



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO



Expediente N° 046-2017-PAS

N° 030-2018-SUNASS-CD

13 JUL 2018

Lima, 13 de julio de 2018

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

Maiparida
FEDATARIO Guilda Maiparida Farromeque
Resolución N° 133-2007- SUNASS - GG

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por la **Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento Aguas de Tumbes S.A. - ATUSA (LA EPS)** contra la Resolución de Gerencia General N° 051-2018-SUNASS-GG y el Informe N° 021-2018-SUNASS-060 de la Gerencia de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

- 1.1 Mediante Resolución N° 053-2017-SUNASS-GSF¹, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (**GSF**) de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (**SUNASS**) inició un procedimiento administrativo sancionador (PAS) a **LA EPS** por utilizar los fondos destinados a las inversiones² para fines distintos de los establecidos³.
- 1.2 En la etapa de instrucción, **LA EPS** remitió sus descargos alegando la ruptura del equilibrio económico-financiero del Contrato de Concesión, entre otros argumentos; sin embargo, la **GSF** concluyó, mediante Informe Final de Instrucción N° 175-2018-SUNASS-120-F, que no existía tal ruptura por lo que **LA EPS** era responsable de la infracción imputada.
- 1.3 En la etapa decisoria, **LA EPS** se pronunció sobre el Informe Final de Instrucción reiterando sus descargos.
- 1.4 La Gerencia General mediante Resolución N° 051-2018-SUNASS-GG (**Resolución 051**)⁴, sancionó a **LA EPS** con una multa de 21.03 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sustentándose en el Informe Final de Instrucción N° 175-2018-SUNASS-120-F y en el Informe Final de Supervisión N° 436-2017-SUNASS-120-F ya que los comentarios de **LA EPS** en la etapa de decisión no cambiaban el análisis realizado por la **GSF** en estos informes.

¹ Notificada a **LA EPS** con Oficio N° 917-2017-SUNASS-120 el 4 de diciembre de 2017.

² Conforme la Resolución N° 014-2011-SUNASS-CD que aprobó la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión que aplicó **LA EPS** para el quinquenio regulatorio 2011-2016, publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 15 de mayo de 2011.

³ Infracción tipificada en el numeral 5 del ítem A del Anexo N° 4 del Reglamento General de Supervisión y Sanción de las EPS.

⁴ Notificada a **LA EPS** el 10 de mayo de 2018, mediante el Oficio N° 630-2018-SUNASS-120.

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento



13 JUL 2018

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL


FEDATARIO Guilda Malpartida Farromeque
Resolución N° 133-2007-SUNASS-GG

Expediente N° 046-2017-PAS

- 1.5** El 31 de mayo de 2018, **LA EPS** interpuso recurso de apelación contra la **Resolución 051**, sosteniendo los mismos argumentos que presentó en la primera instancia, los cuales son los siguientes:

Del uso del Fondo de Cobertura

- a) Niega haber utilizado el Fondo de Cobertura para fines distintos a los establecidos.
- b) Aclara que la recaudación de la facturación promedio en los años 2013 y 2014 fueron entre 67% y 75%, respectivamente, y al no cubrir las proyecciones del Plan Maestro Optimizado (PMO), tan solo pudo destinar S/ 1 170,445.90 a dicho fondo para: **i)** pagar las obligaciones financieras que a través del gobierno nacional haya contraído o contraiga con Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) y **ii)** solventar las inversiones que va a realizar durante el segundo quinquenio regulatorio con recursos propios.
- c) Precisa que los ingresos insuficientes le generó el incumplimiento de diversos pagos a distintas entidades de la Administración Pública, las cuales, reconociendo su situación financiera, han aceptado el fraccionamiento del pago a fin de no poner en riesgo la operatividad de los servicios de agua y saneamiento.

Supuesta vulneración de los principios de verdad material, presunción de veracidad y tipicidad

- d) Manifiesta que no se ha configurado la infracción imputada debido a que no utilizó el Fondo de Cobertura para fines distintos a los establecidos primero porque no tuvo los S/ 2 538 482.13 que indica **SUNASS** y segundo porque los S/ 1 170 445.90 que sí tuvo, los utilizó para los fines establecidos en la resolución tarifaria.
- e) Señala que transfirió parte de sus ingresos al fondo de cobertura y la **SUNASS** "no tiene cómo acreditar algo distinto", por el contrario, mediante el Informe N° 402-2016 ésta reconoce que la empresa cumplió con la finalidad para la cual se constituyó el fondo.

