

De lo regulado en el citado Reglamento, se desprende que el apelante debe estar en desacuerdo con la decisión emitida por el Registrador Público, siendo su pretensión que el Tribunal Registral la revoque, por ello es que constituye un requisito de admisibilidad que el recurrente fundamente su impugnación, de lo contrario el recurso no podrá ser admitido.

4. En el presente caso, el apelante interpone recurso de apelación con la finalidad de obtener un plazo adicional para poder subsanar los defectos advertidos, es decir, no muestra disconformidad con la observación ni con la liquidación efectuada sino sólo pretende ampliar el plazo de vigencia del asiento de presentación.

Siendo así, carece de objeto el procedimiento recursal de apelación que busca precisamente revisar en segunda instancia las decisiones del inferior jerárquico ante el cuestionamiento del recurrente y lograr de este modo un segundo pronunciamiento.

La interposición del recurso de apelación si bien produce la prórroga automática del plazo de la vigencia del asiento de presentación, sin embargo, esta prórroga tiene otra finalidad, entre otros: la subsanación de los defectos confirmados o ampliados por el Tribunal Registral.

Interviene como Vocal supiente Andrea Paola Gotuzzo Vásquez, autorizada mediante Resolución N° 16-2008-SUNARP/PT del 22 de enero de 2008.

Estando a lo acordado por unanimidad.

#### VII. RESOLUCIÓN

**DECLARAR IMPROCEDENTE** el recurso de apelación presentado mediante H.T. N° 27-2008 por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Regístrese y comuníquese.

MARTHA DEL CARMEN SILVA DÍAZ  
Presidenta(e) de la Primera Sala  
del Tribunal Registral

NORA MARIELLA ALDANA DURÁN  
Vocal del Tribunal Registral

ANDREA PAOLA GOTUZZO VÁSQUEZ  
Vocal(s) del Tribunal Registral

195467-1

## SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO

**Declaran infundadas impugnaciones  
y ratifican la Resolución de Gerencia  
General N° 166-2007-SUNASS-GG**

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
N° 024-2008-SUNASS-CD**

Lima, 28 de abril de 2008

VISTOS:

El Expediente sobre Procedimiento Administrativo Sancionador N° 007-2007-GSF iniciado contra Aguas de Tumbes S.A.

El informe oral efectuado por Aguas de Tumbes S.A. de fecha 26 de febrero de 2008; y,

CONSIDERANDO:

#### I. Antecedentes

1.1 Con fecha 16 de septiembre del 2004, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada -Proinversión-

convocó a la Licitación Pública Internacional para la Concesión de los Servicios de Agua y Saneamiento de las provincias de Tumbes, Contralmirante Villar y Zarumilla, en adelante, la Concesión.

1.2 Posteriormente, el Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento -SUNASS-, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2005-SUNASS-CD del 10 de junio del 2005, aprobó la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión aplicables a la empresa que se adjudique la Concesión.

1.3 Con fecha 22 de julio del 2005, Proinversión otorgó la buena pro de la Concesión al consorcio conformado por las empresas Latinaguas Internacional S.A. y Concyssa S.A. Con fecha 30 de septiembre del 2005, se suscribió el Contrato de Concesión entre las Municipalidades Provinciales de Tumbes, Contralmirante Villar y Zarumilla, representados por sus alcaldes, y la empresa Aguas de Tumbes S.A. -ATUSA-, cuyos accionistas son las dos empresas que conforman el consorcio ganador de la Licitación Pública Internacional para la Concesión de los Servicios de Agua y Saneamiento en dichas provincias.

Las metas de gestión del primer año regulatorio de la Concesión que fueron aprobadas por la SUNASS mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2005-SUNASS-CD, se incorporaron en los Anexos N°s. 3 y 4 del Contrato de Concesión suscrito entre los Municipios Provinciales y ATUSA<sup>1</sup>.

1.4 Luego de transcurrido el Primer Año Regulatorio, mediante Informe N° 005-2007-SUNASS-120 denominado "Evaluación del Cumplimiento de las Metas de Gestión del Primer Año Regulatorio de la Concesión de los Servicios de Saneamiento en las provincias de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar" de fecha 29 de enero de 2007, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de la SUNASS concluyó que la Concesionaria, ATUSA, había incumplido con las siguientes metas de gestión del Primer Año Regulatorio:

- (i) Incremento Anual del Número de Conexiones Domiciliarias de Agua Potable;
- (ii) Incremento Anual de Número de Conexiones Domiciliarias de Alcantarillado; y,
- (iii) Relación de Trabajo.

1.5 Como consecuencia de ello, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 006-2007-SUNASS-GSF de fecha 15 de mayo de 2007 y notificada el 21 de mayo de 2007, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador en contra de ATUSA, por la presunta Infracción N° 3 del Anexo Único del Reglamento de Infracciones y Sanciones y Escala de Multas Aplicables a las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-SUNASS: "Incumplimiento de las Metas de Gestión establecidas por SUNASS"<sup>2</sup>.

