



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Expediente N.º 001-2019-SUNASS-DRT-FT

N.º 017-2022-SUNASS-CD

Lima, 22 de febrero de 2022

VISTOS:

El numeral IV del recurso de reconsideración interpuesto por SEDAPAL S.A. (**SEDAPAL**) contra la Resolución de Consejo Directivo N.º 079-2021-SUNASS-CD (**Resolución N.º 079**) mediante el cual solicita que se dicte una medida cautelar de innovar a fin de suspender la obligación de transferir 365 millones de soles y 76,6 millones de soles al Fondo de Inversión de Saneamiento (**FI Saneamiento**) y al Fondo de Inversión de Monitoreo y Gestión de Aguas Subterráneas (**FI Aguas Subterráneas**), respectivamente.

El Informe N.º 012-2022-SUNASS-OAJ de la Oficina de Asesoría Jurídica y con el informe oral de la recurrente.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1 Por Resolución de Consejo Directivo N.º 079-2021-SUNASS-CD¹ (**Resolución N.º 079**), la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (**Sunass**) aprobó: **i)** la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión aplicables a **SEDAPAL**; **ii)** costos máximos de las unidades de medida de las actividades requeridas para determinar los precios de los servicios colaterales relacionados a los servicios de saneamiento; **iii)** la tarifa, estructura tarifaria y metas vinculadas al servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas que serán de aplicación a la referida empresa en el quinquenio regulatorio 2022-2027 y **iv)** la creación del **FI Saneamiento** y el **FI Aguas subterráneas** y sus respectivos porcentajes sobre los ingresos.

1.2 En los anexos Nros. 6 y 7 de la **Resolución N.º 079** se establece que para el cálculo de los porcentajes de los mencionados fondos se consideró un saldo inicial para el inicio del periodo regulatorio; por ello se dispone que **SEDAPAL** tenga depositados en una cuenta bancaria los montos correspondientes a dichos saldos (indicados en el estudio tarifario).

¹ Publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 26 de diciembre de 2021.

Expediente N.º 001-2019-SUNASS-DRT-FT

1.3 El 24 de enero de 2022 **SEDAPAL** interpuso recurso de reconsideración contra la **Resolución N.º 079** con las siguientes pretensiones:

a) Primera pretensión

- Se declare la inaplicación de la **Resolución N.º 079**, se convoque a un proceso de reformulación, en los extremos cuestionados por **SEDAPAL** en el recurso de reconsideración, y que el Consejo Directivo de **Sunass** expida una nueva resolución que reemplace la **Resolución N.º 079**.
- En defecto de lo anterior, si el Consejo Directivo de **Sunass** considera que no corresponde inaplicar las disposiciones cuestionadas y objetadas, se declare la suspensión de las referidas medidas contenidas en la **Resolución N.º 079** y la exención de responsabilidad por incumplimiento de **SEDAPAL**, hasta que **Sunass**, a través de su órgano competente, provea un nuevo sustento técnico y jurídico que reformule los aspectos cuestionados de la **Resolución N.º 079** en el recurso de reconsideración y expida una nueva resolución con la fórmula tarifaria, estructura tarifaria, metas de gestión de los servicios de saneamiento, así como la tarifa, estructura tarifaria y metas vinculadas al servicio de monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas, que atienda a la situación real de **SEDAPAL**.

b) Segunda Pretensión

- En caso de ser desestimada la primera pretensión; en lo referido a la obligación impuesta a **SEDAPAL** de transferir determinados montos al **FI Saneamiento** y **FI Aguas Subterráneas**, que el Consejo Directivo de **Sunass** disponga adoptar alguna de las siguientes medidas de forma indistinta:
 - La postergación de la transferencia de los referidos montos para el año 2023.
 - El fraccionamiento del pago de los montos correspondientes a la transferencia exigida.

Finalmente, **SEDAPAL** solicita a este Consejo Directivo que dicte una medida cautelar de no innovar para que, en tanto no se emita la decisión definitiva que resuelva las pretensiones de su recurso de reconsideración, se suspenda la **Resolución N.º 079** en el extremo referido a la exigencia impuesta a la recurrente de transferir 365 y 76,6

Expediente N.º 001-2019-SUNASS-DRT-FT

millones de soles al **FI Saneamiento** y al **FI Aguas Subterráneas**, respectivamente.

- 1.4** El 10 de los corrientes se llevó a cabo el informe oral de funcionarios y del abogado de **SEDAPAL**.

II. CUESTIONES POR DETERMINAR

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde determinar si se debe suspenderse la **Resolución N.º 079** en el extremo referido a la obligación de **SEDAPAL** de transferir 365 y 76,6 millones de soles al **FI Saneamiento** y al **FI Aguas Subterráneas**, respectivamente.

