

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO

Revocan en parte la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-SUNASS-CD

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 012-2017-SUNASS-CD

Lima, 19 de mayo de 2017

VISTOS:

La solicitud presentada por EMUSAP ABANCAY S.A.C. (EPS), el Informe N° 006-2017-SUNASS-110 de las gerencias de Regulación Tarifaria y de Supervisión y Fiscalización y el Informe N° 009-2017-SUNASS-060 de la Gerencia de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-SUNASS-CD¹ (**Resolución 015**), la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (**SUNASS**) aprobó la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión de la **EPS** para el quinquenio regulatorio 2014-2019.

El numeral I del literal C del Anexo N° 2 de la **Resolución 015** estableció que los incrementos tarifarios para el segundo año regulatorio (7.5% en agua potable y 7.5% en alcantarillado) correspondientes a la implementación del mecanismo de compensación ambiental y manejo de cuencas en la Microcuenca Mariño: Laguna Rontoccocha (**Mecanismos de Retribución por**

Servicios Ecosistémicos-MRSE) serían aplicados previa presentación a la **SUNASS** de los siguientes documentos:

i. Plan de Compensación Ambiental y Manejo de Cuencas² (**PCA**), así como el convenio suscrito entre la **EPS** y las comunidades que contribuyan con la conservación, recuperación y manejo sostenible de la Microcuenca Mariño.

ii. Acuerdo del directorio de la **EPS** disponiendo la creación de un fondo exclusivo para financiar la implementación del **PCA**, el cual sólo podrá ser utilizado para tal fin.

iii. Licencia de uso de agua con fines poblacionales, otorgado por la Autoridad Local del Agua (ALA) a favor de la **EPS** por un caudal de al menos 60 l/s. provenientes de la laguna Rontoccocha.

1.2. Con Oficio N° 461-2016/SUNASS-120³, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (**GSF**) de la **SUNASS** remitió a la **EPS** el Informe N° 250-2016-SUNASS-120-F, en el cual se concluye que ésta no cumplió las condiciones establecidas en la **Resolución 015** para acceder a los incrementos tarifarios previstos para el segundo año regulatorio, ya que no presentó la licencia de uso de agua con fines poblacionales (tercera condición prevista en el ítem iii del numeral I del literal C del Anexo N° 2 de la **Resolución 015**).

1.3. A través del Oficio N° 138-2016-EMUSAP-AB-SAC/GG⁴, la **EPS** solicita a la **GSF** que evalúe la modificación parcial de la **Resolución 015**, en el extremo referido al ítem iii del numeral I del literal C de su Anexo N° 2, relativo a la presentación de la licencia de uso de agua con fines poblacionales, debido a que le era imposible obtener dicha licencia por los siguientes motivos:

- Pro-Desarrollo de Apurímac, unidad ejecutora del Gobierno Regional de Apurímac, programó la ejecución de obras en la microcuenca Mariño, entre ellas, la ampliación de la represa existente en la laguna Rontoccocha y la construcción de dos represas en la parte alta de dicha laguna (**Proyecto Mariño**). Este proyecto sería financiado por la KfW en virtud del convenio suscrito entre dicha entidad y el Gobierno Regional con el fin de garantizar una mayor disponibilidad de agua para riego y uso poblacional.

- Esta mayor disponibilidad de agua para uso poblacional sería la fuente de abastecimiento de la Planta de Tratamiento de Agua Potable (PTAP) de 82 l/s en construcción por el Gobierno Regional de Apurímac en el marco del proyecto "*Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la Ciudad de Abancay*" (SNIP N° 90700).

- En este contexto, en noviembre de 2015, la **EPS** solicitó a la Administración Local del Agua Medio Apurímac Pachachaca⁵ la ampliación de su licencia⁶ de uso de agua de la laguna Rontoccocha de 20 l/s a 80 l/s; sin embargo, la Autoridad Administrativa del Agua XI Pampas – Apurímac concluyó que correspondía encauzar la solicitud de la **EPS** al procedimiento de acreditación de disponibilidad hídrica⁷, la cual sería el sustento técnico para una posterior modificación de su licencia de uso de agua.

¹ Publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 3.7.2014.

² Entiéndase también como Plan de Retribución por Servicios Ecosistémicos en el Área de Conservación Ambiental Rontoccocha 2015-2018.

³ Notificado a la **EPS** el 20.5.2016.

⁴ Recibido por la **SUNASS** el 27.6.2016.

