donde si el beneficio ilícito es mayor a la sanción esperada se cometerá la infracción, incorporando que los agentes económicos presentan un comportamiento oportunista⁵¹. En este caso, el beneficio ilícito crítico es aquel monto de beneficio ilícito que es igual a la sanción esperada, de modo tal que el potencial infractor se encuentra indiferente entre cumplir o incumplir la normativa.

En este punto vale la pena indicar que la sanción se encuentra compuesta tanto por la sanción pecuniaria (m), como por la sanción no pecuniaria (t), donde ésta última se encuentra multiplicada por la desutilidad (λ) que la misma genera por unidad de tiempo.

Debe agregarse que la probabilidad de detección y sanción (p) depende del esfuerzo de supervisión (e), de modo tal que a mayor esfuerzo, mayor probabilidad de detección; no obstante, el efecto de un mayor esfuerzo presenta cada vez menos impacto sobre la probabilidad de detección⁵².

Luego de realizar algunas operaciones matemáticas⁵³, se llega a la siguiente expresión que maximiza el bienestar social:

$$m^* = \frac{D}{p} + t \cdot \alpha + k$$

Sin embargo, la utilización de una sanción no pecuniaria (t) disminuye el bienestar de la sociedad ($\frac{\partial W}{\partial t} < 0$), debido a que la misma es costosa tanto para el infractor como para quien la establece. Por lo cual, mientras pueda establecerse una sanción pecuniaria, debe limitarse el uso de sanciones no pecuniarias, las mismas que se utilizarían solo en el caso donde no se pueda establecer una sanción pecuniaria⁵⁴ o cuando se alcancen los topes de multas y sea necesaria una sanción mayor.

Asimismo, debe advertirse que para el caso de los organismos reguladores, el costo administrativo por establecer sanciones (k) se encuentra incorporado en sus actividades y por ende incluido en lo que abarca el aporte por regulación recibido.

De lo mencionado en los párrafos anteriores, la fórmula de la multa óptima toma la siguiente forma:

$$m^* = \frac{D}{p}$$

Cabe precisar que la sanción óptima socialmente no necesariamente es disuasiva. Para mostrar ello se regresará a la comparación que realiza el potencial infractor al momento de decidir si cumple o no con la normativa:

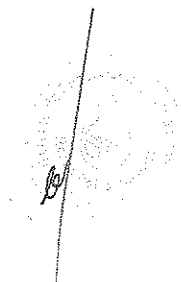
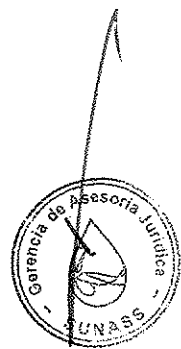
B vs. p.M

⁵¹ Debe tenerse en cuenta que por ejemplo aspectos como la ética, entre otros, se encuentran incorporados en la sanción esperada.

⁵² Formalmente, se tiene que: $\frac{\partial p}{\partial e} > 0$, $\frac{\partial^2 p}{\partial e^2} < 0$.

⁵³ Para un mayor detalle de las operaciones matemáticas, véase Molinelli (2008).

⁵⁴ Como en el caso de informalidad.



Reemplazando la sanción óptima en (M) se tiene que:

$$B \text{ vs. } p \cdot \left(\frac{D}{p}\right)$$

De donde se puede apreciar que la comparación que realizará el potencial infractor será:

$$B \text{ vs. } D$$

De modo tal que cuando el daño generado sea mayor al beneficio ilícito ($B < D$), se cumpliría con la normativa; mientras que cuando el beneficio ilícito sea mayor al daño generado ($B > D$), se incumplirá la normativa.

Por lo tanto, a pesar que las sanciones óptimas maximizan el bienestar social, no necesariamente disuaden conductas infractoras a la normativa, tal como se ha mostrado. Por lo que se optará por utilizar sanciones que disuadan actos ilícitos, las mismas que se presentan a continuación.

▪ **Sanciones disuasivas.-**

5.21 Siguiendo a Becker (1968)⁵⁵, se tiene que el beneficio esperado⁵⁶ que obtiene un agente cuando decide infringir la normativa es igual a:

$$E(B) = p \cdot (B - M) + (1 - p) \cdot (B)$$

Eso se debe a que si decide infringir la normativa obtiene un beneficio ilícito (B); no obstante, existen dos posibles escenarios excluyentes:

- i) En el primer escenario, el infractor es detectado infringiendo dicha normativa, en cuyo caso recibe una sanción (M), de donde el infractor obtiene un beneficio ilícito neto igual a ($B - M$), lo que ocurre con una probabilidad igual a p , o
- ii) En el segundo escenario, el infractor no es detectado, lo que ocurre con una probabilidad ($1 - p$), consiguiendo todo el beneficio ilícito.