III. ANÁLISIS

3.1. De la medida cautelar innovativa solicitada por SEDAPAL

- 3.1.1** **SEDAPAL** ha solicitado a este Consejo, sobre la base del artículo 157 del **TUO de la LPAG**, que vía una medida cautelar de innovar suspenda las obligaciones de transferencia al **FI de Saneamiento** y al **FI de Aguas Subterráneas** establecidas en la **Resolución N.º 079**.

Al respecto, cabe precisar que una medida cautelar es un mandato provisional que adopta la autoridad para garantizar la eficacia de la resolución final.

El mencionado artículo 157 se refiere a la posibilidad de la autoridad de dictar medidas cautelares, como corresponde, de manera previa a la emisión de la resolución y, con mayor razón, a la de la interposición de un recurso en contra de esta.

Sin embargo, el estado actual del presente procedimiento es distinto al del mencionado artículo 157. En este caso el Consejo Directivo ya ha emitido la resolución (**Resolución N.º 079**) y esta ha sido impugnada; entonces no procede que través del referido instrumento jurídico evalúe (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) y, eventualmente, ordene la suspensión de su propia resolución.

En consecuencia, la medida cautelar innovativa solicitada por **SEDAPAL** debe ser declarada improcedente.

Cabe agregar que la medida cautelar innovativa, que por su naturaleza es residual y extraordinaria, no cabe cuando el ordenamiento jurídico

Expediente N.º 001-2019-SUNASS-DRT-FT

ofrece un mecanismo procesal específico para solicitar la suspensión del acto administrativo impugnado: el previsto en el numeral 226.2 del **TUO de la LPAG** que se encuentra en el capítulo II (recursos administrativos) del título III (de la revisión de los actos en vía administrativa) de la mencionada ley.

El mencionado numeral 226.2 del **TUO de la LPAG** señala que la autoridad a la que le compete resolver el recurso puede suspender -de oficio o a petición de parte- la resolución recurrida cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

La decisión de la suspensión se debe adoptar previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

3.1.2 Por lo expuesto, si bien **SEDAPAL** no ha solicitado en su recurso de reconsideración la suspensión de la **Resolución N.º 079** de acuerdo con lo previsto en el artículo 226 del **TUO de la LPAG**, este Consejo Directivo considera que le corresponde evaluar de oficio si dicha suspensión procede respecto de las obligaciones de transferencia de recursos al **FI Saneamiento** y al **FI Aguas Subterráneas** establecidas en la **Resolución N.º 079**, para tal fin deberá determinar si se configura alguna de las circunstancias establecidas en los literales a) y b) del numeral 226.2 del citado artículo.

3.2. De la suspensión de la transferencia al FI Saneamiento y FI Aguas Subterráneas

3.2.1 Es preciso indicar previamente que la suspensión del acto administrativo es una decisión sobrevenida e independiente del acto al que se refiere. Son resoluciones que tienen el específico objeto de suspender la eficacia de un acto anterior y que son adoptadas por la propia Administración.

Por ende, no podrá ser entendida como una anticipación del juicio de fondo sobre la estimación del recurso de reconsideración interpuesto

Expediente N.º 001-2019-SUNASS-DRT-FT

por **SEDAPAL**, lo cual será materia del pronunciamiento que oportunamente se emitirá.

- 3.2.2** Ahora bien, la posibilidad de suspender el acto administrativo constituye un verdadero límite a la ejecutividad de los actos administrativos y al privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública. Es por ello que, en principio, el análisis de toda solicitud de suspensión de un acto administrativo, como la de la recurrente, debe hacerse partiendo de su excepcionalidad con respecto a los principios de ejecutividad, eficacia inmediata y presunción de validez de los actos administrativos previstos en los artículos 16 y 9 del **TUO de la LPAG**.
- 3.2.3** Corresponde entonces evaluar el primer supuesto regulado en el artículo 226 del **TUO de la LPAG**, es decir, si las transferencias que **SEDAPAL** debe realizar al **FI Saneamiento** y al **FI Aguas Subterráneas** del quinquenio regulatorio 2022-2027 pueden ocasionarle a la referida empresa un perjuicio de imposible o difícil reparación por lo que correspondería suspender la **Resolución N.º 079** en ese extremo.
- 3.2.4** Al respecto, debe analizarse si no suspender la obligación de transferir al **FI Saneamiento** y al **FI Aguas Subterráneas** dispuesta mediante la **Resolución N.º 079**, en tanto no se resuelva el recurso de reconsideración, impedirá a **SEDAPAL** seguir funcionando como empresa, ante la ausencia de liquidez en sus fondos de operación regular, lo cual afectará la prestación de los servicios de saneamiento y un perjuicio irreparable y alto.
- 3.2.5** Sobre el particular, **SEDAPAL** sostiene que "*De ejecutarse lo indicado en el Estudio Tarifario, referente a iniciar el periodo regulatorio con un aporte de S/ 287.9 millones, la situación del Flujo de Tesorería sería crítica, alcanzando un **resultado negativo de S/220.6 millones en el mes de diciembre 2022***".² afirmación que sustenta en su Informe N.º 001-2022-GF (anexo N.º 3 del recurso de reconsideración).
- 3.2.6** Es decir, la propia **SEDAPAL** estima que en caso de transferir los recursos al **FI Saneamiento** y al **FI Aguas Subterráneas** esto ocasionaría un déficit recién en el mes diciembre del presente año; es decir, más de 9 meses después de la fecha prevista para la resolución de su recurso (el próximo mes de marzo). Es más, en el mes de

² Página 23 del recurso de reconsideración.

