

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS  
DE RECLAMO DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO  
ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE LA  
EMPRESA CON MENCIÓN EN GESTIÓN EMPRESARIAL**

**AUTOR**

**JUAN JOSÉ LÁZARO CARTY**

**ASESOR:**

**ALEJANDRO MARTIN MOSCOL SALINAS**

**LIMA, PERU,**

**MAYO, 2019**



**A MIS PADRES,  
Juan Lázaro**

## **RESUMEN EJECUTIVO**

El presente trabajo de investigación aborda la aplicación del Silencio Administrativo Positivo (SAP) en los procedimientos de reclamo de los Servicios de Saneamiento, es decir, los servicios regulados de Agua Potable y Alcantarillado a cargo de las Empresas Prestadoras de Servicios debido a la controversia que su efecto genera al implicar que iniciado un proceso administrativo de reclamo por el ciudadano en este caso el usuario, su pretensión se tiene por fundada o aceptada si la Entidad Administrativa para este efecto la Empresa Prestadora, no se pronuncia en el plazo establecido. Sin embargo, los límites de lo que debe entenderse por tener fundado el reclamo del usuario no están establecidos claramente pues si bien la doctrina señala que no se puede tener por otorgado más que lo que el usuario hubiese ganado de existir un pronunciamiento expreso, el análisis funcional de la tipología de reclamos del sector determina que la aplicación del SAP resulta pertinente por existir normas expresas en los reclamos comerciales relativos a la facturación, excepto en los reclamos por tarifa así como en los reclamos comerciales no relativos a la facturación y los reclamos operacionales, en los que está en juego la sostenibilidad del sistema regulatorio y la prestación misma del servicio que involucran dichos reclamos y asimismo por ser reclamos en que existe una gran dependencia de la colaboración de la Empresa Prestadora y del factor técnico involucrados en los mismos.

# ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
ÍNDICE	2
<b>CAPITULO I: INTRODUCCIÓN</b>	3
1.1 Tema y Problema de la Investigación	3
1.2 Hipótesis de Trabajo	7
1.3 Objetivo Central y Objetivo Específico de la Investigación	8
<b>CAPITULO II: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DOCTRINARIO Y NORMATIVO</b>	9
2.1 Antecedentes	9
2.2 Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo	13
2.3 Eficacia del Silencio Administrativo	17
2.4. Diferencias entre el Silencio Administrativo Negativo y el Silencio Administrativo Positivo.	21
2.5 Requisitos para la aplicación del Silencio Administrativo Positivo	22
2.6 Las entidades involucradas en el Silencio Administrativo Positivo	24
2.7 Los riesgos de la aplicación del Silencio Administrativo Positivo	28
2.8 Silencio Administrativo Positivo y Simplificación Administrativa	29
<b>CAPITULO III: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO RESPUESTA A LOS RECLAMOS DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO</b>	32
3.1 Planteamiento general del problema	32
3.2 El problema visto desde las pretensiones de los usuarios del sector	38
3.3 El problema visto desde el ámbito jurisprudencial	48
<b>CAPITULO IV: BALANCE FUNCIONAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS RECLAMOS DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO</b>	55
4.1 Recapitulación	55
4.2 Propuesta de aplicación	57
CONCLUSIONES	61
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

## CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

### **1.1 Tema y Problema de la Investigación**

El tema del presente trabajo de investigación está referido al Silencio Administrativo Positivo (SAP) aplicable a los procedimientos administrativos de reclamo de los Servicios de Saneamiento, es decir los servicios de agua potable y alcantarillado, seguidos por los usuarios de dichos servicios ante las Empresas Prestadoras de Servicios.

Los servicios de saneamiento según la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento aprobada por Decreto Legislativo N°1280, en adelante la LPSS, comprenden “la prestación regular de servicios de agua potable, alcantarillado sanitario, tratamiento de aguas residuales para disposición final o reúso y disposición sanitaria de excretas, en los ámbitos urbano y rural” (LPSS, 2016, art. 1).

Asimismo, el Título Preliminar (TP) de la LPSS señala que es de aplicación a todos los prestadores de dichos servicios, incluyendo municipalidades y entidades de la administración pública competentes respecto de su prestación, regulación, rectoría, supervisión, fiscalización, sanción, financiamiento u otros. (LPSS, 2016, T.P. art. II).

Cabe indicar que los servicios de saneamiento son materia de regulación debido a que las Empresas Prestadoras de Servicios (EPS) los prestan en situación de monopolio. Por ello, la Ley Marco de Organismos Reguladores N° 27332, en adelante la LOR, determina su regulación a cargo de un ente estatal dotado de autonomía administrativa, funcional, técnica y financiera, en este caso, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento en adelante la SUNASS o el Organismo Regulador, (LOR, 2000, art. 2) la cual cumple su finalidad a través de sus funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos (LOR, 2000, art. 3).

Mientras las funciones normativa y reguladora son básicamente reglamentarias y por tanto representan una perspectiva ex ante, las de supervisión, solución de reclamos y controversias se caracterizan por ser de control, es decir, ex post.

La función normativa de la SUNASS comprende dictar reglamentos y otras normas que regulen procedimientos así como tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones legales, técnicas y contractuales (LOR 2000, art. 3, 3.1, c).

En ejercicio de su función normativa, la SUNASS aprobó el Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS-CD, y el Reglamento General de Reclamos de los Usuarios de Servicios de Saneamiento, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD. La primera es la norma sustancial, es decir la norma regulatoria que establece los derechos y obligaciones de las Empresas Prestadoras de Servicios y los usuarios, y la segunda es la norma procesal, que establece el cauce procedimental para resolver los reclamos o conflictos entre ambas partes.

La función reguladora “comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito” (LOR 2000, art. 3, 3.1, b).

La función supervisora comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas así como mandatos o resoluciones emitidas por el Organismo Regulador (LOR, 2000, art. 3, 3.1, a).

La función fiscalizadora y sancionadora comprende la facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones legales o técnicas, así como las contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión (LOR, 2000, art. 3, 3.1, d).

La función de solución de controversias comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre las entidades o empresas, entre éstas y sus usuarios así como resolver los conflictos suscitados entre los mismos (LOR, 2000, art. 3, 3.1, e).

Finalmente, la función de solución de reclamos de los usuarios (LOR, 2000, art. 3, 3.1, f), a la que está referido el presente trabajo debiendo precisar que dichos procedimientos no son autónomos sino que lo que se cuestiona en ellos es la aplicación de las normas y tarifas aprobadas por el Organismo Regulador.

En los procedimientos de reclamo las Empresas Prestadoras de Servicios actúan como primera instancia y contra sus resoluciones cabe la interposición de recursos de apelación, que son de competencia del organismo regulador de los servicios, la SUNASS a través de su Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos, en adelante el TRASS, quien actúa como segunda instancia, concluyéndose con su resolución la vía administrativa. Asimismo, el TRASS es competente para resolver las quejas por defectos de tramitación en que hayan incurrido las EPS durante dichos procedimientos. Tanto en los reclamos ante las EPS como en las quejas por defectos de tramitación es de aplicación el Silencio Administrativo Positivo.

En este marco, el Silencio Administrativo es una técnica de la actuación administrativa del Estado, originada en Francia y luego en España, habiéndose extendido



posteriormente a América Latina, incluido el Perú. Tiene como base el derecho constitucional de petición del que todo ciudadano goza ante el Estado y que implica que este último, a través de la Administración Pública, debe contestar dichas solicitudes en el plazo normativamente establecido (Constitución, 1993, art.2, num.20). En caso de no darse dicha respuesta, la ley otorga a dicho silencio un efecto negativo o un efecto positivo.

En el Perú este derecho ha tenido un desarrollo legislativo a través del artículo 117° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificada por Decretos Legislativos N° 1272 y N° 1452 y cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante, la LPAG:

#### Artículo 117.- Derecho de petición administrativa

117.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

117.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado...de contradecir actos administrativos....

117.3 Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.