Del hecho imputable del Estado

- f) Indica que el déficit en sus ingresos fue originado por causas no imputables a ella, sino por los incumplimientos del Gobierno Regional de Tumbes en la ejecución de los proyectos consignados dentro del PMO, incumplimientos tales como: **i)** la entrega de la planta de tratamiento de agua potable "Puente Franco", **ii)** menor valor de la tarifa de agua, alcantarillado y cargo fijo debido a la falta de aplicación

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento





13 JUL 2018

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

Gilda Malpartida Farromeque
FEDATARIO Gilda Malpartida Farromeque
Resolución N° 133-2007- SUNASS - GG

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Expediente N° 046-2017-PAS

de incrementos tarifarios, **iii)** falta de incremento de conexiones nuevas de agua potable y alcantarillado vinculadas a la fórmula tarifaria condicionada a donaciones y **iv)** entrada en operación anticipada de la planta de tratamiento La Peña.

- g)** Sostiene que el incumplimiento de estas obligaciones originó que no se concreten los ingresos de caja proyectados, por lo que pretender que cumpla con los exorbitantes porcentajes establecidos en el Anexo N° 2 de la Resolución N° 014-2011-SUNASS-CD resulta una medida desproporcionada a su realidad económica y constituye un acto confiscatorio por querer limitar y poner en riesgo la continuidad de las operaciones, así como el pago a sus acreedores preferentes, como es el pago de sus trabajadores y de sus principales proveedores.

De la imposibilidad de cumplir con el porcentaje total establecido en la resolución tarifaria

- h)** Menciona que el incumplimiento de los compromisos asumidos por el Gobierno Regional de Tumbes ocasionó que **LA EPS** no genere los ingresos suficientes proyectados para destinar dinero al Fondo de Cobertura.

De los criterios de determinación de la multa

- i)** Niega haber afectado la calidad de los servicios por haber utilizado los S/ 2 538 482.13 del Fondo de Cobertura para fines distintos a los establecidos, ya que no contó con dicho importe debido a que los ingresos por facturación y cobranza siempre han sido menores a las proyecciones establecidas en el estudio tarifario.
- j)** En opinión de **LA EPS**, la **SUNASS** debe tomar en cuenta como acciones de mitigación las gestiones realizadas por ella, respecto de la ruptura del equilibrio económico-financiero causado ante el incumplimiento del Gobierno Regional de Tumbes en la ejecución de los proyectos consignados en el PMO.
- k)** Rechaza haber actuado con intencionalidad, repitiendo que nunca tuvo los S/ 2 538 482.13 y mucho menos que los utilizó para fines distintos a los establecidos debido a que los ingresos por facturación y cobranza han sido menores a las proyecciones establecidas en el PMO.

Como medios probatorios de sus argumentos antes descritos presenta los siguientes documentos:

- Eficiencia de recaudación ácida 2013 y 2014.
- Notificaciones de ejecución coactiva del Banco de la Nación.

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento



13 JUL 2018

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL


FEDATARIO Guilda Malpartida Farromeque
Resolución N° 133-2007- SUNASS - GG

Expediente N° 046-2017-PAS

- Cartas Nos. 613 y 889-2017-ATUSA-GG y Carta N° 224-2018-ATUSA-GG.

II. Cuestiones a determinar

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde determinar:

- 2.1** Si el recurso de apelación interpuesto reúne los requisitos de procedencia.
- 2.2** En caso de reunir los requisitos indicados en el numeral anterior, si el recurso de apelación es fundado o no.

III. Análisis

Requisitos de Procedencia

- 3.1** El artículo 44 del Reglamento General de Supervisión y Sanción (RGSS) establece que el plazo para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la resolución materia de impugnación más el correspondiente término de la distancia, de ser el caso.

La **Resolución 051** fue notificada a **LA EPS** el 10 de mayo de 2018, por lo que al haberse interpuesto el recurso el 31 de mayo último, se encuentra dentro del plazo previsto por la norma.

Asimismo, el mencionado recurso fue presentado por persona autorizada⁵.

Por lo expuesto, el recurso de apelación de **LA EPS** reúne los requisitos de procedencia; correspondiendo determinar si es fundado o no.

Análisis de fondo

- 3.2** Conforme al artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2011-SUNASS-CD, **LA EPS** tenía la obligación de constituir un fondo de cobertura para: **i)** las obligaciones contraídas con KfW y **ii)** las inversiones realizadas con recursos propios en el segundo año regulatorio, para lo cual debía destinar mensualmente en cada uno de los años del quinquenio regulatorio los porcentajes de los ingresos totales por los servicios de agua potable y alcantarillado que se detallaron en el anexo N° 2 de la referida resolución.
- 3.3** Cabe precisar que **LA EPS** no impugnó la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2011-SUNASS-CD que estableció los porcentajes para el fondo de

⁵ Se hizo uso de la Plataforma de Interoperabilidad del Estado-PIDE para verificar el poder del representante de **LA EPS**.