Expediente N.º 001-2019-SUNASS-DRT-FT

noviembre de este año, según la propia recurrente, contaría con un saldo positivo (caja operativa) de 41 millones de soles.

- 3.2.7** Por tanto, el cumplimiento de las obligaciones de transferir los fondos no causa en este momento a **SEDAPAL** un perjuicio de imposible o difícil reparación que justifique la suspensión de esta. En otras palabras, no se configura el supuesto previsto en el literal a) del numeral 226.1 del **TUO de la LPAG**.
- 3.2.8** Efectivamente, resulta razonable colegir –sobre la base de la información que presenta **SEDAPAL** en su recurso de reconsideración– que los ingresos mensuales por los servicios de saneamiento son suficientes para generar un margen de liquidez en los primeros meses del primer año regulatorio, que garantizan el financiamiento de las operaciones de la empresa y que no ponen en riesgo inmediato la operatividad de los servicios, hecho objetivo que descarta un estado real de iliquidez que comprometa el funcionamiento y la continuidad de los servicios que brinda hasta que se resuelva su recurso de reconsideración.
- 3.2.9** Conviene aclarar que la referencia al flujo de caja del Informe N.º 001-2022-GF de **SEDAPAL** no supone validar sus proyecciones o sustentos técnicos formulados o adoptados, por cuanto esta información será materia de análisis para pronunciarse sobre su recurso de reconsideración.
- 3.2.10** Con relación al literal b) del numeral 226.1 del **TUO de la LPAG**, corresponde a este Consejo Directivo evaluar si objetivamente existe un vicio de nulidad trascendente en cuanto a la obligación de transferir al **FI Saneamiento** y al **FI Aguas Subterráneas**.
- 3.2.11** **SEDAPAL** en el literal j del numeral 2.4 de su recurso de reconsideración alega que la **Sunass** ha transgredido el deber de motivación, por cuanto sustenta la **Resolución N.º 079** en un estudio tarifario que considera datos financieros erróneos de la empresa, lo cual señala se demostraría en el Informe N.º 001-2022-GF (Anexo 3 de su recurso de reconsideración), es decir, con información elaborada por la propia empresa. Dicha situación precisa **SEDAPAL** evidenciaría que la referida resolución fue soportada en una motivación defectuosa.
- 3.2.12** Asimismo, manifiestan que se ha comprobado la vulneración al principio de razonabilidad, toda vez que la regulación establecida a través de la **Resolución N.º 079** denota medidas irracionales, que no

Expediente N.º 001-2019-SUNASS-DRT-FT

se condicen de forma alguna con una valoración acorde a la realidad de los estados financieros de **SEDAPAL**.

3.2.13 Como se puede apreciar, para determinar si la obligación de transferir impuesta a **SEDAPAL** califica como un vicio de nulidad trascendente, es necesario evaluar previamente la información presentada por la referida empresa.

3.2.14 En consecuencia, no se aprecia en este momento de manera objetiva la existencia de un vicio de nulidad trascendente que sustente la suspensión de la obligación de transferir recursos al **FI Saneamiento** y al **FI Aguas Subterráneas** y, por lo tanto, no se configura la causal prevista en el literal b) del párrafo 226.2 del **TUO de la LPAG**.

De acuerdo con lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y con la conformidad de la Oficina de Asesoría Jurídica, el Consejo Directivo en la sesión del 18 de febrero de 2022.

RESUELVE:

Artículo 1º.- DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de medida cautelar.

Artículo 2º.- DECLARAR que no se configura ninguna de las causales previstas en el artículo 226 del TUO de la LPAG para suspender de oficio la Resolución N.º 079-2021-SUNASS-CD en el extremo de transferir 365 millones de soles y 76,6 millones de soles al Fondo de Inversión de Saneamiento y al Fondo de Inversión de Monitoreo y Gestión de Aguas Subterráneas, respectivamente.

Artículo 3º.- NOTIFICAR a **SEDAPAL S.A.** la presente resolución y el Informe N.º 012-2022-SUNASS-OAJ.

Artículo 4º.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal institucional de la **SUNASS** (www.sunass.gob.pe).

Regístrese, notifíquese y publíquese.

Iván Mirko LUCICH LARRAURI
Presidente Ejecutivo