



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Expediente N° 044-2016-PAS

N° 067-2017-SUNASS-CD

Lima, 14 de diciembre de 2017

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por **EPS EMAPAT S.A. (LA EPS)** contra la Resolución de Gerencia General N° 163-2017-SUNASS-GG, el Informe N° 449-2017-SUNASS-120-F de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y el Informe N° 056-2017-SUNASS-060 de la Gerencia de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante Resolución N° 088-2017-SUNASS-GG (**Resolución 088**) la Gerencia General sancionó a **LA EPS** con multas de 2.53 y 10.39 Unidades Impositivas Tributarias, por haber obtenido Índices de Cumplimiento Individual menores al 80% en las metas de gestión Variación de Agua No Facturada y Conexiones Activas de Agua Potable y utilizar los fondos destinados a las inversiones establecidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 055-2011-SUNASS-CD para fines distintos, respectivamente. Dichas infracciones están tipificadas en los numerales 4.2 y 5 del ítem A del Anexo N° 4 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de los Servicios de Saneamiento¹ (RGSFS), respectivamente.
- 1.2. Con fecha 14 de agosto último, **LA EPS** interpuso recurso de reconsideración contra la **Resolución 088**, el cual fue declarado infundado por Resolución N° 163-2017-SUNASS-GG² (**Resolución 163**).
- 1.3. Con fecha 30 de octubre de 2017, **LA EPS** interpuso recurso de apelación contra la **Resolución 163** con los siguientes argumentos:

¹ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18.1.2007 y modificatorias.

² Notificada a **LA EPS** el 6.10.2017 mediante el Oficio N° 719-2017-SUNASS-120.



A) Con relación a la presunta infracción por el incumplimiento de metas de gestión

No corresponde aplicar el criterio de reincidencia porque la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2015-SUNASS-CD que sustenta dicha agravante, fue impugnada judicialmente (Expediente N° 10655-2015-CA), encontrándose en trámite el proceso; por tanto, al no haber cosa juzgada no puede afirmarse que existe reincidencia.

B) Con relación a la presunta infracción Fondo de Inversiones

- i. La Gerencia General ha aplicado indebidamente la Resolución de Consejo Directivo N° 035-2015-SUNASS-CD -que modificó la tabla de infracciones y escala de multas del RGSFS- porque la SUNASS en un primer momento considera que el periodo de fiscalización fue solo del cuarto año regulatorio (1 de enero al 31 de diciembre de 2015); sin embargo, en el Informe N° 211-2017-SUNASS-120-F se indica que la evaluación sobre el fondo de inversión se hizo desde el primer al cuarto año regulatorio (2012 al 2015), lo cual evidencia que la nueva escala de sanciones se aplicó de manera retroactiva, violando así los principios de legalidad y tipicidad.
- ii. En los Informes Nos. 147-2017-SUNASS-120-F y 211-2017-SUNASS-120-F se recomienda sancionar a **LA EPS** porque durante los años 2012, 2013, 2014 y 2015 utilizó los recursos del fondo de inversiones para fines distintos a los que estaban destinados; empero, dichos años ya fueron supervisados, por lo que se está sancionando retroactivamente.
- iii. La Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) no ha demostrado que los recursos del Fondo de Inversiones hayan sido utilizados para fines distintos para los cuales fueron creados; sin embargo, **LA EPS** sí ha demostrado haber cumplido con la totalidad de obras y proyectos aprobados dentro del PMO 2012-2016.
- iv. A diciembre de 2015 (cuarto año regulatorio), **LA EPS** tenía pendiente de depositar la cantidad de S/ 252,078.38, y no como S/ 1'255,419.00 como sostiene la GSF, la cual fue depositada en el quinto año regulatorio tal como se acredita con la "Copia fedatada del Formato A, B y C Declaración Jurada (1)-Fondo exclusivo para financiar las inversiones con recursos propios- Año regulatorio 2015 y 2016". Además, **LA EPS** indica que al no haberse probado qué fines distintos se ha dado al fondo de inversiones, la SUNASS no se debió considerar como agravante la magnitud del daño causado, el cual no existe porque ha ejecutado el ciento por ciento de las obras del PMO, conforme al Decreto Supremo N° 018-2017-VIVIENDA en su "Cuadro N° 7: Coberturas de agua potable y alcantarillado, año 2016".





RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Expediente N° 044-2016-PAS

- v. **LA EPS** señala que el criterio continuidad deviene de un análisis contradictorio ya que la evaluación corresponde específicamente al cuarto año regulatorio; además, la GSF sostiene que hay continuidad pero no la demuestra.
- vi. La constitución de la garantía hipotecaria no fue correctamente analizada, ésta tenía como propósito obtener recursos para depositarlos al Fondo de Inversiones; empero, la GSF indica que no se ha canalizado el préstamo al fondo a pesar de que esto se acreditó con el Oficio N° 165-2016-GG-EPS EMAPAT S.A. y los Informes Nos. 0097 y 0103-2016-GAF-EPS EMAPAT S.A. Asimismo, a pesar de las acciones realizadas para mitigar el daño, éstas no se han considerado al imponer las multas.