En su origen el Silencio Administrativo tuvo un sentido siempre negativo, lo que implica que cumplido el plazo sin el pronunciamiento de la Administración Pública, se entendía en base a una ficción legal, por denegada la petición del ciudadano y este quedaba facultado a interponer el recurso impugnatorio en la vía administrativa, la acción en la vía judicial, o a esperar el pronunciamiento de la Administración Pública.

Es con posterioridad que se introducen cambios en dicha concepción y en países como España, comienza a darse efecto positivo al silencio de la Administración, es decir que transcurrido el plazo establecido sin su pronunciamiento, se entiende por aceptado lo solicitado por el ciudadano, lo que en el plano teórico se considera un acto administrativo presunto, que habilita al administrado a actuar como si expresamente se le hubiese concedido o reconocido el derecho que reclamaba, por ejemplo, una licencia de construcción.

El tema resulta relevante toda vez que en los procedimientos de reclamo de los servicios de saneamiento, si la autoridad administrativa, en este caso la Empresa Prestadora de Servicios, no se pronuncia dentro del plazo establecido, se tiene por fundado el reclamo, según lo señalado por la parte accionante. Sin embargo, la norma no señala qué se entiende por tener por fundado el reclamo, es decir, cuáles son los límites a lo que la Entidad, Administrativa o con funciones administrativas, tiene que otorgar materialmente en caso de omisión de pronunciamiento. En principio, se sostiene que nadie puede obtener por vía del Silencio Administrativo Positivo más de que lo que hubiese obtenido si la Administración se hubiese pronunciado. En tal sentido, además de la doctrina, deberá tenerse en cuenta la naturaleza, características y finalidades del procedimiento administrativo.

Así, por ejemplo, en el procedimiento administrativo de reclamo de los servicios de saneamiento, existe una tipología variada de pretensiones que comprenden: 1) Reclamos comerciales relativos a la facturación; 2) Reclamos comerciales no relativos a la facturación y 3) Reclamos Operacionales, tal como los detalla el Anexo 3 del Reglamento General de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD (RGR, 2006, Anexo 1)

Dentro de los reclamos comerciales relacionados a la facturación se encuentran los reclamos por consumo (volumen de agua facturada), recuperos de consumos no facturados oportunamente o por manipulación del medidor, reclamos por consumos no realizados por estar el servicio cerrado, tarifa aplicada en la facturación reclamada, costos de servicios colaterales como costos de cierre y reapertura del servicio, reclamos para determinar la responsabilidad de pago por dichos servicios, etc.

En estos casos, se estarán definiendo a través del SAP, aspectos como si es correcto el volumen de agua facturado, la categoría tarifaria aplicada (si es aplicable la tarifa doméstica, comercial, industrial u otras) si corresponde se cobre el costo de cierre del servicio y su reapertura en caso de incumplimiento en el pago así como si corresponde a una u otra persona asumir el pago de la deuda generada por dichos servicios, entre otros. En tal sentido, la investigación estará encaminada a establecer criterios sobre cómo aplicar el SAP y si este es aplicable, en cada caso. Asimismo, si la aplicación del Silencio Administrativo Positivo es independiente del sentido de las pruebas del procedimiento.

En los reclamos comerciales no relativos a la facturación nos encontramos con reclamos referidos a la información que deben recibir los usuarios, al acceso al servicio, incluidos



los reclamos por cortes indebidos del servicio. En los reclamos operacionales se discute el buen funcionamiento de la infraestructura con la que se presta el servicio.

Adicionalmente, el pronunciamiento o resolución de la Empresa Prestadora en el procedimiento de reclamo, comprende en realidad dos (2) etapas: la emisión de la Resolución (30 días hábiles desde la presentación del reclamo o 15 días hábiles desde la presentación del Recurso de Reconsideración) y la notificación de dicha resolución (5 días hábiles desde la emisión de la resolución) por lo que la investigación se propone analizar cuándo se entiende emitida y notificada la resolución, toda vez que sólo será eficaz a partir de su notificación y la carencia de dichos actos determinará la aplicación o inaplicación del Silencio Administrativo Positivo.

Las resoluciones de las Empresas Prestadoras solo tienen efecto: 1) cuando se han notificado; 2) cuando se ha notificado dentro de los plazos establecidos normativamente y 3) cuando dicha notificación se ha producido cumpliendo con los requisitos de validez también establecidos normativamente. Teniendo en cuenta que el Silencio Administrativo Positivo implica que la falta de respuesta del reclamo será entendida como que la Administración tiene por aceptado o fundado el reclamo, deberá analizarse la aplicación del Silencio Administrativo Positivo en los tres supuestos antes señalados.

## **1.2 Hipótesis de Trabajo**

La hipótesis que se plantea en el presente trabajo es que el Silencio Administrativo Positivo no es una regulación jurídica que pueda aplicarse a todos los tipos de reclamos de los usuarios por los servicios de saneamiento, sino sólo a aquellos en que no existen razones de interés público que impliquen que no se pueda aplicar el Silencio Administrativo Positivo.

En tal sentido, en el sector de los Servicios de Saneamiento el interés público implica mantener la continuidad, eficiencia y la sostenibilidad del servicio de agua, razón por la cual la aplicación de las tarifas y en general la prestación del servicio, incluido el aspecto de la resolución de los reclamos, deberá ser analizado a la luz de dicho interés.

Respecto del interés público, no puede dejarse de lado la perspectiva del contexto económico en que se aplica el silencio administrativo. Así, un ambiente económico identificado con la mayor intervención estatal en la actividad económica será más proclive a controles más estrictos y a que la mayor parte de las decisiones sean tomadas por la Administración Pública. En ese contexto resulta más coherente una mayor aplicación del Silencio Administrativo Negativo. Por el contrario, en un contexto

económico donde la intervención estatal se relaja o tiende a retroceder frente a la iniciativa privada e incluso a favorecerla, será más coherente recurrir a técnicas como el Silencio Administrativo Positivo.

En particular, deben distinguirse a los reclamos por consumo, es decir, aquellos en que se cuestiona el volumen de agua facturada mensualmente al usuario, de aquellos reclamos en que el usuario cuestiona la tarifa aplicada en su facturación (la cual se define en función del uso otorgado al agua) así como de aquellos reclamos en que se cuestionan otros conceptos como son los servicios colaterales (costos de corte, reconexión del servicio y otros cargos) o entre otros, los reclamos por responsabilidad de pago por los servicios, en que lo que se cuestiona es quien debe pagar por ellos, si el antiguo o el actual propietario. En este caso, el interés público resulta predominante en los reclamos por tarifa, los reclamos comerciales no relativos a la facturación y los reclamos operacionales, por lo que nuestra hipótesis considera que en estos casos, el Silencio Administrativo Positivo no resulta aplicable.

### **1.3 Objetivo Central y Objetivo Específico de la Investigación**

Constituye objetivo central del presente trabajo analizar los diversos tipos de reclamos de los usuarios de los Servicios de Saneamiento, las pretensiones que cada uno de ellos implica para la Administración, y en función de ellos determinar si razones de interés público permiten o no la aplicación del Silencio Administrativo Positivo a todos los procedimientos de reclamo de los Servicios de Saneamiento. Finalmente, el objetivo específico será determinar si corresponde una eventual modificación en la normativa aprobada por el Organismo Regulador.

## **CAPITULO II: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DOCTRINARIO Y NORMATIVO**

### **2.1 Antecedentes**

En el Derecho Privado, como regla general, el silencio de las personas, naturales o jurídicas, no tiene efecto jurídico alguno, es decir, no genera derechos ni obligaciones para una persona respecto de las otras. Como señala Pando Vílchez, el silencio no constituye manifestación de voluntad alguna, salvo que la ley le asigne un significado específico a dicho silencio (2006, p. 671). De igual manera se pronuncia Morón Urbina, para quien en las relaciones jurídicas entre particulares el silencio de las personas no tiene efecto jurídico alguno salvo que la normativa o el pacto le asignen carácter de declaración de voluntad. (2017, p. 357).