⁵ La **EPS** presentó ante la Administración Local del Agua Medio Apurímac Pachachaca su solicitud de ampliación de licencia de uso de agua de la laguna Rontoccocha, esta autoridad trasladó dicha solicitud a la Autoridad Administrativa del Agua XI Pampas – Apurímac.

⁶ La **EPS** remitió copia del Informe N° 173-2015-ANA-AAA.XI.PA/SDARH/JCH elaborado por la AAA Pampas – Apurímac en la que señala como referencia el Expediente Administrativo N° 2198-2015-ALA MAP de fecha 19.11.2015 presentado por el Sr. Isac Arias Hoyos, gerente general de la **EPS**.

⁷ Según consta en el Informe N° 173-2015-ANA-AAA.XI.PA/SDARH/JCH.

- Pro-Desarrollo de Apurímac fue desactivada y se resolvió el convenio entre el Gobierno Regional de Apurímac y la KfW, por lo que la ampliación de la represa existente y la construcción de las dos represas proyectadas en la parte alta de la laguna Rontococha quedaron sin ejecutarse y, consecuentemente, la **EPS** no podía sustentar la disponibilidad hídrica solicitada que justifique la ampliación de la licencia de uso de agua.

1.4. Mediante Memorándum N° 316-2016/SUNASS-120⁸, la **GSF** elevó el expediente de supervisión⁹ de la **EPS** a la Gerencia de Asesoría Jurídica para consultar sobre el trámite que correspondía dar al Oficio N° 138-2016-EMUSAP-AB-SAC/GG presentado por la **EPS**.

1.5. En el Informe N° 040-2016-SUNASS-060¹⁰, la Gerencia de Asesoría Jurídica concluye que el Oficio N° 138-2016-EMUSAP-AB-SAC/GG presentado por la **EPS** constituye una solicitud para que la **SUNASS** evalúe la revocación parcial de la **Resolución 015**, siendo el Consejo Directivo la autoridad competente para resolverla.

1.6. Por correo electrónico del 3.3.2017, el Gerente de Proyectos de América Latina y el Caribe de la KfW comunicó al Gerente de Políticas y Normas de la **SUNASS**, en atención a la consulta formulada por correo electrónico del 1.3.2017, que la KfW no financiará el **Proyecto Mariño**.

1.7. A través del Informe N° 006-2017-SUNASS-110¹¹, el cual forma parte integrante de la presente resolución¹², las gerencias de Regulación Tarifaria y de Supervisión y Fiscalización analizaron en forma conjunta la exigibilidad de la tercera condición establecida en el ítem iii del numeral I del literal C del Anexo N° 2 de la **Resolución 015**, para otorgar a la **EPS** los incrementos tarifarios base del segundo año regulatorio relacionados a la implementación de **MRSE**, concluyendo que es pertinente la modificación de la **Resolución 015** en dicho extremo.

II. CUESTIÓN A DETERMINAR

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde determinar si resulta procedente revocar parcialmente la **Resolución 015**.

III. ANÁLISIS

3.1 La potestad de revocación de un acto administrativo –que fue válidamente emitido en su oportunidad– está recogida en el artículo 212 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹³ (TUO de la LPAG), el cual dispone lo siguiente:

Artículo 212.- Revocación

212.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes supuestos:

212.1.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma de rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

212.1.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

212.1.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

212.1.4 Cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público.

La revocación prevista en este numeral solo puede ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para presentar sus alegatos y evidencias en su favor.

(...)

Teniendo en cuenta el marco normativo del sector y los hechos detallados en los antecedentes de esta resolución (la **EPS** ha puesto en conocimiento de la **SUNASS** que le resulta imposible fácticamente cumplir la tercera condición establecida en la **Resolución 015** para obtener los incrementos tarifarios base del segundo año regulatorio), corresponde analizar la procedencia de la revocatoria de la **Resolución N° 015** en el marco del supuesto previsto en el numeral 212.1.3 del artículo 212 del TUO de la LPAG.

3.2 En tal sentido, corresponde a este Consejo verificar si concurren los requisitos señalados en el referido numeral 212.1.3 del artículo 212 del TUO de la LPAG, los cuales se citan a continuación:

- Se aprecien elementos de juicio sobrevinientes.
- Se favorezca legalmente a los destinatarios del acto administrativo.
- No se generen perjuicios a terceros.