13 JUL 2018

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

FEDATARIO *Malpartida Farromeque*
Resolución N° 133-2007- SUNASS - GG

Expediente N° 046-2017-PAS

cobertura, por tanto, quedó consentida y sus efectos deben ser cumplidos por ésta.

- 3.4** En la supervisión realizada por la **GSF**, sobre la gestión del fondo de cobertura durante el periodo agosto 2013-febrero 2015, ésta calculó, en virtud de los porcentajes establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2011-SUNASS-CD y los ingresos por los servicios de saneamiento reportados por **LA EPS**, que hasta marzo de 2015 el fondo de cobertura debía contener S/ 3 708 928.04.
- 3.5** Sin embargo, la **GSF**, en su Informe N° 436-2017-SUNASS-120-F, concluyó que **LA EPS** solo sustentó la constitución y el uso para los fines establecidos por S/ 1 170 445.90, faltando S/ 2 538 482.13 que se usó para fines distintos, hecho por el cual se inició el PAS y, que posteriormente, sea sancionada con una multa ascendente de 21.03 UIT.
- 3.6** Ahora bien, este Consejo Directivo procederá a analizar los argumentos de **LA EPS**, que son los mismos que presentó en la primera instancia.
- 3.7** **LA EPS usó el fondo de cobertura para fines distintos a los establecidos.**

Sobre la base de los argumentos descritos en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 1.5 de la presente resolución, **LA EPS** niega haber usado el Fondo de Cobertura para fines distintos ya que los S/ 1 170 445.90 fueron usados para los fines establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2011-SUNASS-CD.

Agrega que dicho monto fue depositado teniendo en cuenta los ingresos insuficientes que tuvo por la baja recaudación en los servicios de saneamiento y que también le generó deudas con entidades del Estado.

Asimismo sostiene que los S/ 2 538 482.13 no se han destinado a otros fines porque no tuvo dicho monto por las razones antes mencionadas.

Es necesario precisar que no existe controversia respecto a que los S/ 1 170 445.90 los utilizó para los fines previstos en la resolución tarifaria.

La controversia se centra en los S/ 2 538 482.13 restantes que debían estar en el fondo a finales de febrero de 2015 o haberse usado para los fines establecidos, lo cuales, según **LA EPS**, no los han tenido o no existen, lo cual resulta contradictorio, ya que el monto calculado es un porcentaje de los ingresos que percibe esta por los servicios de saneamiento.

En ese sentido, no es relevante el documento presentado por **LA EPS** denominado "*eficiencia de recaudación ácida*" como medio probatorio

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento



13 JUL 2018

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

[Firma]
FEDATARIO Guilda Malpartida Farromeque
Resolución N° 133-2007- SUNASS - GG

Expediente N° 046-2017-PAS

debido a que si existían menores ingresos, el monto que debía destinarse al fondo de cobertura también era menor.

En efecto, la **GSF** calculó el monto que debía destinarse al fondo teniendo en cuenta los ingresos reportados por **LA EPS** durante el periodo de agosto 2013 a febrero 2015 y aplicando el respectivo porcentaje (14.4 % para los meses de agosto 2013-mayo 2014 y 26.1% para los meses de junio 2014-febrero 2015), obtuvo los S/ 3 708 928.04⁶.

Por tanto, **LA EPS** sí tenía el dinero para destinarlo al fondo de cobertura, sin embargo, no lo hizo tal como lo afirmó en la etapa de supervisión mediante su Carta N° 66-2016-ATUSA-GG-S, en el cual indicó que en lugar de destinar el referido monto al fondo de cobertura los empleaba "...para cubrir el Costo Operativo de las actividades de la empresa..."

Asimismo, mediante Carta N° 19-2015-ATUSA-GG-S, **LA EPS** indicó que "...el destino de los porcentajes de los ingresos de AGUAS DE TUMBES a este Fondo de Cobertura nos generaría serios problemas de caja, pues supone un congelamiento de fondos cuyo empleo resulta necesario para cubrir el Costo Operativo de las actividades de la empresa que son vitales para el sostenimiento de la misma..."

Cabe indicar que las deudas contraídas con entidades del Estado y la comunicación al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento sobre su situación, no tienen incidencia en el PAS, por lo que los medios probatorios presentados para acreditarlo son impertinentes.

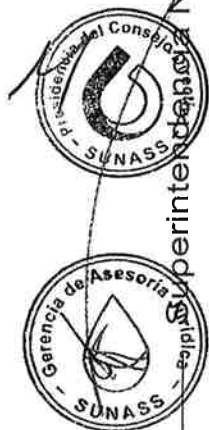
Por lo anterior, queda claro que **LA EPS** utilizó el Fondo de Cobertura para fines distintos, por lo que sus argumentos no desvirtúan su responsabilidad por la comisión de la infracción imputada.