En otras palabras, una persona no puede unilateralmente adquirir derechos o generar obligaciones en otras por el solo mérito de su declaración de voluntad y del silencio de las demás personas. Cabe precisar que esta concepción, derivada del principio de igualdad ante la ley reconocido en la Constitución (Constitución, 1993, art. 2, núm. 2) se encuentra desarrollada respecto de los actos jurídicos privados, en el artículo 142 del Código Civil según el cual “el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado” (Código Civil, 1984, art. 142).

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, la ley asigna al silencio de la Administración un efecto o significado. Según Parada (2002, p. 111) en el Derecho Administrativo, a fin de asegurar el acceso al proceso o la efectividad de derechos sustantivos, se atribuye al silencio de la Administración unas veces un significado negativo o desestimatorio y otras, uno estimatorio o positivo.

En el caso de la relaciones con la Administración, dice Morón Urbina (2017, p. 357) “la discusión no se centra-a diferencia de lo que sucede en el Derecho Privado-en si la omisión de la entidad conduce a la declaración de voluntad o no sino a cuál será el sentido de esta declaración voluntad aparente dispuesta por la ley, y cuáles serán los presupuestos para su acogimiento válido”.

Señala Muñoz Machado (2011, p.147) que teniendo en cuenta que el recurso contencioso administrativo estaba dirigido a revisar los actos de la Administración, esta podría eludir dicha revisión simplemente al no resolver formalmente lo que los administrados le solicitasen. Por tal razón se crea lo que denomina la técnica del silencio administrativo. Si bien señala como antecedente más antiguo del Silencio

Administrativo, la ley francesa de 17 de julio de 1900, la cual tenía por finalidad impedir que la inactividad formal de la Administración en resolver un asunto se convirtiera en un obstáculo para la interposición del recurso contencioso administrativo, antes de dicha fecha en Francia se utilizaban algunas normas que permitían la aplicación sectorial de la misma técnica como el artículo 7º del Decreto de 2 de noviembre de 1864.

Así, históricamente el silencio administrativo surge relacionado con el denominado “privilegio de la decisión previa”, según el cual los particulares no pueden acudir a la vía judicial contra el Estado sin antes esperar la decisión de este respecto de sus pretensiones. De esta forma, según Huapaya Tapia, cuando faltaba el acto de la Administración porque esta no resolvía sobre lo solicitado, el particular no podía acceder a la jurisdicción contenciosa por faltar el requisito esencial para el recurso, que no era otro que el acto administrativo o la decisión previa. Este razonamiento injusto para el particular, señala el autor, fue advertido por el Consejo de Estado francés, el cual entre el siglo XIX y comienzos del XX en sus pronunciamientos desarrolla el silencio administrativo negativo como ficción de efectos procesales, no resultando impedimento dicho silencio para recurrir a la jurisdicción contenciosa, como excepción a la falta de una decisión previa (2011, p. 257).

En el Derecho Francés, el artículo 7º del Decreto del 2 de noviembre de 1864 consagra por primera vez el Silencio Administrativo señalando:

Cuando los ministros decidan los recursos contra las decisiones de autoridades subordinadas, su decisión debe ocurrir en el plazo de cuatro meses contados a partir de la recepción de la reclamación por el Ministerio. Si otros documentos son producidos posteriormente por el recurrente, el plazo no corre sino a partir del recibo de estos documentos. Luego del vencimiento del plazo, las partes pueden considerar que su petición ha sido rechazada si no se produce ninguna resolución e intentar los recursos ante el Consejo de Estado (citado por Cadena Barreto, 1988, p. 107-108).

Esta disposición, antes solo aplicable a los asuntos sometidos a la resolución de los ministros, se generalizó mediante el artículo 3 de la Ley de 17 de julio de 1900 en los siguientes términos:

En los negocios contenciosos que no pueden demandarse ante el Consejo de Estado sino bajo las formas de recursos contra una decisión administrativa, cuando ha pasado un plazo de cuatro meses sin que hay habido decisión alguna, las partes interesadas pueden considerar su petición como rechazada y demandar ante el Consejo de Estado. Si se allegan nuevos documentos luego

de la introducción de la petición, el plazo no empezara a correr sino a partir de la recepción de estos documentos. La fecha de la presentación de la reclamación y de los documentos, si esto tiene lugar, se prueba mediante recibo expedido conforme a las disposiciones del artículo 5 del Decreto de 2 de Noviembre de 1864. A falta de decisión, este recibo, so pena de nulidad, deberá ser adjuntado por las partes para fundamentar su recurso ante el Consejo de Estado. Si la autoridad administrativa es un cuerpo deliberante, los plazos preindicados se prorrogarán, si hay lugar, hasta la expiración del primer periodo legal que siga a la presentación de la reclamación o de los documentos (citado por Cadena Barreto, 1988, p. 108).

El origen del Silencio Administrativo sin embargo, es cuestionado en España donde Gómez Puente (2000, p. 567-569) no reconoce su origen en Francia sino en el Real Decreto español del 20 de setiembre de 1851, el cual modificó el requisito exigido de una resolución administrativa previa para demandar judicialmente a la Administración y lo sustituyó por una certificación de la resolución dada a la reclamación o de no haber sido dicha resolución comunicada, a fin de permitirle acceder a la vía judicial, señalando que las normas generales recién se detectan en Francia a partir del artículo 7° del Decreto de 2 de noviembre 1864 y la Ley de 17 de julio de 1900, si bien reconoce que esta última fue la primera que instauró el Silencio Administrativo en relación al proceso contencioso administrativo, reservada en España a la justicia civil hasta algunas décadas después (Gómez Puente, 2000, p. 575).

Efectivamente, en los asuntos en que es parte el Estado la Administración cuenta con un privilegio jurídico que consiste en la exigencia a los particulares de agotar previamente la vía administrativa mediante la interposición de los recursos impugnativos previstos en la ley como requisito indispensable para el inicio del proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial. (Danós Ordoñez, 1996, p. 226-227).

Lo expresado por los autores implica que un particular no puede demandar directamente al Estado ante el Poder Judicial por una cuestión de Derecho Público, sino que antes debe presentar su pretensión ante el mismo Estado, es decir, iniciar hasta agotar la vía administrativa y solo después que la Administración se pronuncie puede recurrir al Poder Judicial.

De la misma manera se expresa Parada (2002, p. 111-112) para quien se trata de una ficción legal por la cual se convertía un no acto en una negativa formal, es decir que en base a la falta de respuesta de la Administración se inventa un acto desestimatorio para



que el administrado pueda enjuiciarla y mantener la regla según la cual el proceso contencioso es un proceso al acto de la Administración.

Parada añade que la primera regulación del silencio administrativo de España (Estatutos Municipal y Provincial de Calvo Sotelo de 1924 y 1925) estableció al Silencio Administrativo con carácter desestimatorio o negativo. (Parada, 2002, p. 112)

Es así que el silencio negativo no era considerado realmente un acto denegatorio de la pretensión del administrado sino la ausencia de voluntad de la Administración, no pudiendo deducirse del mismo efectos jurídicos-materiales, sino que tenía efectos únicamente procesales a fin de abrir la vía del recurso, sustituyendo al acto expreso en beneficio del particular (García Enterría y Fernández, 2013, p. 643).

Parada (2002, p.112) señala que como excepción la misma Ley española del Procedimiento Administrativo de 1958 estableció el silencio positivo “en las relaciones interorganicas o interadministrativas en los supuestos de autorizaciones y aprobaciones que debían acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. En las relaciones de la Administración y los particulares el silencio solo se entendía positivo en aquellos casos en que así lo estableciera una disposición expresa”.

Igualmente, García Enterría y Fernández señalan que el silencio positivo tuvo siempre un sentido y funcionalidad diferentes y en la normativa inicial española estaba referido a:

supuestos de autorizaciones y a los de aprobaciones que hubieran de acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, es decir, a casos de control, preventivo y *a posteriori*, de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser integrada por otra Administración superior. En este marco se comprende sin dificultad que el silencio de la Administración llamada a otorgar la autorización o aprobación pudiera sustituir a estas pura y simplemente, suavizando así el rigor de propio del control policial o de tutela, instrumentado por la norma, pues conocida la actividad a controlar y transcurrido un plazo prudencial sin que se formulase objeción alguna por el órgano llamado a ejercerla, era lógico suponer el *nihil obstat*, la inexistencia de veto. (2013, p. 644-645).