Elementos de juicio sobrevinientes

3.3 En el Informe N° 006-2017-SUNASS-110 elaborado por las gerencias de Regulación Tarifaria y de Supervisión y Fiscalización se sostiene la imposibilidad del cumplimiento de la tercera condición prevista en el ítem iii del numeral I del literal C del Anexo N° 2 de la **Resolución 015**, por las siguientes razones:

- La Autoridad Administrativa del Agua (AAA) requirió, como una condición previa para otorgar la ampliación de licencia de agua solicitada por la **EPS**, que ésta obtenga la acreditación de disponibilidad hídrica:

En efecto, en noviembre de 2015, la **EPS** tramitó ante la ALA Medio Apurímac - Pachachaca la ampliación de su licencia de agua para fines poblacionales de 20 l/s a 80 l/s, pero la AAA14 Pampas – Apurímac comunicó a la **EPS** que previamente debía obtener la acreditación de disponibilidad hídrica, para luego solicitar la mencionada licencia de uso de agua, según consta en el Informe N° 173-2015-ANA-AAA.XI.PA/SDARH/JCH, que obra en el folio 314 del expediente.

Para obtener la referida acreditación de disponibilidad hídrica, la AAA Pampas – Apurímac le pidió a la **EPS** presentar un Estudio Hidrológico que analice la oferta hídrica de la cuenca, los usos y demanda de agua, el balance hídrico y que describa el plan de aprovechamiento e ingeniería del **Proyecto Mariño**. La disponibilidad hídrica poblacional se sustenta en la ejecución paralela del **Proyecto Mariño** (ampliación de la represa de la laguna Rontococha y la construcción de dos represas adicionales en la parte alta de dicha laguna) con el financiamiento de la KfW y la implementación de los **MRSE**.

⁸ Recibido por la Gerencia de Asesoría Jurídica el 25.8.2016.

⁹ Dicho expediente se organizó en virtud de la solicitud de la **EPS** para que la **SUNASS** apruebe los incrementos tarifarios correspondientes al segundo año regulatorio.

¹⁰ Recibido por la **GSF** el 6.12.2016.

¹¹ Recibido por la Gerencia de Asesoría Jurídica el 11.5.2017.

¹² Según el numeral 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 20.3.2017:

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

[...]

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. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo".

¹³ Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS publicado en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 20.3.2017.

¹⁴ La **EPS** remitió copia del Informe N° 173-2015-ANA-AAA.XI.PA/SDARH/JCH elaborado por la AAA Pampas – Apurímac en la que señala como referencia el Expediente Administrativo N° 2198-2015-ALA MAP de fecha 19.11.2015 presentado por el Sr. Isac Arias Hoyos, gerente general de la **EPS**.

- Retiro del financiamiento del **Proyecto Mariño**:

Por correo electrónico del 3.3.2017, que obra en el folio 378 del expediente, la KfW corroboró que, en mayo de 2016, retiró el financiamiento del **Proyecto Mariño**, lo que originó su inejecución.

- Inejecución del **Proyecto Mariño**:

Como consecuencia del retiro del financiamiento del **Proyecto Mariño**, no se construirán las represas que formaban parte de dicho proyecto, y la **EPS** no podrá sustentar la disponibilidad hídrica adicional ni obtener la ampliación de su licencia de uso de agua con fines poblacionales.

3.4 De lo expuesto precedentemente, este Consejo aprecia que se han presentado hechos que brindan elementos de juicio sobrevinientes a la dación de la **Resolución N° 015**, los cuales evidencian la imposibilidad de que la **EPS** obtenga la licencia de uso de agua con fines poblacionales por un caudal de al menos 60 l/s provenientes de la laguna Rontoccocha (tercera condición prevista en el ítem iii del numeral I del literal C del Anexo N° 2 de la **Resolución 015**), debido a que la acreditación de disponibilidad hídrica solicitada por la AAA depende del **Proyecto Mariño**, el cual no es posible ejecutarse.

Favorecer legalmente a los destinatarios del acto administrativo

3.5 En el Informe N° 250-2016-SUNASS-120-F, la **GSF** concluye que la **EPS** no puede obtener los incrementos tarifarios para el segundo año regulatorio (7.5% en agua potable y 7.5% en alcantarillado), cuyo destino es la implementación de los **MRSE**, debido a que la **EPS** no ha cumplido la tercera condición prevista en el ítem iii del numeral I del literal C del Anexo N° 2 de la **Resolución 015** (presentación de la licencia de uso de agua con fines poblacionales).