A partir de lo cual se busca que la actividad ilícita no sea rentable, de donde:

$$E(B) = p \cdot (B - M) + (1 - p) \cdot (B) = 0$$

Realizando algunas operaciones se tiene que:

$$\begin{aligned} E(B) &= p \cdot B - p \cdot M + B - p \cdot B = 0 \\ E(B) &= -p \cdot M + B = 0 \\ -p \cdot M + B &= 0 \end{aligned}$$

⁵⁵ Becker, *op. cit.* pág. 177, nota al pie 16.

⁵⁶ La utilidad esperada de infringir la normativa que presenta Becker es igual a:

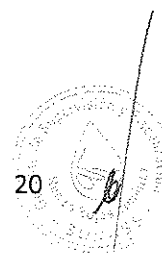
$$E(U) = p \cdot U(B - M) + (1 - p) \cdot U(B)$$

Donde:

$U(\cdot)$: es la función de utilidad, que para el caso de una empresa es la función de beneficios.

En este documento se asumirá una función de utilidad que implica neutralidad al riesgo como la siguiente:

$$U(x) = x$$



Despejando la sanción disuasiva se tiene que:

$$M = \frac{B}{p}$$

De donde, incluyendo en M solo a sanciones pecuniarias, ya que las sanciones no pecuniarias son costosas socialmente como se indicó anteriormente, se tiene:

$$m^d = \frac{B}{p}$$

Dicha sanción (m^d) provocaría que los agentes bajo análisis no presenten incentivos a incumplir la normativa, ya que si lo hicieran no obtendrían ningún beneficio esperado por su accionar ilícito⁵⁷.

Nótese que si se estuviera frente a una sanción no disuasiva, al incrementarse la probabilidad de detección y sanción (p), a través de un incremento en el esfuerzo de supervisión (e), o aumentando el monto de sanción (m), se reduciría el número de infracciones cometidas⁵⁸. Sin embargo, en caso la sanción establecida sea disuasiva, se presenta la posibilidad de sustitución entre ambos instrumentos para el regulador, es decir que se puede incrementar el esfuerzo en supervisión, lo que incrementa la probabilidad de detección y con ello disminuir el monto de las sanciones o viceversa; no obstante, dicha sustitución entre instrumentos dependerá nuevamente del supuesto que se haga en relación a la actitud con respecto al riesgo de los agentes analizados⁵⁹.

V.2 Propuesta de "Metodología para el cálculo de multas"

Situación actual y problemática:

▪ Sanciones impuestas por la SUNASS en el período 2007-2013

5.22 Actualmente la SUNASS contempla dos tipos de sanciones: amonestación escrita y multa⁶⁰. El criterio para definir si una sanción se configurará como una amonestación escrita o multa, es que realizado el análisis costo-beneficio, si el costo administrativo de imponer la multa supera al monto

⁵⁷ Esto se cumple bajo el supuesto de aversión al riesgo o incluso bajo neutralidad, asumiendo que en caso de indiferencia los agentes preferirán cumplir la normativa a incumplirla. Las conclusiones no serían extrapolables a agentes amantes del riesgo.

⁵⁸ "(...) when other variables are held constant, an increase in a person's probability of conviction or punishment if convicted would generally decrease, perhaps substantially, perhaps negligibly, the number of offenses he commits". Becker (1968, pág. 176).

[Traducción libre: Cuando las otras variables se mantienen constantes, un incremento en la probabilidad de sanción de la persona puede generalmente disminuir, quizás considerablemente, quizás insignificadamente, el número de faltas que éste comete.]

⁵⁹ "An increase in p_j "compensated" by an equal percentage reduction in f_j would not change the expected income from an offense¹⁷ but could change the expected utility, because the amount of risk would change. It is easily shown that an increase in p_j would reduce the expected utility, and thus the number of offenses, more than an equal percentage increase in f_j ¹⁸ if j has preference for risk; the increase in f_j would have the greater effect if he has aversion to risk; and they would have the same effect if he is risk neutral¹⁹". Becker (1968, pág. 178).

[Traducción libre: Un incremento en p_j "compensado" por una reducción porcentual en la sanción m^f , no haría que cambie el ingreso esperado por cometer un crimen, pero podría cambiar la utilidad esperada, debido a que la cantidad de riesgo podría cambiar. Es sencillo mostrar que un incremento en p_j podría reducir la utilidad esperada, y así el número de crímenes, más que un incremento igual en la sanción (m^f). si el agente es amante del riesgo, el incremento en la sanción tendría un efecto mayor que si fuera adverso al riesgo, y tendría el mismo efecto si fuera neutral al riesgo.]

⁶⁰ Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS.-

"Artículo 32.- Tipos de sanción

Las sanciones que impondrá la SUNASS por las infracciones tipificadas en el presente Reglamento, son de dos tipos:

- (i) Amonestación Escrita.
- (ii) Multa."