De esta manera, la técnica del Silencio Administrativo nació en Francia en su sentido negativo, o desestimatorio de la pretensión de los administrados, y es muy

posteriormente que se configura en España como estimatorio, es decir, el Silencio Administrativo Positivo.

## **2.2 Naturaleza Jurídica del Silencio Administrativo**

Respecto de Silencio Administrativo Negativo, la doctrina considera que es un hecho que carece de sentido por sí mismo, si no es para ser impugnado por decisión del interesado. (Danós Ordoñez, 1996, p. 227).

Parada (2002, p. 111) distingue a los actos administrativos en actos expresos y actos presuntos y entre estos últimos incluye a los producidos en virtud del silencio administrativo el cual considera un hecho jurídico, pues no existe la declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, cualidad que considera propia de los actos administrativos expresos.

El Silencio Administrativo es una regulación del Derecho Administrativo según el cual la inacción o falta de pronunciamiento de la Administración Pública ante las solicitudes o peticiones de los administrados en los plazos legalmente establecidos genera consecuencias jurídicas. En tal sentido, se encuentra en directa relación con el Derecho de Petición previsto en el artículo 2, numeral 20 de la Constitución Política del Estado, en adelante la Constitución, según el cual “toda persona tiene derecho a formular peticiones individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad” (Constitución, 1993, art.2, num.20).

Es decir, que es un derecho del ciudadano presentar sus requerimientos ante la Administración Pública, que tiene como correlato la obligación del Estado, de dar respuesta dentro del plazo legal. En ese marco, la aplicación del Silencio Administrativo, Negativo o Positivo, constituye una excepción, e incluso un efecto no querido de la norma legal, pues presupone que la Administración Pública ha incumplido con ese deber constitucional.

Al respecto, Morón Urbina (2017, p. 357) refiriéndose al SAP, señala que a diferencia de las relaciones entre particulares, en las relaciones con la Administración el silencio es considerado un hecho con efectos administrativos y tratado como declaración ficta.

El Silencio Administrativo así resulta una técnica del Derecho Administrativo a fin de lograr que la inactividad formal de la Administración Pública, esto es, la inactividad para emitir su respuesta o declaración ante la petición de los administrados, no perjudique las expectativas de los ciudadanos en la resolución de sus peticiones o solicitudes.

Asimismo, se produce el incumplimiento de la obligación de resolver tanto por la falta de resolución como por la no notificación de dicha resolución (Sendín García, 2010, p. 164).

Respecto de la obligación de resolver, parece pertinente citar la distinción recogida por Fraga (1971, p. 289) según el cual para precisar los casos en los cuales el silencio produce efectos jurídicos, se distingue la hipótesis en que la autoridad está facultada para actuar o no según su discreción, de aquella en que el ejercicio de la función constituye una obligación jurídica, de tal manera que mientras en el primer caso no puede darse el silencio con trascendencia jurídica porque la abstención implica ejercer la facultad legalmente otorgada de no usar el poder, en el segundo caso el silencio sí es particularmente importante por las consecuencias de la falta de cumplimiento de dicha obligación.

Gómez Puente (2000, p. 486) relaciona esta obligación de resolver con el concepto de autotutela administrativa y por ende con el carácter revisor del proceso y la jurisdicción contencioso administrativa. La Administración tiene el privilegio de decidir por sí sola, ejecutivamente las situaciones jurídicas en que toma parte, y así como no necesita de los tribunales para imponer dichas decisiones a los particulares, estos no pueden llevarla ante dichos tribunales sin que esta se pronuncie definitivamente, es decir, agotando la vía administrativa. De esta forma la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso administrativa es una expresión negativa del principio de autotutela administrativa y por ello el deber de resolver es una consecuencia ineludible de dicho principio en el cual encuentra su fundamento.

Sobre la naturaleza jurídica del Silencio Administrativo, existen dos tendencias: Una que lo considera una ficción jurídica de que se ha dictado una resolución en sentido estimatorio o desestimatorio, según el caso sea un Silencio Positivo o Negativo cuando transcurren los plazos máximos que tiene la Administración para resolver un procedimiento y notificar la resolución de la misma (Sendín García, 2010, p. 168).

De otro lado, existen quienes consideran que en realidad no estamos ante un acto administrativo ya que la Administración se abstuvo de declarar y que ello implica un comportamiento que resulta ilícito e inconstitucional, hecho al cual se le hace una imputación legal a título de Silencio Administrativo con consecuencia estimatoria o desestimatoria. (Morón Urbina 2017, p. 357).

Cassagne (2010, p.18) señala que se trata de una teoría que utiliza la misma raíz lingüística para designar dos instituciones distintas: a) la denegatoria ficta que abre la puerta para la impugnación en sede administrativa o jurisdiccional y que no es un acto

administrativo sino una ficción procesal y b) el acto presunto tácito configurado cuando al silencio se le atribuye sentido positivo.

En tal sentido, el mismo autor señala que el silencio negativo no puede ser la excepción a la regla del silencio positivo porque se trata de instituciones de naturaleza y finalidades distintas, el primero implica una ficción legal que rechaza una pretensión procesal mientras que en el segundo se presume la existencia de un acto administrativo favorable en base a un derecho privado existente, como en una autorización para construir, y que la única coincidencia es que la falta de respuesta juega a favor del particular (Cassagne, 2010, p. 19).

Una posición radicalmente diferente que consideramos acertada según detallaremos más adelante, es la de Gómez Puente (2000, p. 599-600) para quien teniendo en cuenta que la naturaleza de una institución viene determinada por su origen, causa, eficacia y finalidad, concluye que ambas clases de silencio tienen la misma naturaleza jurídica.

Gómez Puente sustenta su posición, primero, en el origen de ambos en la ley la cual los define, fuera del poder de disposición de la Administración o de los interesados. En segundo lugar, ambos silencios tienen una misma causa en la existencia de un deber legal de dictar resolución a instancia de parte. En tercer lugar, en ambos la eficacia es "ex lege" aunque sean diferentes los efectos jurídicos, tienen una estructura lógica similar, una ficción jurídica con la que se justifica la directa ejecutividad que adquiere la ley a través del silencio, que opera por el transcurso del tiempo a voluntad del interesado, no porque el silencio se produzca ex voluntate sino porque es su opción invocar o no los efectos jurídicos correspondientes en cada caso. Y finalmente, porque ambos silencios tienen una finalidad común, aunque difiera su objeto inmediato-garantizar el derecho procesal de defensa y la vía del recurso, o garantizar el ejercicio y efectividad de ciertos derechos sustantivos-la finalidad unívoca para el autor es la protección o preservación de la esfera jurídica del administrado, la seguridad jurídica frente a la amenaza que representa el incumplimiento del deber legal de resolver.

Respecto de la relevancia del Silencio Administrativo, concluye Gómez Puente señalando que el silencio:

no desvela ni interpreta la voluntad administrativa-siendo imposible...la predicción de la voluntad-sino que combate determinados inconvenientes que padece quien legítimamente espera una decisión administrativa. El silencio se refiere...a una mera situación fáctica...con el silencio se pretende no tanto evitar la inactividad, objetivo al que se avocan otras reglas (las...de responsabilidad disciplinaria o las que procuran la eficacia y coordinación administrativas) cuanto



restar trascendencia al incumplimiento del deber legal de resolver...suprimiendo la inseguridad jurídica... no debe pensarse que carece de importancia para el interés público pues si bien este puede verse afectado negativamente, el silencio puede contribuir a garantizar la legalidad, la seguridad jurídica y la eficacia administrativa allí donde son cuestionadas por la falta de actividad (2000, p. 646-647).