3.8 LA EPS no acreditó la existencia de caso fortuito o fuerza mayor

La infracción imputada hace referencia a "Utilizar las provisiones destinadas a inversiones futuras (...) para fines distintos (...) salvo caso fortuito o fuerza mayor" (el subrayado es nuestro)

Sobre la base de los argumentos descritos en los literales f), g) y h) del numeral 1.5 de la presente resolución, **LA EPS** menciona que la imposibilidad de cumplir los porcentajes establecidos en la resolución tarifaria fue debido a que el Gobierno Regional de Tumbes no ejecutó los proyectos consignados en el PMO, lo cual originó que no se generen los ingresos suficientes para destinarlos al Fondo de Cobertura.

⁶ Ver cuadro N° 7 del Informe N° 402-2016-SUNASS-120-F





13 JUL 2018

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

FEDATARIO *Apelante*
Guilda Malpartida Farroque
Resolución N° 133-2007-SUNASS - GG

Expediente N° 046-2017-PAS

De la revisión del expediente, se verifica que dichos argumentos fueron los mismos que presentó **LA EPS** para su solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión y fue evaluada en el Informe N° 020-2014-SUNASS-120-F, en el cual la **GSF** concluyó que ninguno de dichos argumentos constituía causal válida para sustentar la ruptura de dicho equilibrio.

Asimismo, **LA EPS** incide en que no tuvo ingresos suficientes para destinar al fondo de cobertura; sin embargo, se reitera que dicho fondo es directamente proporcional a los ingresos, ya que se calcula un porcentaje en función a sus ingresos por los servicios de saneamiento, por lo que si los ingresos son menores, el monto del fondo lo será también.

Ahora bien, de autos se observa que **LA EPS** no ha sostenido en ninguna etapa del PAS ni en su apelación la ocurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor para el uso del fondo de cobertura para fines distintos a los establecidos.

Efectivamente, si **LA EPS** hubiera considerado tales situaciones como caso fortuito o fuerza mayor, tenía la posibilidad de solicitar el uso del fondo de cobertura para un uso distinto, tal como lo establece el numeral 15 de los "Lineamientos para la Conformación y Gestión del Fondo de Inversiones" del Anexo 12 del Reglamento General de Tarifas; sin embargo, no lo hizo.

En consecuencia, sus argumentos no desvirtúan la responsabilidad por la comisión de la infracción imputada.

3.9 **LA EPS afectó la calidad de los servicios de saneamiento, no acreditó su mitigación y actuó con intencionalidad.**

Con base en los argumentos descritos en los literales i), j) y k) del numeral 1.5 de la presente resolución, **LA EPS** sostiene que no afectó la calidad de los servicios de saneamiento, acreditó acciones de mitigación y no actuó con intencionalidad.

Al respecto, este Consejo considera que sí hubo afectación a la calidad de los servicios porque se ha verificado que **LA EPS** no ha destinado al fondo de cobertura los S/ 2 538 482.13, perjudicando en su mejora.

Por otro lado, las acciones que menciona **LA EPS** como mitigación del daño, fueron las que acreditaban la supuesta ruptura del equilibrio económico-financiero; sin embargo, como se señaló en el Informe N° 020-2014-SUNASS-120-F, la ruptura no existió. En consecuencia, no hubo ninguna mitigación.

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento



13 JUL 2018

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL


FEDATARIO Guilda Malperda Farromeque
Resolución N° 133-2007- SUNASS - GG

Expediente N° 046-2017-PAS

Por último, con relación a la intencionalidad, ha quedado acreditado que la propia **EPS** menciona haber utilizado el dinero que debía ser destinado al fondo "...para cubrir el Costo Operativo de las actividades de la empresa...".

- 3.10** Por todo lo expuesto y sin perjuicio de que **LA EPS** debe reponer el monto faltante en el Fondo de Cobertura, corresponde declarar infundado el recurso de apelación de **LA EPS**.

De acuerdo con lo dispuesto en 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 y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD y modificatorias; la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias; y con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Jurídica, el Consejo Directivo en su sesión del 11 de julio de 2018;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la **Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento Aguas de Tumbes S.A. - ATUSA** contra la Resolución de Gerencia General N° 051-2018-SUNASS-GG y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución.

Artículo 2°.- ENCARGAR a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización que evalúe la imposición de una medida correctiva u otra acción para la reposición del monto faltante en el Fondo de Cobertura.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Artículo 4°.- NOTIFICAR a la **Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento Aguas de Tumbes S.A. - ATUSA** la presente resolución.

Artículo 5°.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el portal institucional de la **SUNASS** (www.sunass.gob.pe).

Regístrese, notifíquese y publíquese.


Iván Mirko LUCICH LARRAURI
Presidente del Consejo Directivo