1.6 Luego de evaluarse los descargos presentados por la empresa, mediante Resolución de Gerencia General N° 107-2007-SUNASS-GG de fecha 23 de agosto de 2007 y notificada el 4 de septiembre de 2007, se resolvió declarar a la empresa ATUSA, como responsable de la comisión de la Infracción N° 3 del Anexo Único del Reglamento de Infracciones y Sanciones y Escala de Multas Aplicables a las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-SUNASS, imponiéndose

<sup>1</sup> El Anexo N° 3 del Contrato de Concesión contiene el texto de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2005-SUNASS-CD.

El Anexo N° 4 del Contrato de Concesión contiene las metas de gestión que el Concesionario se compromete a cumplir en la Etapa Inicial de la Concesión.

<sup>2</sup> Vigente al momento de ocurrir el incumplimiento, que dio lugar a la supuesta infracción.

una multa administrativa ascendente a 33,83 (Treinta y Tres con 83/100) Unidades Impositivas Tributarias.

1.7 Dentro del plazo previsto en el artículo 207.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, ATUSA presentó a la SUNASS, mediante Escrito s/n recibido el 25 de septiembre de 2007 y Escrito N° 2 recibido el 27 de septiembre de 2007, Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 107-2007-SUNASS-GG.

1.8 Luego de evaluarse los argumentos presentados por la empresa, mediante Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG de fecha 28 de diciembre de 2007, se resolvió declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa ATUSA, y por ende, ratificar la Resolución de Gerencia General N° 107-2007-SUNASS-GG, en el extremo que la declara responsable de la comisión de la infracción N° 3 del Anexo Único del Reglamento de Infracciones y Sanciones y Escala de Multas Aplicables a las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-SUNASS, respecto de las metas de gestión "Incremento Anual del Número de Conexiones Domiciliarias de Agua Potable", "Incremento Anual del Número de Conexiones Domiciliarias de Alcantarillado" y "Relación de Trabajo". Asimismo, declara fundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por ATUSA en cuanto al monto de la multa impuesta, y reformando la Resolución de Gerencia General N° 107-2007-SUNASS-GG en ese extremo, impone una multa administrativa ascendente a 30,5 (Treinta con 50/100) Unidades Impositivas Tributarias.

1.9 Dentro del plazo previsto en el artículo 207.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, ATUSA ha presentado a la SUNASS, mediante escrito s/n recibido el 31 de enero de 2008, Recurso de Apelación y Nulidad contra la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG.

## II. Cuestión a determinar

2.1 Determinar si corresponde declarar fundado o infundado el Recurso de Nulidad interpuesto por ATUSA contra la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG, en base a los argumentos expuestos por la referida empresa.

2.2 Determinar si corresponde declarar fundado o infundado el Recurso de Apelación interpuesto por ATUSA contra la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG, en base a los argumentos expuestos por la referida empresa.

## III. Análisis

### 3.1. Sobre la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG

ATUSA señala que la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG que declara infundado su Recurso de Reconsideración, es nula porque incurre en las causales de nulidad del acto administrativo previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup> (LPAG). Es decir, porque contraviene la Constitución y las Leyes, y porque no cumple con los requisitos legales de validez exigidos por los numerales 3 y 5 del artículo 3° de la LPAG<sup>4</sup>, al no adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan facultades a la SUNASS, y al no haber cumplido, antes de su emisión, con el procedimiento administrativo previsto para su generación como consecuencia de no actuarse las pruebas ofrecidas.

Con respecto al primer argumento del Recurso de Nulidad esgrimido por ATUSA en el sentido de que el accionar de SUNASS no se ha adecuado a las finalidades de interés público asumidas por las normas que le otorgan facultades, debe tenerse presente que, dentro de los objetivos específicos de la entidad, contenidos en el artículo 15° del Reglamento General de la SUNASS, Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, se encuentra el

supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la normatividad sobre prestación de los servicios de saneamiento y de las metas de calidad y cobertura sobre dichos servicios; así como el velar por el cumplimiento de los contratos de concesión de los servicios de saneamiento. La función supervisora permite a la SUNASS verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS); mientras que la función fiscalizadora y sancionadora le permite imponer sanciones y medidas correctivas por el incumplimiento de las normas aplicables, de las disposiciones dictadas por ella misma, y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. En ese sentido, el presente procedimiento administrativo sancionador responde al ejercicio de la función de supervisión y fiscalización de la SUNASS prevista en los artículos 32° y siguientes del Reglamento General de la SUNASS, y no a alguna finalidad personal de la propia autoridad, de un tercero, u a otra finalidad pública distinta a la prevista en la Ley. Por lo tanto, a consideración de este Consejo Directivo, la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG cumple con el requisito de finalidad pública del acto administrativo a que se refiere el numeral 3 del artículo 3° de la LPAG.