De otro lado, cabe indicar que la doctrina distingue en la inactividad de la Administración que da lugar al Silencio Administrativo, entre la inactividad formal y la inactividad material. La inactividad formal se refiere a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, como la simple no contestación, no resolviendo expresamente las cuestiones planteadas por los particulares, mientras que la inactividad material es un simple no hacer al margen de un procedimiento, suponiendo una conducta omisiva de los resultados materiales (Danós Ordoñez, 1996, p. 225-226). Ejemplos de inactividad material han sido proporcionados por la doctrina, tales como no entregar un DNI, un pasaporte, una tarjeta de propiedad vehicular, no ejecutar resoluciones judiciales, no pagar una pensión, no entregar adelantos a un contratista (Morón Urbina, 2017, p.358).

En tal sentido, inactividad formal se refiere a la omisión de la declaración de voluntad administrativa, es decir, a las resoluciones de la Administración, no aplicando a los demás casos de inactividad administrativa formal como la de reglamentar una ley o la de aprobar o suscribir un contrato (Morón Urbina, 2017, Tomo 1, p. 358).

Respecto de esta clasificación, resulta atinada la distinción que realiza Aguado I Cudola (2001, p.148-149) en el sentido que el Derecho Administrativo comprende los poderes que ejerce la Administración pero además las prestaciones y servicios públicos, por lo que analizando las potestades administrativas pueden constatarse distorsiones al aplicar el silencio positivo en la medida que este opera normalmente en aquellas actividades en que la Administración Pública ejerce potestades públicas, debido a que genera efectos sustantivos a manera de límite o freno de poderes y potestades administrativas, y no meramente efectos procedimentales. En cambio, cuando la Administración no actúa como autoridad sino que presta servicios a sus ciudadanos y negocia con particulares, el silencio positivo pierde su sentido original de límite, pues aunque aparentemente se esté otorgando lo solicitado, si persiste la inactividad administrativa, se requerirá acudir a la vía contencioso administrativa, de la misma forma en que sucede con el silencio negativo.

A nuestro entender esto puede reflejarse en lo que sucede con las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, que si bien no son parte de la Administración Pública,



ejercen funciones públicas, en cuyo caso si se produce el Silencio Administrativo Positivo, aun con la participación del Organismo Regulador, a través de su Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos, la persistencia en la inactividad de la Empresa Prestadora, deberá igualmente resolverse ante el Poder Judicial.

### **2.3 Eficacia del Silencio Administrativo**

Habiendo sustentado la obligación legal que tiene la Administración Pública de resolver o emitir pronunciamiento respecto de las peticiones y reclamos de los administrados, corresponde determinar cuándo se considera cumplida dicha obligación. Esta obligación se considera cumplida, en principio, cuando la Administración emite la Resolución, la cual es un acto administrativo. Según la doctrina, el acto administrativo requiere cumplir con ciertos requisitos de validez y eficacia. Por requisitos de validez se entienden aquellos elementos que generan el perfeccionamiento del acto, mientras que por la eficacia se alude a su capacidad de generar efectos vinculantes a los destinatarios de la regulación que el acto administrativo contiene.

Respecto de la validez y la eficacia, la primera se emplea para calificar el acto desde el punto de vista de su adecuación a las exigencias del Derecho Positivo, así como de su aptitud para producir efectos jurídicos. El despliegue de esa aptitud es la eficacia del acto (Morell Ocaña, 1998, p. 251-252). De similar manera se pronuncia Bocanegra Sierra (2005, p. 107), en el sentido que un acto administrativo es válido cuando cumple con las condiciones formales y materiales que el Ordenamiento exige para su existencia, es decir, su plena conformidad a Derecho, mientras que la eficacia se refiere a las consecuencias jurídicas de los actos administrativos.

Sobre los requisitos de validez del acto administrativo, Bocanegra Sierra (2005, p. 89 a 105) distingue condiciones formales de validez y condiciones materiales de validez. Las condiciones formales de validez son los requisitos legales que se imponen al acto al margen de su contenido. Entre las primeras cita la competencia, el procedimiento y la forma. Las condiciones materiales de validez según el autor, están referidas a que las potestades que se ejercen al generar los actos administrativos se encuentren de acuerdo al Principio de Reserva de Ley y sean jurídica y materialmente posibles.

La eficacia del acto administrativo tiene dos manifestaciones: la eficacia externa y la eficacia interna. La eficacia externa referida a los efectos exteriores o laterales producidos por la mera notificación o publicación y que implican que el acto es una realidad que debe ser tenida en cuenta por el destinatario generando efectos tales como

la finalización del procedimiento, la creación de una relación jurídico formal entre el órgano emisor y los destinatarios que justificaría incluso impugnar el acto nulo, la posibilidad de revisar o revocar el acto ilegal o inoportuno o proceder a su conversión, es decir consecuencias jurídicas ligadas a la existencia del acto como realidad jurídica pero que no tiene que ver con la fuerza obligatoria de su contenido regulador, que es su eficacia interna, y generalmente ambos tipos de eficacia se producen de modo simultaneo con su notificación o publicación ( Bocanegra Sierra, 2005, p. 107 a 109).

Es por ello que Aguado I Cudola (2001, p. 97-98) señala que la actividad administrativa por excelencia que permite evitar la producción del silencio es la notificación en plazo de la resolución que finaliza el procedimiento y que en dicho plazo la resolución no solo debe ser emitida sino notificada pues de otra forma sería la Administración quien decidiría si hay o no silencio con la simple técnica de antedatar las resoluciones.

En cuanto a la notificación, en el caso del Perú se presenta una discordancia normativa pues el numeral 36.1 del artículo 36 de la LPAG referido a la aprobación de la petición mediante el Silencio Administrativo Positivo, señala:

En los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo, la petición del administrado se considera aprobada si, vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento correspondiente, no siendo necesario expedirse pronunciamiento o documento alguno para que el administrado pueda hacer efectivo su derecho, bajo responsabilidad del funcionario o servidor público que lo requiera.

Sin embargo, el numeral 199.1 del artículo 199 de la LPAG, referido a los efectos del Silencio Administrativo, establece:

Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo...

Es decir, que mientras el artículo 36 señala que el SAP se producirá por el transcurso del plazo para resolver, que generalmente es de 30 días hábiles, sin que la Resolución haya sido notificada, el artículo 199 establece que al plazo máximo para resolver deberá sumársele el plazo para notificar previsto en el artículo 24, que es de 5 días. En consecuencia, la obligación de resolver no se cumple al notificar la resolución dentro de

los 30 días, requisito sin el cual jurídicamente no es eficaz, sino recién transcurrido el plazo máximo para resolver (30 días hábiles) más el plazo para notificar (5 días).

Esta situación puede implicar que según la interpretación de cada entidad administrativa se entienda que puede emitirse la resolución antes de los 30 días hábiles y no estar en obligación de notificarla hasta el trigésimo quinto (35) día hábil de presentada la petición.

En el caso de la regulación de los Servicios de Saneamiento, los artículos 21 y 23 del Reglamento General de Reclamos aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD, señalan que el Resolución que resuelve el Reclamo deberá “expedirse” dentro de los 30 días hábiles, y la Resolución que resuelve el Recurso de Reconsideración deberá “expedirse” dentro de los 15 días hábiles de presentados, y que en ambos casos el plazo para notificarlas será de 5 días hábiles.

En cuanto al SAP, el artículo 25 del referido Reglamento señala:

#### Artículo 25.- Silencio Administrativo Positivo (SAP)

Transcurrido el plazo establecido en los artículos 21 y 23 del presente Reglamento sin que la EPS hubiese notificado la Resolución operará el SAP y, en consecuencia, el reclamo se entenderá fundado.

Vencido el plazo para que opere el silencio administrativo positivo, sin que la EPS hubiera emitido pronunciamiento sobre lo solicitado, el usuario podrá: i) presentar una Declaración Jurada ante la EPS con la finalidad de hacer valer el derecho conferido, constituyendo el cargo de recepción de dicho documento, prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta de la solicitud o trámite iniciado o, ii) interponer queja ante el TRASS, el que ordenará hacer valer el derecho conferido al usuario mediante SAP, de considerarlo aplicable...

Sin perjuicio de lo indicado, el TRASS podrá aplicar de oficio el SAP y ordenar hacer valer el derecho conferido, cuando lo advierta durante el trámite de un recurso de apelación...