1.4. Mediante Informe N° 449-2017-SUNASS-120-F, el cual forma parte integrante de la presente resolución³, la GSF se pronuncia sobre el recurso de apelación.

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

- 3.1 El artículo 44 del RGSFS establece que el plazo para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles contados 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 163** fue notificada a **LA EPS** el 6 de octubre último. Por tanto, considerando el término de la distancia⁴, el plazo para apelar venció el 31 de octubre de 2017.

³ Según el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272:

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".

⁴ Corresponde a tres días calendario de acuerdo con el "Reglamento de Plazos de Término de la Distancia" y "Cuadro General de Términos de la Distancia", aprobado por Resolución Administrativa N° 288-2015-CE-PJ publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 17.11.2015.

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento



Expediente N° 044-2016-PAS

El recurso de apelación de **LA EPS** fue interpuesto el 30 de octubre de 2017; es decir, dentro del plazo previsto por norma.

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

Sobre la sanción por incumplimiento de metas de gestión

- 3.2 En cuanto al criterio de reincidencia, es necesario indicar que el ítem e) del numeral 3 del artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) establece lo siguiente:

"e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción."

Una resolución tiene la condición de firme, es decir, que puede ser ejecutada, tanto cuando queda consentida -artículo 212⁵ de la LPAG- como cuando la emisión de ésta agota la vía administrativa⁶, como es el caso la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2015-SUNASS-CD (exp. N° 007-2015-PAS) que confirmó la apelada que sancionó a **LA EPS** con multa de 2.1 UIT. Dicha resolución, que tiene la condición de firme desde el 22 de julio de 2015⁷, es la que sustenta que la apelante sea considerada reincidente respecto de la infracción de incumplimiento de metas.

Corroborando lo señalado, el artículo 9 del TUO⁸ de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva (Ley N° 26979):

"Artículo 9.- Exigibilidad de la Obligación.

9.1 Se considera Obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere

⁵ **"Artículo 212.- Acto firme**

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto."

⁶ **"Artículo 218.- Agotamiento de la vía administrativa**

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o

⁷ Fecha en que fue notificada a **LA EPS**.

⁸ Aprobado por Decreto Supremo N° 018-2008-JUS.





RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Expediente N° 044-2016-PAS

recaído resolución firme confirmando la Obligación..." (el subrayado es nuestro).

Por lo expuesto, la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2015-SUNASS-CD tiene la condición de firme y el hecho de la impugnación judicial no impide que sea considerada para efectos de determinar la reincidencia. Aceptar la interpretación de la apelante terminaría promoviendo la interposición de recursos de apelación o de demandas contencioso administrativas únicamente con el fin de evitar caer en reincidencia.

- 3.3** Cabe resaltar que no es cierto lo señalado por **LA EPS** en el numeral 8 de su recurso de apelación, en el sentido que la reincidencia se aplicó porque la primera instancia consideró consentida la resolución final del primer procedimiento sancionador (exp. N° 007-2015-PAS). Como se puede notar de los informes de la GSF y de las resoluciones de Gerencia General, nunca se consideró consentida la resolución sino que se tomó en cuenta la condición de firme de dicha resolución.

Sobre la sanción por el uso de los recursos del Fondo de Inversiones

- 3.4** Sobre la aplicación retroactiva de la Resolución de Consejo Directivo N° 035-2015-SUNASS-CD (que modificó el RGSFS) se debe precisar que el presente PAS se inició porque **LA EPS** no conformó la totalidad del fondo de inversión al cuarto año regulatorio (faltaba saldo de S/ 1 255 419⁹), infracción que se cometió el primero de enero de 2016 (día siguiente del final del cuarto año regulatorio).

Ahora bien, tal como se indica en el Informe N° 449-2017-SUNASS-120-F, la GSF señaló oportunamente a **LA EPS** que respecto a la supervisión sobre el fondo de inversiones comprendía los primeros cuatro años regulatorios. En efecto, en el numeral 4.6 del Informe Inicial de Supervisión N° 119-2016-SUNASS-120-F se indica específicamente "Fondo de Inversión al 4to. Año regulatorio" incluso **LA EPS** remite información sobre los cuatro años regulatorios, por lo tanto, sí es válida la aplicación del nuevo régimen de sanciones al haberse cometido la infracción con posterioridad a su vigencia (14 setiembre 2015).

Asimismo, **LA EPS** señala que el Fondo de Inversiones ya ha sido evaluado en los años regulatorios anteriores, lo cual resulta incorrecto porque en dichos años solo fue supervisado el cumplimiento de las metas de gestión de cada año regulatorio y no el cumplimiento del fondo de inversiones tal como se puede verificar de los informes Nos. 074-2015-SUNASS-120-F (3er año

⁹ Conforme el Informe N° 302-2016/SUNASS-120-F que forma parte integrante de la Resolución que dio inicio al PAS N° 045-2016-SUNASS-GSF.