En cuanto al segundo argumento del Recurso de Nulidad referido a que no se actuaron las pruebas ofrecidas por ATUSA, el artículo 163.1 de la LPAG<sup>5</sup> señala que solo podrán rechazarse motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios<sup>6</sup>.

En el presente procedimiento administrativo sancionador, el fondo del asunto es determinar si ATUSA ha incurrido en la infracción N° 3 del Anexo Único del Reglamento de Infracciones y Sanciones y Escala de Multas Aplicables a las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-SUNASS, "Incumplimiento de las

<sup>3</sup> Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14°.

(...)

<sup>4</sup> Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

3.- Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indiquen los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

5.- Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."

<sup>5</sup> Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

(...)

<sup>6</sup> Cabe señalar que el sustento que ha tenido la Gerencia General de la SUNASS para no actuar los referidos medios de prueba reside, entre otros, en que éstos pretenden cuestionar los parámetros que sirvieron de base para la determinación de las metas de gestión.

Metas de Gestión establecidas por SUNASS". En tal sentido, los medios de prueba ofrecidos por ATUSA deben tener por finalidad el demostrar que la empresa cumplió con las metas de gestión o demostrar la ocurrencia de un hecho no previsto y ajeno a la empresa que justifique el incumplimiento en el que habría incurrido. Sin embargo, en su Recurso de Reconsideración, ATUSA señala que los medios de prueba "principales" están destinados a demostrar (i) que el criterio adoptado por ATUSA para la medición de las metas de gestión referidas al incremento anual de conexiones de agua potable y alcantarillado es el correcto, y (ii) la falta de necesidad de que ATUSA instale directamente las conexiones de agua y alcantarillado.

Es así que ATUSA ofrece como medio de prueba, un peritaje técnico para lo cual propone al Banco Mundial, a fin de que el perito se pronuncie sobre cual debe ser el criterio aplicable para determinar el cumplimiento de las metas de gestión referidas al incremento anual de conexiones de agua potable y alcantarillado. Sobre el particular, este medio de prueba resulta a todas luces innecesario por cuanto ha sido el mismo Consejo Directivo de la SUNASS quien en ejercicio de su función reguladora, ha aprobado las referidas metas de gestión; no habiendo necesidad de recurrir a un perito para que se sustituya en el órgano máximo de la SUNASS y precisé qué tipo de conexiones deben considerarse para efectos de verificar el cumplimiento de las referidas metas de gestión. Dicha determinación corresponde que la efectúe el Consejo Directivo, que es el órgano que ejerce de forma exclusiva la función reguladora.

De otro lado, ATUSA ofrece como medio de prueba, un cuadro informativo sobre las conexiones de agua potable y alcantarillado que serán instaladas en el denominado Lote 6 de la Concesión por ATUSA y por terceros; así como una solicitud para que el Gobierno Regional de Tumbes, la Municipalidad Provincial de Tumbes y el Programa "A Trabajar Urbano" informen sobre los proyectos para instalar las conexiones de agua potable y alcantarillado que vienen ejecutando, con la finalidad de acreditar que no habían predios en donde instalar más conexiones capaces de cubrir las metas de gestión. Asimismo, ofrece como medio de prueba, una inspección ocular para obtener información catastral con el objeto de verificar la falta de necesidad de que ATUSA instale directamente conexiones de agua potable y alcantarillado previstas en las metas de gestión. En otras palabras, lo que pretende ATUSA con la actuación de estos medios de prueba, es cuestionar los valores de las metas de gestión "Incremento Anual del Número de Conexiones Domiciliarias de Agua Potable" e "Incremento Anual de Número de Conexiones Domiciliarias de Alcantarillado", que fueron aprobadas por la SUNASS mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 012-2005-SUNASS-CD, lo cual no guarda relación con el objeto de este procedimiento administrativo sancionador. Cabe señalar que durante el primer año regulatorio, ATUSA no cuestionó las metas de gestión fijadas por la SUNASS ni alegó algún aspecto que impidiera su cumplimiento, por lo que a través del presente procedimiento administrativo sancionador, no puede pretenderse cuestionar actos administrativos firmes.

En consecuencia, los medios de prueba ofrecidos por ATUSA y rechazados por la Gerencia General en su Resolución de Gerencia General Nº 166-2007-SUNASS-GG, no guardan relación con el asunto que es materia del presente procedimiento administrativo sancionador o resultan innecesarios, por lo que no corresponde admitirlos, conforme lo establece el artículo 163.1 de la LPAG.

Por lo expuesto, se concluye que el Recurso de Nulidad interpuesto por ATUSA contra la Resolución de Gerencia General Nº 166-2007-SUNASS-GG, resulta infundado.