En este caso, los artículos 21 y 23 antes citados distinguen entre el plazo de expedición y el plazo de notificación de la Resolución y el artículo 25 citado pareciera señalar que el SAP solo se produce vencido el plazo para notificar. Dada la discordancia normativa antes mencionada, el TRASS considera que la resolución debe emitirse dentro de los

30 días hábiles pero que el plazo de 5 días para notificarla se cuenta a partir de la fecha de dicha expedición aun cuando no hayan transcurrido los 30 días hábiles. Asimismo, el SAP solo puede producirse ante la EPS (etapa de Reclamo y de Recurso de Reconsideración) no ante el TRASS (etapa del Recurso de Apelación) ante el cual solo cabe el Silencio Administrativo Negativo.

De esta forma se presenta más de un supuesto de SAP en la jurisprudencia del Tribunal:

- 1) SAP por que la EPS no emitió pronunciamiento alguno.
- 2) SAP por que la EPS remitió el expediente conteniendo la Resolución pero esta no se haya suscrita por el funcionario competente.
- 3) SAP por que la EPS expidió la Resolución excediendo los 30 días hábiles desde la presentación del reclamo o 15 días hábiles desde el Recurso de Reconsideración.
- 4) SAP porque la EPS no notificó la Resolución.
- 5) SAP por que la EPS notificó la Resolución excediendo los 5 días hábiles desde la expedición de la Resolución.
- 6) SAP porque la Resolución omitió pronunciarse sobre la materia reclamada o alguna de las materias reclamadas. Así por ejemplo, se reclamó por los consumos de los meses de mayo y junio de 2018 pero la EPS solo se pronunció por el mes de mayo, y omitió pronunciamiento por el mes de junio.
- 7) SAP porque si bien la Resolución se expidió dentro del plazo de los 30 días hábiles y se notificó dentro de los 5 días hábiles, dicha notificación no cumplió con los requisitos de validez establecidos en el artículo 21 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, para el caso de notificación personal o en el artículo 36 del Reglamento General de Reclamos aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD, para el caso de notificación bajo puerta, y dichos vicios no pueden ser convalidados, o porque no existe forma de determinar que el usuario conoció la resolución, porque no se puede determinar con certeza cuando la conoció o porque el usuario presentó los recursos impugnatorios (Recurso de Reconsideración o Apelación) fuera de los plazos para notificar la resolución y para impugnarla, contados desde la fecha de expedición de la misma).

## **2.4. Diferencias entre el Silencio Administrativo Negativo y el Silencio Administrativo Positivo**

Además de las diferencias conceptuales entre el Silencio Negativo y el Silencio Positivo, que como ya hemos visto son cuestionadas, es decir, en un caso ser una ficción de efectos procesales y en otro configurar un acto administrativo presunto, se presentan otras diferencias que inciden sobre todo en su aplicación.

Respecto de las diferencias entre ambos silencios, Aguado I Cudola ha señalado que:

mientras el silencio negativo era una mera ficción procesal a efectos de dar jurisdicción, el silencio positivo venía a sustituir la técnica de una autorización o aprobación previa por la de un veto. El análisis de esta definición conducía inevitablemente (...) a la teoría de las potestades. De esta forma se podría verificar si realmente estamos ante la transformación de una potestad autorizatoria por la de un veto o más bien nos encontramos ante un tema de limitación de poderes por el transcurso del tiempo (2001, p. 149)

Gómez Apac y Huapaya Tapia (2008, p. 85-86) han precisado otras diferencias entre el Silencio Administrativo Negativo (SAN) y el Silencio Administrativo Positivo (SAP):

- 1) El SAN no se produce automáticamente, es potestad del particular utilizarlo o no. El Silencio Positivo se produce automáticamente por el solo transcurso del tiempo.
- 2) El Silencio Negativo no pone fin al procedimiento, la obligación de resolver se mantiene hasta que la autoridad administrativa pierda competencia sea por un recurso jerárquico o porque ha sido notificada con una demanda judicial. El Silencio Positivo sí pone fin al procedimiento y elimina la facultad de resolver.
- 3) El Silencio Administrativo Negativo no genera la nulidad del procedimiento. El Silencio Administrativo Positivo ilegal sí puede ser declarado nulo.

En suma, el Silencio Administrativo Negativo no implica la declaración u otorgamiento del derecho o pretensión materia de la petición, manteniéndose la obligación de resolver. Un ejemplo de lo señalado lo observamos en la Sentencia de fecha 23.04.2010 correspondiente al Expediente 01420-2009-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional en la cual el recurrente interpuso demanda de amparo porque el Gobierno Regional no había dado respuesta a su solicitud de reconocimiento del pago correspondiente a los fondos del CAFAE, pronunciándose dicho colegiado en el sentido que pese al Silencio



Administrativo Negativo, el Gobierno Regional mantenía la obligación de pronunciarse de manera motivada respecto de la pretensión, a fin de dar cumplimiento al derecho de petición del recurrente.

Por su parte, el Silencio Administrativo Positivo sí implica una definición sobre el derecho o pretensión materia del petitorio.

## **2.5 Requisitos para la aplicación del Silencio Administrativo Positivo**

En este caso, la doctrina es mayoritaria en señalar cuales son los requisitos para que opere el Silencio Administrativo Positivo. Según Abruña Puyol y Baca Oneto (2008, p. 67-68) dichos requisitos serían:

- 1) Que se trate de un procedimiento de evaluación previa
- 2) Que en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad pública se haya establecido que el silencio será positivo.
- 3) Que haya transcurrido el plazo legal para resolver expresamente.

El procedimiento de evaluación previa es el que requiere de una etapa de instrucción o investigación y de pronunciamiento previos por parte de la Administración Pública. Vencido el plazo establecido en el sin emitirse pronunciamiento, se aplica el Silencio Positivo, es decir lo solicitado se tiene por aprobado, o el Silencio Negativo, en que se tiene por denegado, según se encuentre normativamente establecido como señalan Gómez Apac y Huapaya Tapia (2008, p. 81-82).

Por su parte, Morón Urbina (2007, p. 87 a 93) recopila algunos criterios que han sido establecidos por el Tribunal Constitucional:

- 1) El Silencio Positivo solo es aplicable en procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte cuando la solicitud ha sido admitida válidamente a trámite.
- 2) Debe haber previsión expresa del silencio positivo para el procedimiento administrativo que se trate.
- 3) Posibilidad Jurídica de lo solicitado.
- 4) El transcurso del término preciso dentro del cual debe ser resuelto el pedido y notificada la decisión.
- 5) La inactividad total de la administración.

Es el tercer criterio el que resulta esencial a los efectos del presente trabajo, pues será el que determinará la aplicación del Silencio Administrativo Positivo en el procedimiento

de reclamo de los servicios de saneamiento, de acuerdo a la variedad de la tipología de dichas pretensiones.

En ese sentido, Morón Urbina (2007, p. 89) señala que a fin de que no se obvien los controles administrativos y se consagren fraudes por el transcurso del tiempo afectando el interés público y el principio de legalidad, se ha establecido que el Silencio Positivo no puede producirse contra la ley, en consecuencia, el beneficiado no puede obtener nada distinto de lo que hubiera obtenido conforme a derecho si la entidad se hubiese pronunciado expresamente, debiendo acreditar que ha cumplido con los requisitos legales puesto que el silencio pretende solucionar la inactividad de la Administración y no otorgar un beneficio al margen del cumplimiento de la ley.

En relación al interés público que informa al Derecho en general, y al Derecho Administrativo en particular, coincidimos con Escola (1989, p.249-250-251) quien lo considera el resultado de contenido determinable, de la sumatoria de intereses individuales concretos y similares, basados en valores compartidos por un grupo mayoritario siendo por ello reconocido por toda la comunidad y prevaleciendo sobre los intereses individuales que lo conforman sin eliminarlos ni adquirir entidad distinta.

En la misma línea, Torricelli (2010, p.287) señala que “El procedimiento...reduce la brecha entre los intereses administrativos y los privados, haciendo a los primeros más permeables a los segundos: en ese sentido, se trata de un elemento de conexión entre unos y otros”.

