



## RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Expediente N° 007-2015-PAS

N° 029-2015-SUNASS-CD

Lima, 16 de julio de 2015

**VISTOS:** El recurso de apelación interpuesto por EMAPAT S.A. (EPS) contra la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-SUNASS-GG (**Resolución**), y el Informe N° 026-2015-SUNASS-060;

### CONSIDERANDO:

#### I. Antecedentes

- 1.1 Mediante la **Resolución**, se sancionó a la **EPS** con una multa ascendente a 2.1 Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la infracción tipificada en el ítem A, numeral 3.2 del Anexo 4 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS (**RGSFS**), al haber obtenido en su segundo año regulatorio un Índice de Cumplimiento Individual a nivel de EPS menor al 80% en las metas de gestión Variación de Agua No Facturada y Conexiones Activas de Agua Potable.
- 1.2 El 3 de junio de 2015 la **EPS** interpuso recurso de apelación contra la **Resolución**, bajo los siguientes argumentos:
  - a) Las metas de gestión de la **EPS**, aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 055-2011-SUNASS-CD, deben cumplirse al final del quinquenio regulatorio, por lo que considera que la **SUNASS** no puede imponer sanciones por presuntas infracciones incurridas antes que concluya el mencionado quinquenio, así exista una evaluación cada año, ya que al anticiparse el procedimiento administrativo sancionador (**PAS**) a la referida conclusión se está vulnerando los principios del Debido Proceso, de Legalidad, Razonabilidad y Oportunidad.
  - b) No es razonable sancionar a la **EPS** con una multa cuando el incumplimiento de las metas de gestión obedeció a un caso fortuito o fuerza mayor (disminución masiva de la población urbana de Puerto Maldonado) que afectó la estabilidad de la demanda de los servicios que brinda, la cual era una condición para cumplir las indicadas metas.
  - c) No se ha tomado en cuenta para la determinación de la sanción el criterio establecido en el numeral x) del artículo 35 del **RGSFS**. La **EPS** señala que carece de sanciones anteriores por la misma infracción, por lo que debió imponérsele una amonestación escrita de acuerdo con el principio de razonabilidad.
  - d) No se ha realizado una supervisión de campo a fin de determinar si existieron o no circunstancias fortuitas o de fuerza mayor, no habiendo la **Resolución** hecho mención al cumplimiento de lo establecido en el numeral f) del artículo 13 del **RGSFS**.

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento





Expediente N° 007-2015-PAS

- e) Si la **SUNASS** hubiera realizado una inspección en la etapa de instrucción del **PAS**, hubiera verificado que el incumplimiento de las metas de gestión se debió a un caso fortuito o fuerza mayor, por las inundaciones que sufrió la Región Madre de Dios durante los dos años primeros años del quinquenio regulatorio, lo que afectó los sistemas de distribución y mantenimiento del servicio de agua potable y alcantarillado, impidiendo el cumplimiento de las metas de gestión.
- f) La **SUNASS** debió tomar en cuenta que en el marco de las inversiones del quinquenio regulatorio, el estudio tarifario de la **EPS** señala en el numeral 2.2.5 que a raíz de la implementación de los programas de activación de conexiones, renovación y nuevos medidores, el agua no facturada se reducirá en un 4% al final del quinto año regulatorio.

## II. Cuestiones a determinar

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde determinar:

- 2.1 Si el recurso de apelación reúne los requisitos de procedencia previstos en los artículos 207 y 209 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (**LPAG**).
- 2.2 En caso de reunir los requisitos indicados en el numeral anterior, si el recurso de apelación es fundado o no.

## III. Análisis

### Sobre los requisitos del recurso

- 3.1. El artículo 44 del **RGSFS** establece que el término para la interposición del recurso de apelación es de 15 días perentorios.
- 3.2. En el presente caso, la **Resolución** fue notificada a la **EPS** el día 8 de mayo de 2015. El plazo para la interposición del recurso de apelación era de 15 días hábiles más 6 días por el término de la distancia<sup>1</sup>; es decir, dicho plazo venció el 8 de junio pasado.
- 3.3. De la documentación que obra en el expediente, se advierte que el recurso de apelación contra la **Resolución** fue interpuesto por la **EPS** el 3 de junio de 2015, por lo que se encuentra dentro del plazo establecido.

### Sobre los aspectos de fondo

- 3.4. Con relación al argumento sobre la exigibilidad del cumplimiento de las metas de gestión al finalizar el quinquenio regulatorio y no por cada año regulatorio, se debe tener en cuenta que el quinquenio 2011-2016, conforme fluye de la Resolución de Consejo Directivo N° 055-2011-SUNASS-CD, no es una unidad de tiempo única (plazo de cinco años ininterrumpido que comienza en el día uno y termina el último día del quinto año), sino cinco unidades de tiempo (de

<sup>1</sup> Según la Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ "Cuadro General de Términos de Distancia" publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 13.11.2000.





## RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Expediente N° 007-2015-PAS

un año de duración cada una), con obligaciones y metas de gestión a cumplir en cada uno de los años por parte de la **EPS**, correspondiendo a la **SUNASS** supervisar y fiscalizar el cumplimiento anual de las referidas metas.

- 3.5.** Respecto al caso fortuito y la fuerza mayor, el artículo 30 del **RGSFS** exime de responsabilidad cuando se presentan estas circunstancias. Empero, es evidente que estas tienen que ser acreditadas por quien las alega.

Es importante precisar que si bien corresponde a la Administración la carga de probar la comisión de la conducta sancionable, una vez probada la comisión de la infracción, como sucede en el presente caso, corresponde a los administrados probar los hechos eximentes de responsabilidad, tal como lo observa Nieto García<sup>2</sup>, al hacer referencia a la jurisprudencia<sup>3</sup> del Tribunal Español:

*"por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad".*

Teniendo en consideración lo antes señalado, se aprecia que la **EPS** solo se ha remitido a mencionar las situaciones que considera constituyen caso fortuito o fuerza mayor sin acreditar su existencia y menos aún establecer claramente la vinculación entre dichas circunstancias y el incumplimiento de las metas de gestión Variación de Agua No Facturada e Incremento de Conexiones Activas.

- 3.6.** En cuanto al argumento de la **EPS** según el cual la primera instancia no tuvo en cuenta que la apelante no tiene antecedentes en el Registro de Conductas (criterio para la determinación de la sanción previsto en el numeral x) del artículo 35 del **RGSFS**) y que, por tanto, en todo caso lo que le hubiese correspondido era una amonestación y no una multa; cabe señalar que en su numeral 3.5, la **Resolución** señala expresamente que la **EPS** no tiene registro de conducta similar, por lo que queda evidenciado que este criterio sí fue tomado en cuenta. Sin embargo, la infracción en la que incurrió la **EPS** está calificada como muy grave -de acuerdo al Anexo N° 4 del **RGSFS**-, motivo por el cual no procede aplicar una amonestación escrita, sanción que solo se encuentra prevista para los casos de infracciones leves conforme lo dispone el artículo 33 del **RGSFS**.
- 3.7.** Con respecto a lo señalado en el numeral 2.2.5 del estudio tarifario se debe aclarar que dicho estudio establece que el "...Agua No Facturada se reducirá en 7% al final del quinquenio regulatorio..." y no como erróneamente afirma la

<sup>2</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición totalmente reformada. Madrid. Tecnos, 2005. P.424.

<sup>3</sup> Esta posición es unánime en la doctrina, así podemos citar a la autora española Lucía ALARCON SOTOMAYOR quien señala lo siguiente: "En nuestra opinión, puede afirmarse con carácter general que la carga de probar las eximentes pesa sobre el imputado, es decir, que la presunción de inocencia no cubre los hechos excluyentes o extintivos. (...) Ahora bien, la mera invocación por el imputado de un hecho excluyente o extintivo no basta para originar la duda sobre su posible concurrencia. Por eso, alegarlo en el procedimiento no es suficiente para cargar a la Administración con la verificación de su inexistencia. En concreto, es necesario acompañar la alegación de la circunstancia eximente o extintiva de un principio de prueba suficiente que fundamente la pretensión aducida".

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento





Expediente N° 007-2015-PAS

**EPS** en un 4%. Adicionalmente, tal como se señala en el numeral 3.4 de la presente resolución, la **SUNASS** debe verificar el cumplimiento anual de las metas de gestión y no por quinquenio regulatorio.

En consecuencia, este Consejo determina que al emitirse la **Resolución** se ha sancionado válidamente a la **EPS** al haber incurrido en la infracción prevista en el ítem A, numeral 3.2 del Anexo 4 del **RGSFS**.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 36 del Reglamento General de la SUNASS, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2001-PCM; el artículo 44 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD y modificatorias; y el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Jurídica, el Consejo Directivo en su sesión del 13 de julio de 2015;

**RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por **EMAPAT S.A.** y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-SUNASS-GG.

**Artículo Segundo.-** Declarar agotada la vía administrativa.

**Artículo Tercero.-** Notificar a **EMAPAT S.A.** la presente resolución.

**Artículo Cuarto.-** **DISPONER** la publicación de la presente resolución en la página web de la **SUNASS** ([www.sunass.gob.pe](http://www.sunass.gob.pe)).

**Regístrese, publíquese y notifíquese.**

**FERNANDO MOMIY HADA**  
Presidente del Consejo Directivo



## FE DE ERRATAS

Fe de erratas de la **Resolución de Consejo Directivo N° 029-2015-SUNASS-CD**, de fecha 16 de julio de 2015, por su impresión en papel membretado de resolución de Gerencia General, sin alterar el texto del acto administrativo:

Membrete

DICE:

**"RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL"**

DEBE DECIR:

**"RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO"**



**HÉCTOR FERRER TAFUR**

Secretario (e) del Consejo Directivo de SUNASS