### **3.2. Sobre lo que debe de entenderse por nueva conexión domiciliaria de agua potable y alcantarillado**

3.2.1 ATUSA señala que *"la controversia se concentra en el distinto criterio de interpretación que SUNASS y*

*ATUSA han empleado para darle contenido a la palabra "nueva"*. ATUSA considera que "nueva" conexión es aquella que es incorporada por el Concesionario por primera vez al padrón de usuarios de la Concesión, contando con su respectivo contrato de suministro, independientemente de la persona o entidad que ha instalado directamente dicha conexión.

Al respecto, el artículo 71º del TUO del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, Decreto Supremo Nº 023-2005-VIVIENDA, establece que la conexión domiciliaria exterior comprende "la unión física o empalme a la red de distribución, la tubería de derivación y todos los demás elementos y accesorios, incluidos la caja del medidor". De otro lado, "Conexión Domiciliaria de Agua Potable" es definida en la cláusula 1.2 del Contrato de Concesión, como el "tramo de tubería y demás componentes comprendidos entre la red de distribución y la caja del medidor, incluyendo ésta"; y "Conexión Domiciliaria de Alcantarillado Sanitario" como el "tramo de tubería comprendido entre el empalme al colector público y la caja de registro de desagüe, incluyendo ésta, siempre y cuando se ubique fuera de los límites del predio correspondiente". Asimismo, de acuerdo con la cláusula 6.13 del Contrato de Concesión, ATUSA se ha comprometido a realizar las conexiones domiciliarias, con sujeción a las disposiciones vigentes del Reglamento Nacional de Construcciones.

Del TUO del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, así como de los términos del Contrato de Concesión, la "Conexión de Agua Potable" y la "Conexión de Alcantarillado Sanitario" constituyen obras civiles que tienen determinados elementos o componentes y que son verificables in situ. En ese sentido, debe considerarse que hay una conexión "nueva" cuando el usuario no contaba con conexión de agua potable o de alcantarillado y el Concesionario ha procedido a instalar, si se trata de una conexión domiciliaria de agua potable, la unión física a la red de distribución y la instalación de la tubería de derivación y todos los demás elementos y accesorios, incluida la caja del medidor; y si se trata de una conexión domiciliaria de alcantarillado, el empalme al colector público y la instalación de la caja de registro de desagüe.

Por lo tanto, no es correcto para efectos de evaluar el cumplimiento de las Metas de Gestión bajo discusión, considerar como una "nueva conexión", ya sea de agua potable o alcantarillado, simplemente el hecho de suscribir un nuevo contrato de suministro entre la empresa con un usuario que no figuraba en el padrón y que ya contaba con la conexión física, tal como pretende ATUSA. Ello implicaría considerar "nuevas conexiones" a la regularización de clandestinos que ya contaban con la conexión física y que simplemente han suscrito un contrato de suministro con la empresa; posición que no tiene sustento tanto en el Plan Maestro Optimizado elaborado por PROINVERSIÓN, como en el Estudio Tarifario elaborado por SUNASS, que determina las metas de gestión y el cual (i) hace referencia a la "instalación" de conexiones domiciliarias<sup>7</sup>, (ii) distingue entre conexiones "nuevas" y conexiones "existentes"<sup>8</sup>, y (iii) contiene el detalle del incremento de nuevas conexiones por localidad<sup>9</sup>.

De igual forma, deben considerarse únicamente las nuevas conexiones instaladas por ATUSA y no las

<sup>7</sup> El Estudio Tarifario hace referencia a la "instalación" de conexiones domiciliarias. Por ejemplo, en la página 83 del Estudio Tarifario se señala: "... Se tiene previsto instalar en el primer quinquenio 8,650 conexiones domiciliarias de agua potable" y en la página 87 se señala: "... Se tiene previsto instalar en el primer quinquenio 9,967 conexiones domiciliarias de alcantarillado".

<sup>8</sup> Páginas 51, 54, 58, 61, 62, 65, 69, 71, 74, y 77 del Estudio Tarifario.

<sup>9</sup> Página 124 del Estudio Tarifario.

realizadas por terceros, dado que, de acuerdo con el inciso c) de la cláusula 5.2.1 del Contrato de Concesión<sup>10</sup>, dicha empresa es la que ha asumido la obligación de cumplir las Metas de Gestión, para lo cual debe realizar las inversiones necesarias para su cumplimiento. Asimismo, el Plan Maestro Optimizado elaborado por PROINVERSIÓN, así como el Estudio Tarifario elaborado por SUNASS, prevén que las nuevas conexiones van a ser instaladas por el Concesionario, para lo cual se ha considerado un Programa de Inversiones, financiado con los incrementos tarifarios aprobados y otros ingresos<sup>11</sup>.