Así por ejemplo, en el sector de la construcción y urbanístico, Castro-Pozo Díaz (2007, p.851-852) considera que se aplicará el SAP si no afecta al interés público que en este caso hace referencia a los planes urbanos, las normas de zonificación, zonas monumentales y normas urbanísticas que establecen densidades, retiros, alturas y coeficientes de distribución, reduciéndose por tanto los alcances del silencio administrativo en los procedimientos de otorgamiento de licencias de construcción.

Respecto del quinto requisito, es decir la inactividad de la Administración durante el transcurso del plazo para resolver, debemos precisar que esta no es necesariamente total pues durante el procedimiento administrativo la autoridad puede haber realizado alguna actividad, que incluso permita posteriormente la aplicación del Silencio Administrativo Positivo. Dicho aspecto ha sido precisado por Aguado I Cudola (2001, p. 97) quien considera que debe hablarse de ausencia de actividad con efectos paralizantes en relación al cómputo del plazo, pues pudiera haber actividad administrativa detrás del silencio administrativo como informes, pruebas, e incluso una

resolución administrativa que no llega a ser eficaz por la falta de notificación o publicación que la legislación exige.

El cuestionamiento sobre la posible invalidez del SAP ha merecido el pronunciamiento de Calmell del Solar (2007, p. 221) en el sentido de que en el caso del silencio positivo la ley sustituye propiamente la voluntad de la administración para otorgar lo solicitado, el problema surge cuando la autorización adolece de un vicio o constituye un acto nulo de pleno derecho. En el caso peruano se presume dice, la validez del acto presunto y se obliga a la Administración a seguir el procedimiento de nulidad del acto presunto, como parte interesada.

## **2.6 Las entidades involucradas en el Silencio Administrativo Positivo**

Cabe indicar que el Silencio Administrativo materia del presente trabajo es aplicable, no a cualquier tipo de entidades administrativas, sino que se aplicará en los procedimientos de reclamos seguido por los usuarios de los Servicios de Saneamiento ante las Empresas Prestadoras de Servicios, en su gran mayoría empresas estatales de derecho privado pero que prestan los servicios de agua y alcantarillado para lo que son competentes de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1280. (D. Leg.1280, 2016, art. 13).

Respecto de los servicios de saneamiento, debe recordarse que se trata de una industria regulada en atención a la situación de asimetría de información que existe entre las Empresas Prestadoras, quienes ejercen monopolio natural respecto de dichos servicios, y los usuarios. Como indica Zegarra Valdivia (2004, p. 46) estas actividades se caracterizan por ser indispensables para un sector importante de la población que no puede eludir su prestación y el suministrador del servicio se encuentra en una situación preponderante respecto del consumidor que requiere ser protegido vía la regulación debido a que algunas actividades reguladas son monopólicas.

Ariño Ortiz (2010, p. 20) considera que el regulador está llamado a ejercer una labor de arbitrio y componedor de intereses entre operadores y entre estos y los consumidores y usuarios. Las tres tareas básicas del regulador según el autor, son la creación y defensa de una competencia efectiva en el sector, la solución de controversias entre los agentes que operan en dicho sector y la protección y garantía de los usuarios.

En tal sentido, se trata de entidades reguladas pero que originalmente no tienen función administrativa pues su objeto es la prestación de los servicios de agua potable y

alcantarillado pero que por aplicación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la desarrollan cuando resuelven los procedimientos de reclamos de los usuarios de dichos servicios. (LPAJ 2001, Título Preliminar, Art. I, núm. 8.).

Al respecto, según Martín Tirado (2012, p.184) las entidades que forman parte de la Administración Pública no tienen un tratamiento uniforme en el ordenamiento jurídico peruano, así, las personas jurídicas del régimen privado a las que se refiere el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar de la LPAG, no son propiamente entidades de la Administración Pública puesto que no ejercen potestades administrativas y tampoco están incluidas en la organización del Estado Peruano, pero sin embargo le son aplicables las disposiciones de la LPAG, en base a una ficción jurídica y solo para efecto de sus relaciones con los particulares.

De igual manera se expresa Abruña Puyol (2007, p. 133 a 136) quien distingue entre función pública, gestión económica del Estado y servicio público, opina que las personas jurídicas que prestan servicios públicos realizan gestión económica pero no son parte de la Administración Pública toda vez que no desarrollan función pública. Sobre la relación entre el concesionario y el usuario señala que tradicionalmente es una de Derecho Privado, en la que los organismos reguladores tienen especial interés pues de ella depende en gran medida la prestación del servicio. Respecto del procedimiento de los reclamos, dice que tiene dos fases, una llevada a cabo ante el concesionario y otra ante el organismo regulador, y la primera no la considera propiamente administrativa porque no son Administración Pública y de las normas no se aprecia una delegación de potestades públicas ni de facultades de ejecución forzosa.

Asimismo, en opinión de Danós Ordoñez (2004, p. 451) cuando las empresas prestadoras resuelven reclamos de los usuarios lo hacen en tanto concesionarios de un servicio público sujetos a las normas que lo disciplinan, aun cuando obligados por normas de procedimiento administrativo lo que no implica que formen parte de la administración pública ni que sus actos sean actos administrativos y solo cuando interviene el organismo regulador en vía de apelación mediante su tribunal se produce un procedimiento administrativo de tipo triangular, articulando los intereses privados contrapuestos a fin de armonizarlos con el interés público.

Respecto a estas posiciones resulta conveniente citar el artículo I, numeral 8 del Título Preliminar de la LPAG, el cual establecía originalmente: “La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley se entenderá como por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública...8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios



públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”.

Sin embargo, mediante el Decreto Legislativo N° 1272, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 21 de diciembre del 2016, modificó el texto anteriormente citado en los siguientes términos:

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley se entenderá como por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública...8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley *en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada* (Las cursivas son nuestras)

Teniendo en cuenta que una persona mediante su sola declaración no puede obligar a la otra en base al silencio de esta última, esta modificación normativa y los cuestionamientos doctrinarios a la calificación como entidades de la Administración Pública para las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos, parecerían poner en cuestionamiento la aplicación del Silencio Administrativo Positivo en el procedimiento de reclamo seguido por los usuarios contra las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos.

Sin embargo, en palabras de García-Trevijano (1986, p. 119-120) si bien los particulares sean personas físicas o jurídicas no pueden dictar actos administrativos, sus actos tienen relevancia en el Derecho Público dada la especial relación con la Administración por lo que adquieren capacidad para dictar actos administrativos como en el caso de concesión de funciones o servicios. No toda la actividad del particular está comprendida pues se excluyen las normales en tanto sujeto de Derecho Privado como la relación con sus empleados, trabajadores y técnicos sometidas al Derecho Laboral, Mercantil o Civil, de aquella actividad que ejercita como órgano indirecto cuyos actos son administrativos caso en el cual se distinguen 2 supuestos: 1) el ejercicio privado de funciones públicas, como la fe pública notarial, las funciones de los capitanes de buques mercantes actuando como oficiales del estado e incluso como notarios para las personas embarcadas, o los médicos, profesión liberal de la que emanan actos administrativos cuando certifican, por ejemplo, el estado de salud. 2) El ejercicio privado de verdaderos



servicios públicos en que el concesionario recibe a veces, verdaderos poderes para dictar actos administrativos.

La razón de que una técnica del Derecho Administrativo como lo es el Silencio Administrativo y más concretamente el SAP, se aplique a los Servicios Públicos e incluso se traslade a empresas de Derecho Privado que los prestan bajo concesión u otro título habilitante, se encuentra en el Principio de Igualdad al cual hicimos referencia al inicio del presente trabajo, según el cual ninguna persona puede obligar a otra por su sola voluntad, así como en la finalidad pública de dichos servicios. En estos casos normalmente estamos ante servicios masivos prestados en condiciones monopólicas en que la asimetría de información respecto de las características técnicas y económicas de los servicios afecta de manera relevante al usuario frente a la empresa prestadora.