Expediente N° 044-2016-PAS

regulatorio), 494-2014-SUNASS-120-F (2do año regulatorio) y 035-2013/SUNASS-120-F (1er. año regulatorio).

- 3.5 LA EPS** sostiene que la GSF debía demostrar a qué fines distintos se dio el saldo pendiente del fondo de inversiones ya que probó que ha cumplido con la totalidad de obras y proyectos aprobados dentro del PMO del 2012 al 2016.

Al respecto, el Informe N° 449-2017-SUNASS-120-F de la GSF señala que no se evaluó la ejecución de las obras aprobados el PMO porque el presente PAS no tiene conexión con ello, ya que al existir un monto faltante al fondo de inversiones, **LA EPS** tenía la obligación de demostrar que el monto faltante fue destinado para los fines por lo que se conformó tal fondo, lo cual no ocurrió, por lo que al existir un saldo faltante se entiende que fue empleado para fines distintos.

Cabe precisar que **LA EPS** está en la obligación de remitir a la SUNASS la información que le requiera para que esta entidad pueda cumplir con su labor supervisora (ítem f del artículo 10 del RGSFS).

- 3.6** Sobre el criterio de continuidad, tal como se ha desarrollado en el numeral 3.5 de la presente resolución, **LA EPS** no ha acreditado que ha depositado la totalidad del fondo de inversiones por lo que la conducta infractora continúa, en este sentido se aplicó correctamente este criterio por la primera instancia.
- 3.7** Con relación a la canalización del préstamo obtenido de la hipoteca al fondo de inversiones por la constitución de una garantía hipotecaria, **LA EPS** indica que la GSF debió considerar esta situación como mitigación del daño respecto a la infracción "utilizar el fondo de inversión para fines distintos"; sin embargo, la GSF en el Informe N° 449-2017-SUNASS-120-F concluye que los documentos remitidos por **LA EPS** para acreditar este argumento no son legibles ni suficientes para acreditar que ingresó dinero en la cuenta del fondo de inversiones ya que era necesario el estado de cuenta del fondo de inversión del mes en que realizó la supuesta canalización del préstamo. Por lo tanto, no habiendo acreditado mitigación alguna, la primera instancia aplicó correctamente este criterio. Además, el fondo debe estar constituido por parte de los ingresos tarifarios, el hecho que **LA EPS** se endeude y otorgue una garantía –con el riesgo de que sea ejecutada en caso no se pague la deuda– no es la forma de completar el fondo.
- 3.8** En cuanto al cuestionamiento al criterio magnitud del daño en el cálculo de la multa para la infracción "utilizar el fondo de inversión para fines distintos", tal como se ha indicado en el numeral 3.5 de la presente resolución, la ejecución de las obras del PMO no tienen incidencia en el presente PAS y, por lo tanto, no afectan el mencionado criterio, por lo que fue correctamente aplicado por la primera instancia.





RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Expediente N° 044-2016-PAS

- 3.9** Finalmente, con relación a que **LA EPS** cumplió con depositar el saldo pendiente, cabe señalar que la GSF evaluó la documentación remitida con el escrito de apelación en el Informe N° 449-2017-SUNASS-120-F, el cual forma parte integrante de la presente resolución, y calculó nuevamente el monto faltante a depositar reduciéndose a S/ 1 058 955.88, por lo que implica una reducción en la multa respecto a 8.77 UIT por la infracción "utilizar el fondo de inversión para fines distintos", tal como se especifica del Anexo I del referido informe.
- 3.10** Por lo expuesto, corresponde declarar fundado en parte el recurso de apelación.

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, 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 los artículos 207 y 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 diciembre de 2017.

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación de **EPS EMAPAT S.A.** contra la Resolución de Gerencia General N° 163-2017-SUNASS-GG y en consecuencia:

- a) REVOCAR** dicha resolución en el extremo referido a la cuantía de la multa por utilizar el Fondo de Inversión para fines distintos a los previstos y, reformándola, reducirla a **8.77 Unidades Impositivas Tributarias**.
- b) CONFIRMAR** dicha resolución en el extremo referido a la imposición de la multa de 2.53 Unidades Impositivas Tributarias por el incumplimiento de las metas de gestión correspondientes al cuarto año regulatorio.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Artículo 3°.- NOTIFICAR a **EPS EMAPAT S.A.** la presente resolución y el Informe N° 449-2017-SUNASS-120-F.

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento





Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento

Expediente N° 044-2016-PAS

presente resolución en la página institucional de la **SUNASS** (www.sunass.gob.pe).

Regístrese, notifíquese y publíquese.



Iván LUCICH LARRAURI
Presidente del Consejo Directivo