De otro lado, el artículo 106° del TUO del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento establece que la aplicación de las fórmulas tarifarias está asociada al cumplimiento de las metas de gestión establecidas para el quinquenio, razón por la cual la EPS está obligada a cumplirlas. Como puede advertirse, las metas de gestión son los compromisos a los que está obligada la EPS al aprobarse las fórmulas tarifarias, ya que existe una correspondencia de éstas con aquellas. En ese orden de ideas, los costos de las redes secundarias que permiten la ampliación de conexiones domiciliarias de agua potable y alcantarillado están incluidas en las tarifas que las EPS cobran a los usuarios, por lo que resulta exigible únicamente a éstas cumplir con las metas que fija el Organismo Regulador, para las cuales cuentan con el financiamiento correspondiente de los usuarios. En el caso particular, según el Estudio Tarifario, se proyectó dentro del Programa de Inversiones para el primer año regulatorio la suma de S/. 498 Mil y S/. 1'791 Mil Nuevos Soles para conexiones domiciliarias y red de colectores de alcantarillado, respectivamente; así como S/. 839 mil y S/. 1'822 Mil Nuevos Soles para conexiones domiciliarias y red de distribución de agua potable, respectivamente<sup>12</sup>; presupuesto de inversiones que habría permitido el cumplimiento de las metas de gestión fijadas por la SUNASS.

Cabe agregar que en la cláusula 6.13 del Contrato de Concesión, se establece que "En las zonas cubiertas por la red de distribución, la instalación de una nueva conexión domiciliar de agua potable o alcantarillado debe ser realizada por el Concesionario en un plazo no mayor de quince (15) días calendario, a partir de la firma del Contrato de Suministro con el usuario...", por lo que queda claro que el término "nueva conexión" está referido a la obra física y que su instalación debe ser realizada por el Concesionario.

En consecuencia, se concluye que no existen dudas sobre lo que debe entenderse por nueva conexión domiciliar de agua potable y alcantarillado, no siendo admisible comprender en dicha definición la regularización de conexiones clandestinas o a aquellas conexiones instaladas por terceros; no compartiendo el Consejo Directivo los argumentos expuestos en el informe pericial efectuado por el Dr. Jorge Carlos Rais sobre este aspecto para el caso peruano.

3.2.2. ATUSA argumenta que respecto a la interpretación literal de nueva conexión domiciliar adoptada por la SUNASS, ésta se olvida que la interpretación literal es tan sólo uno de los métodos de interpretación, no habiendo acudido a los usos y costumbres internacionales, ni tampoco ha optado por echar un vistazo a la realidad de la Concesión.

Sobre el particular, como ya se ha señalado, las metas de gestión aprobadas por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2005-SUNASS-CD, "Incremento Anual del Número de Conexiones Domiciliarias de Agua Potable" e "Incremento Anual del Número de Conexiones Domiciliarias de Alcantarillado" se refieren a "nuevas conexiones", por lo que no existe vacío o incertidumbre alguna que resolver mediante una interpretación, máxime si ATUSA no ha efectuado cuestionamiento alguno sobre esta materia durante el primer año regulatorio.

Debe tenerse presente que conforme al numeral 3.1 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, así como en los artículos 25° y 26° del Reglamento General de la SUNASS, la función reguladora es de competencia exclusiva y excluyente del Consejo Directivo de la

SUNASS, quedando facultado éste a establecer los niveles de cobertura y calidad de servicios para cada una de las localidades administradas por las EPS, en concordancia con los niveles tarifarios aprobados; es decir, el Consejo Directivo de la SUNASS es la única autoridad competente para definir las metas de gestión y los mecanismos de medición, entre otros.

De otro lado, en el supuesto negado que, efectivamente, hubiera existido alguna duda, incertidumbre u oscuridad en la redacción de las metas de gestión que evidencien una razonable discrepancia en cuanto a su real alcance, particularmente motivadas por la inclusión de la expresión "nuevas conexiones", ATUSA pudo haber solicitado al Consejo Directivo de la SUNASS, una aclaración, tal como lo prevé el artículo 406° del Código Procesal Civil<sup>14</sup>, aplicable supletoriamente en virtud de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y Final del mencionado Código<sup>15</sup>. Sin embargo, del mismo modo que en el caso anterior, ATUSA no lo hizo.

Con relación al cuestionamiento sobre el desconocimiento de la realidad de la Concesión, es pertinente señalar que, de acuerdo a la información recabada en la supervisión de campo llevada a cabo del 19 al 21 de junio del 2007, se advirtió que las propias unidades orgánicas operativas o comerciales de ATUSA, manejan y procesan adecuadamente la información concerniente a "nuevas conexiones" e "incorporación de clientes clandestinos" de manera independiente. Del mismo modo, los registros de los "Contratos de Prestación de Servicios de Agua Potable y/o Alcantarillado", revisados en la referida Supervisión de Campo, evidenciaron que ATUSA identificaba y registraba de manera independiente, los contratos derivados de nuevas conexiones de aquellos que se derivan de obra de terceros y/o clandestinas.

En otras palabras, la argumentación que hoy formula ATUSA insinuando la existencia de una imprecisión en los términos empleados al referirse a "nuevas conexiones", resulta contradictoria con la política que se maneja al interior de la propia empresa, en la que se advirtió que no existía duda o incertidumbre alguna respecto de qué considerar como "nuevas conexiones".