En consecuencia, al retirarse de la **Resolución 015** la aludida tercera condición, por haberse tornado imposible su cumplimiento debido a la valoración de los elementos de juicio sobrevinientes, la **EPS** obtendrá los mencionados incrementos tarifarios con los cuales implementará los **MRSE** que permitirán a la **EPS** mejorar la regulación hídrica de la microcuenca Mariño y asegurar un menor efecto de estrés hídrico en la oferta de agua proveniente de la laguna Rontoccocha durante los meses de estiaje, según se indica en el Informe N° 006-2017-SUNASS-110.

3.6 Por lo tanto, este Consejo aprecia que se cumple este segundo requisito ya que la modificación de la **Resolución 015** le permitirá a la **EPS** contar con financiamiento para implementar los **MRSE**, lo cual beneficiará directamente a la **EPS** y a los usuarios del servicio, como destinatarios de dicho acto administrativo, beneficios que no transgreden el marco legal.

No generar perjuicios a terceros

3.7 A efectos de verificar este requisito, es preciso identificar si hay derechos de terceros que derivan de la relación jurídica creada por la **Resolución 015** y, en caso ello ocurra, determinar si el retiro de la tercera condición prevista en el ítem iii del numeral I del literal C del Anexo N° 2 de dicho acto administrativo les generaría algún tipo de perjuicio.

3.8 En el presente caso este Consejo advierte que el extremo de la **Resolución 015** que se pretende modificar no genera un derecho o beneficio a favor de terceros, sino es una condición impuesta a la **EPS** que debe cumplir de manera previa para acceder a los incrementos tarifarios del segundo año regulatorio.

3.9 Por consiguiente, este Consejo determina que se cumple este tercer requisito, ya que la decisión de revocar parcialmente la **Resolución 015** no genera perjuicios a terceros; por el contrario, al eliminarse el impedimento para que la **EPS** acceda a los incrementos tarifarios base del segundo año regulatorio, se implementarán los **MRSE**, con lo cual la **EPS** podrá cumplir los compromisos pactados con la comunidad campesina de Atumpata,

así como cubrir las expectativas de diversos actores de la sociedad civil (la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Programa Bosques Andinos, el Proyecto Bosques Manejados, la Comunidad Micaela Bastidas, la comunidad de Atumpata y la ONG CEDES Apurímac, con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y la ONG CESAL) respecto al impacto positivo que la ejecución de los **MRSE** tendrán, conforme se señala en el Informe N° 006-2017-SUNASS-110.

3.10 Ahora bien, el artículo 212 del TUO de la LPAG señala que la más alta autoridad de la entidad competente declarará la revocación, previa oportunidad a los posibles afectados de presentar sus alegatos y evidencias en su favor, para lo cual se les otorgará un plazo no menor de 5 días.

Al respecto, este Consejo considera en este caso en particular que es innecesario el cumplimiento de la exigencia a la que se refiere el párrafo anterior porque, tal como se mencionó en los numerales 3.7 y 3.8 de la presente resolución, la revocatoria de la **Resolución 015** no genera ningún tipo de perjuicio y es la propia **EPS** quien la ha solicitado.

3.11 Por lo expuesto, este Consejo considera que sí concurren los requisitos señalados en el numeral 212.1.3 del artículo 212 del TUO de la LPAG, por lo que corresponde revocar en parte la **Resolución 015**, en el extremo referido a la tercera condición prevista en el ítem iii del numeral I del literal C de su Anexo N° 2.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 del Reglamento General de la **SUNASS**, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, y el artículo 212 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Jurídica y la Gerencia General, el Consejo Directivo en su sesión del 16 de mayo de 2017.

RESUELVE:

Artículo 1°.- REVOCAR EN PARTE la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-SUNASS-CD, en el extremo referido al ítem iii del numeral I del literal C de su Anexo N° 2.

Artículo 2°.- NOTIFICAR a EMUSAP ABANCAY S.A.C la presente resolución y el Informe N° 006-2017-SUNASS-110.

Artículo 3°.- La presente resolución deberá publicarse en el diario oficial El Peruano y en la página web de la SUNASS (www.sunass.gob.pe). El Informe N° 006-2017-SUNASS-110 se publicará en la página web de la SUNASS.

Regístrese, notifíquese y publíquese.

Iván LUCICH LARRAURI
Presidente del Consejo Directivo

1524053-1