3.2.3. ATUSA argumenta que "recientemente, en la resolución apelada, puede apreciarse que, para incidir nuevamente en su "interpretación literal", SUNASS ha acudido al Estudio Tarifario, un texto elaborado por la propia SUNASS y que no obliga de modo alguno a ATUSA, que le sirvió de base a dicha entidad para aprobar la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y las metas de gestión aplicables a la concesión, contenidas en la Resolución N° 012-2005-SUNASS-CD".

Al respecto, para determinar las fórmulas tarifarias, estructuras tarifarias y metas de gestión de las EPS,

<sup>10</sup> El inciso c) de la cláusula 5.2.1. del Contrato de Concesión establece que el Concesionario asume la obligación de "cumplir las Metas de Gestión, realizando las inversiones necesarias para su cumplimiento, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 6 y en las Normas Regulatorias".

<sup>11</sup> El Anexo 6, ítem H, el Contrato de Concesión señala que "Los recursos que integran el Financiamiento Disponible tienen como propósito único financiar suministros y servicios para el mejoramiento y la ampliación del Sistema de Agua Potable y del Sistema de Alcantarillado Sanitario en el ámbito de las provincias de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar, en el marco del presente Contrato. En tal sentido, la utilización del Financiamiento Disponible depende exclusivamente de la programación y alcance de las inversiones que presente el Concesionario para alcanzar las Metas de Gestión y las Metas adicionales que se pudieran abarcar en caso de existir fondos remanentes".

<sup>12</sup> Ver Cuadro N° 3.30 del Estudio Tarifario, pag. 87

<sup>14</sup> CODIGO PROCESAL CIVIL

<sup>15</sup> DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES

PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

como es el caso de ATUSA, ésta debe contar con un Plan Maestro Optimizado (PMO), herramienta de planeamiento de largo plazo con un horizonte de 30 años y que contiene la programación de las inversiones en condiciones de eficiencia, con el detalle de sus proyecciones económico-financieras. En el caso específico de ATUSA, en su calidad de postor en el Proceso de Concesión para la Mejora, Ampliación, Mantenimiento, Operación y Explotación de la Infraestructura y los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario en la Jurisdicción de los Municipios Provinciales de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar y Municipios Distritales Correspondiente, tuvo conocimiento del Plan Maestro Optimizado elaborado por PROINVERSIÓN, y que sirvió de base para la elaboración del Estudio Tarifario en el que se determina la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión vigentes.

De otro lado, El Plan Maestro Optimizado forma parte del Contrato de Concesión suscrito por ATUSA, por lo que ésta no puede desconocerlo. Sobre el particular, basta citar lo señalado en la página 17 del Contrato de Concesión, a saber:

"Plan Maestro Optimizado: Es una herramienta de planeamiento de largo plazo con un horizonte de 30 años, que debe formular EL CONCESIONARIO en conformidad con las Normas Regulatorias. (...) **El Plan Maestro Optimizado para la Etapa Inicial es el que sirvió de base para determinar la Fórmula Tarifaria y la Estructura Tarifaria aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2005-SUNASS-CD (Anexo 3). El Plan Maestro Optimizado vigente constituye parte integrante del Contrato.**"

### 3.3. Sobre la imposibilidad de instalar nuevas conexiones domiciliarias de agua potable y alcantarillado

ATUSA argumenta, mediante Carta N° 063-2007-ATUSA-GG recibida el 6 de junio de 2007, que no es posible pretender que la Concesión se desarrolle tal como lo prevé el Plan Maestro Optimizado (PMO), pues ello resulta imposible debido a la dinámica de situaciones no previstas y por las situaciones mal ponderadas. En tal sentido, ATUSA cuestiona la posibilidad de instalar nuevas conexiones domiciliarias de agua potable y alcantarillado en su ámbito de responsabilidad.

Al respecto, como hemos manifestado previamente, ATUSA no ha cuestionado las metas de gestión contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2005-SUNASS-CD, ni antes ni durante el procedimiento de determinación de la fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión. Incluso, debemos advertir que, concluido el primer año regulatorio, ATUSA no ha cuestionado las metas de gestión aprobadas por la SUNASS.

El Estudio Tarifario elaborado por SUNASS y el Plan Maestro Optimizado que sirvió de base para la aprobación de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2005-SUNASS-CD son instrumentos que nos permiten acreditar las metas de gestión y su vinculación con las fórmulas tarifarias aprobadas.

Así, según Estudio Tarifario, la cantidad de nuevas conexiones por tipo de servicio y por localidad que debían ser ejecutadas por ATUSA, son las siguientes<sup>16</sup>:

METAS DE INCREMENTO ANUAL DE CONEXIONES DE AGUA POTABLE						
Localidad	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Total
Tumbes	1,837	748	777	615	1,075	5,052
Corrales	98	80	82	109	91	460
La Cruz	86	39	40	40	40	245
Zorritos y Cancas	136	260	233	180	240	1,049
Aguas Verdes	105	66	67	55	54	347
Zarumilla	46	59	145	124	130	504
Mtlapalo	7	9	11	6	8	41

METAS DE INCREMENTO ANUAL DE CONEXIONES DE AGUA POTABLE						
Pampas de Hospital	6	38	31	16	17	108
Papayal	24	19	19	13	12	87
San Jacinto	10	25	68	26	35	164
San Juan de la Virgen	19	71	84	110	59	343
Puerto Pizarro	48	51	54	49	48	250
<b>Total</b>	<b>2,422</b>	<b>1,465</b>	<b>1,611</b>	<b>1,343</b>	<b>1,809</b>	<b>8,658</b>

METAS DE INCREMENTO ANUAL DE CONEXIONES DE ALcantarillado						
Localidad	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Total
Tumbes	239	439	555	422	544	2,259
Corrales	61	317	364	258	188	1,188
La Cruz	159	96	121	78	59	513
Zorritos y Cancas	41	338	298	165	315	1,217
Aguas Verdes	74	375	392	397	410	1,648
Zarumilla	158	55	109	110	115	547
Mtlapalo	2	7	12	8	18	47
Pampas de Hospital	134	86	121	63	124	528
Papayal	45	46	101	99	100	391
San Jacinto	50	75	76	112	77	390
San Juan de la Virgen	106	172	140	144	149	711
Puerto Pizarro	-	108	128	139	153	528
<b>Total</b>	<b>1,069</b>	<b>2,234</b>	<b>2,417</b>	<b>1,995</b>	<b>2,252</b>	<b>9,967</b>

Sin embargo, ATUSA únicamente cumplió con instalar durante el primer año regulatorio, 121 nuevas conexiones domiciliarias de agua potable y 80 nuevas conexiones domiciliarias de alcantarillado sanitario, incumplimiento el Contrato de Concesión.

De otro lado, el artículo 103° del TUO del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento establece que pueden producirse revisiones extraordinarias de las metas de gestión, cuando se produzcan, entre otros, razones fundadas sobre cambios importantes en los supuestos efectuados para su formulación que originen la ruptura del equilibrio económico financiero. En ese sentido, ATUSA tendría que demostrar que se ha producido la ruptura del equilibrio económico a efectos de que se modifiquen sus metas de gestión; materia que viene siendo discutida en un proceso arbitral entre esta empresa y los Municipios Concedentes. En todo caso, de determinarse que hay fundamentos para revisar las metas de gestión de la empresa, cualquier modificación tendría efectos para los siguientes años regulatorios.

De lo expuesto, la SUNASS considera que ha quedado plenamente acreditado el incumplimiento de ATUSA; no habiendo demostrado la empresa la existencia de una circunstancia atenuante que habría imposibilitado el cumplimiento de la meta relativa al "incremento anual del número de conexiones domiciliarias de agua potable" e "incremento anual del número de conexiones de alcantarillado".

### 3.4. Sobre el incumplimiento de la meta de gestión "Relación de Trabajo"

ATUSA argumenta que SUNASS ha omitido analizar sus argumentos de descargo, destinados a que se les exima de responsabilidad, bajo la excusa de que dichos argumentos vienen siendo conocidos en un fuero arbitral en el que no tienen competencia alguna.

Al respecto, debemos manifestar que ATUSA reconoce expresamente el incumplimiento de la meta "Relación de Trabajo", señalando que existirían atenuantes que, de

<sup>16</sup> Ver Pág. 124 del Estudio Tarifario

algún modo, explicarían el citado incumplimiento, los cuales no le resultan imputables y que están referidos a (i) la demora en la obtención del Financiamiento Disponible, (ii) la no inclusión de la Remuneración Fija financiada por la KfW, (iii) la falta de ingresos que se tenía previsto percibir por la explotación de determinada infraestructura y, (iv) la falta de la conformación de la Unidad Coordinadora Municipal por parte del Concedente.

En primer lugar, debemos recordar que el financiamiento para la ejecución de las obras de rápido impacto dependían exclusivamente del accionar de ATUSA, es decir, ésta podía decidir presentar o no un proyecto de inversión con cargo al financiamiento de KfW<sup>17</sup>. Además, debe advertirse que en el supuesto caso que ATUSA no haya contado con los recursos del referido Contrato de Préstamo, ésta contaba con un Capital Social suscrito y pagado de US\$ 1'000,000 (Un Millón de Dólares y 00/100 Dólares Americanos), suma que le hubiera permitido cumplir con las metas de gestión previstas en la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2005-SUNASS-CD.

En segundo lugar, en el caso de la Remuneración Fija financiada por la KfW, dichos ingresos no deben ser considerados como componentes para calcular la meta "Relación de Trabajo". Sobre el particular, el Anexo 1° de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2006-SUNASS-CD<sup>18</sup> "Sistema de Indicadores de Gestión de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento" establece que la definición del indicador "Relación de Trabajo" mide la proporción de los costos operacionales totales, deducidos la depreciación y la provisión por cobranza dudosa, con respecto a los ingresos operacionales totales obtenidos por la Empresa Prestadora.

Al respecto, una revisión del Estudio Tarifario que sirvió de base para determinar su fórmula tarifaria, estructuras tarifarias y metas de gestión, permite advertir que la Remuneración Fija no constituye parte de los ingresos operacionales de la empresa, por lo que este hecho no constituye un supuesto de atenuación de la comisión de la infracción imputada. En este sentido, no resulta necesario actuar el medio de prueba referido a la consulta a la Agencia de Cooperación Alemana KfW, toda vez que el objeto materia de consulta se refiere a un aspecto de competencia exclusiva y excluyente de esta Superintendencia.

En tercer lugar, respecto a la falta de ingresos que se tenían previstos percibir por la explotación de determinada infraestructura, como es, la falta de funcionalidad de la obra "Mejoramiento del sistema de agua potable Corrales - La Cruz - Zorritos", coincidimos con lo resuelto por la Gerencia General en su Resolución de Gerencia General N° 107-2007-SUNASS-GG, cuando señala que al momento de la verificación objetiva del cumplimiento de la meta establecida, procede considerar los ingresos operativos efectivamente percibidos y no aquellos ingresos que supuestamente se hubieran generado por la puesta en operación de proyectos que no se ejecutaron o se ejecutaron deficientemente por responsabilidad de terceros, como el caso de la obra antes citada; responsabilidad que además ATUSA no ha cumplido con acreditar fehacientemente.

Finalmente, consideramos que la falta de conformación de la Unidad Coordinadora Municipal por parte de los Concedentes, no constituye en este caso, un argumento válido para sustentar el incumplimiento de la meta de gestión "Relación de Trabajo", toda vez que no existe una vinculación directa de ésta con los ingresos operacionales de ATUSA, por lo que este aspecto no constituye una causa justificante para el incumplimiento de la referida meta<sup>19</sup>.

De lo expuesto, ha quedado plenamente acreditado el incumplimiento de las metas de gestión "Incremento Anual del Número de Conexiones Domiciliarias de Agua Potable", "Incremento Anual de Número de Conexiones Domiciliarias de Alcantarillado" y "Relación de Trabajo" por parte de ATUSA, y por ende, acreditada la comisión de la infracción imputada, no existiendo argumentos que varíen la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG.

De conformidad con las facultades conferidas por el artículo 36° del Decreto Supremo N° 017-2001-PCM, el Consejo Directivo en su sesión del 16 de abril de 2008,

SE RESUELVE:

**Artículo 1°.-** Declarar infundado el Recurso de Nulidad interpuesto por la empresa Aguas de Tumbes S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG.

**Artículo 2°.-** Declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Aguas de Tumbes S.A. y por ende, ratificar la Resolución de Gerencia General N° 166-2007-SUNASS-GG, en base al análisis efectuado en la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Con el voto aprobatorio de los señores consejeros José Salazar Barrantes, Manuel Burga Seoane, Víctor Antonio Maldonado Yactayo y José Ricardo Stok Capella.

JOSÉ SALAZAR BARRANTES  
Presidente de Consejo Directivo

<sup>17</sup> Kreditanstalt für Wiederaufbau, Agencia de Cooperación Financiera Oficial de la República Federal de Alemania KfW ha suscrito con el Estado Peruano un Contrato de Préstamo y de Aporte Financiero para el mejoramiento y expansión de los sistemas de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el Departamento de Tumbes, el cual forma parte del Contrato de Concesión, como Anexo 5.

<sup>18</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 11 de marzo de 2006.

<sup>19</sup> En efecto, la Unidad Coordinadora Municipal constituye un mecanismo de representación conjunta de los Municipios Concedentes, por lo que la falta de conformación de dicha entidad, no tiene efecto alguno para efectos de lograr la meta "Relación de Trabajo".

195735-1

## GOBIERNOS REGIONALES

### GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO

**Declaran de necesidad pública regional el uso de recursos hídricos del alto Apurímac**

**ORDENANZA REGIONAL  
N° 035-2008-CR/GRC.CUSCO**

POR CUANTO:

El Consejo Regional del Gobierno Regional de Cusco, en Sesión de fecha primero de Abril del dos mil Ocho, con aprobación de trámite de exoneración de Dictamen de Comisión, establecida en el artículo 77° del Reglamento Interno de Organización y Funciones, ha debatido y aprobado la siguiente Ordenanza Regional:

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 192° numeral 7) de la Constitución Política del Estado, establece que los Gobiernos Regionales son Competentes entre otros, para: "Promover y regular actividades y/o servicios en materia de Agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, viabilidad, comunicaciones..."

Que, el artículo 6° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N° 27867, establece que: "el desarrollo Regional