Al mismo tiempo, se trata de servicios públicos que por su relevancia social son de titularidad del Estado el cual decide a través del legislador si se los reserva o encarga su gestión a terceros bajo los principios de iniciativa privada y subsidiaridad del régimen de economía social de mercado previsto en la Constitución (Zegarra, 2004, p. 542-546-547).

Por tanto, entendemos que el privado recibe el encargo de prestar el servicio con esa misma condición, es decir, que si el Estado se lo hubiese reservado o prestado directamente la regla del SAP sería aplicable. En tanto la concesión y demás títulos habilitantes son derivados del Estado que tiene la titularidad del servicio a fin de cumplir finalidades de orden público, es jurídicamente lógico concluir que el prestador privado ejecutará dicho rol bajo la misma condición, a fin de respetar el Principio de Igualdad y cumplir la finalidad pública, que en este caso, será prioritaria sobre el interés privado.

Es por eso que se señala que el primer sector en el que se estableció el SAP fue en el de Telecomunicaciones y posteriormente en los demás, entre ellos el de los Servicios de Saneamiento, en parte por Recomendación de la Defensoría del Pueblo a través de la Resolución Defensorial N° 051-97/DP de fecha 13.10.1997 publicada con fecha 15.10.1997 (Danós Ordoñez, 2004, p. 450). En efecto, el considerando Cuarto, literal g) de dicho documento señala como problema que debe destacarse a dicha fecha la urgencia de generalizar el SAP a los servicios de agua potable y electricidad por ser el que mejor garantiza el principio de igualdad ante la ley, y concluye en su artículo Décimo Segundo, literal h) recomendando a la SUNASS la adopción del Silencio Administrativo Positivo.

## **2.7 Los riesgos de la aplicación del Silencio Administrativo Positivo**

La técnica administrativa del Silencio Administrativo Positivo, especialmente, no ha estado exenta de críticas desde su creación. El problema mayor que el silencio positivo planteaba, señalan García Enterría y Fernández (2013, p. 645) es precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización en los casos en que la pretensión ejercitada por el particular no fuese conforme a Derecho.

Tres líneas jurisprudenciales señalan los autores citados que se dieron en España, una primera entendió basándose en la seguridad jurídica que producido el silencio, lo solicitado quedaba aprobado en sus propios términos como si hubiese recaído un acto expreso en ese sentido. Una segunda, que privilegiaba más la legalidad consideró que siendo el silencio creación de la ley no podía ir contra lo que ella prohibía por lo que concluye que el silencio suple al acto expreso pero solo dentro de los límites permitidos por la ley, y finalmente una tercera posición intermedia entre las anteriores aceptando la obtención de todo lo pedido salvo que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios determinantes de su nulidad. (García Enterría y Fernández, 2013, p. 646).

Del análisis de las opiniones anteriormente consignadas, consideramos que la última tendencia es la recogida normativamente en nuestro país, según se advierte del numeral 3 del artículo 10 de la LPAG:

### Artículo 10.- Causales de nulidad

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

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia *de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.* (Las cursivas son nuestras).

Al respecto (Parada, 2002, p. 113) resalta el “evidente riesgo que la técnica del Silencio Positivo supone, al posibilitar sin el debido control el otorgamiento de autorizaciones o licencias u otros derechos contrarios a los intereses generales o de terceros pero favorables siempre al solicitante, y que, como actos declaratorios de derechos, no pueden ser revocados...sin seguir los complejos procedimientos establecidos...”.

Así también se ha pronunciado Cassagne (2010, p. 18) quien critica la clasificación tradicional que hace la doctrina española entre la inactividad formal y la inactividad material pues contiene un ingrediente de confusión en la medida que tras la inactividad formal existe actividad material. Asimismo, señala que la generalización del silencio administrativo positivo implica serios riesgos a la seguridad jurídica. (Cassagne 2010, p. 27).

Torricelli (2010, p. 294-295) considera que la inobservancia del límite temporal no va en perjuicio del administrado sino del interés público porque no obstante no reunirse los requisitos para la aprobación de la solicitud, de todas maneras tiene que ser acogida, resaltando que si bien la Administración puede anular el Silencio Positivo así formado, ello podría implicar el riesgo de una intervención represiva para el administrado, siendo que este control posterior tiene una capacidad inferior respecto del que oportunamente la Administración hubiese podido desarrollar, puesto que solo podría aplicarse luego de una evaluación comparativa entre los intereses privados y públicos que evidencien la preminencia del interés público.

Analizando los riesgos para el afectado por la inactividad de la Administración administrado, Gómez Puente (2000, p. 598-599) señala que el silencio positivo no es una panacea debido a que como no puede operar contra legem no hay plena seguridad jurídica sobre el alcance material de sus efectos. En tal sentido, el interesado tendrá que decidir sobre la legalidad de su solicitud y por tanto sobre la cobertura que le proporciona el silencio, es decir, la legitimidad de su proceder a tenor de la ejecutividad que el silencio le otorga, y de otro lado, si su efectividad exige la prestación material o actuación positiva de la Administración, será difícil lograr su cumplimiento voluntario o forzoso.

## **2.8 Silencio Administrativo Positivo y Simplificación Administrativa**

A partir de la década de 1980 y especialmente por influjo del Instituto Libertad y Democracia (ILD) el Silencio Administrativo Positivo está relacionado en el Perú con el concepto de Simplificación Administrativa, la cual a su vez considera una técnica para lograr la Desburocratización.

En efecto, el ILD señala que Burocratismo se puede entender en varias acepciones, entre ellas, crecimiento desmesurado del número de funcionarios y servidores públicos, incremento de dependencias y entidades administrativas o de funciones interventoras del Estado en la economía y las relaciones sociales, sin embargo, la Desburocratización no necesariamente implica una óptica reduccionista sino una de optimización y

eficiencia mediante el empleo de técnicas que serían la simplificación, la descentralización y la desregulación. La simplificación es un proceso que atañe estrictamente a las relaciones más visibles y cotidianas entre la Administración Pública y los usuarios del servicio, estableciendo medios institucionales que faciliten esa relación y conduzcan al alivio de las cargas de procedimiento que afectan a los administrados (Instituto Libertad y Democracia, 1990, p. 9, 10 y 11).

Es en ese contexto que el ILD plantea su propuesta de la Ley de Simplificación Administrativa y su respectivo Reglamento (en su momento Ley N° 25035, reglamentada por Decreto Supremo N°070-89-PCM) en base a 4 principios básicos: 1) Principio de Presunción de Veracidad, equilibrado con mecanismos de Fiscalización Posterior; 2) Eliminación de gestiones y trámites innecesarios y costosos en que se inserta la generalización del Silencio Administrativo Positivo; 3) Desconcentración de procesos de toma de decisiones en la Administración Pública y 4) Participación de los ciudadanos en el control de la prestación de los servicios de la administración pública (Instituto Libertad y Democracia, 1990, p. 34, 38, 39 y 43).

Debemos señalar que si bien el ILD considera la aplicación del SAP como parte de la eliminación de gestiones y trámites innecesarios y costosos, este mecanismo se sustenta también en el Principio de Presunción de Veracidad equilibrado con la Fiscalización Posterior. Asimismo, es compatible con la Desconcentración de procesos de toma de decisiones en la Administración Pública y la Participación de los ciudadanos en el control de la prestación de los servicios de la administración pública, puesto que no resultaría posible aplicarlo si en cada entidad se centralizaran las decisiones y sin contar con la verificación de los propios administrados.

Muñoz Marticorena (2011, p. 41) menciona al entonces vigente Decreto Supremo N° 027-2007-PCM que establecía doce políticas nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades públicas entre ellas la N° 10 sobre Simplificación Administrativa a fin de modernizar y hacer más eficiente al Estado, en la cual se incluye promover la permanente y adecuada simplificación de trámites, identificando los más frecuentes para reducir sus componentes y el tiempo que irrogan así como promover la aplicación del Silencio Administrativo Positivo.

Asimismo, resulta pertinente mencionar lo señalado por Maraví (2000, p. 290) para quien la Simplificación Administrativa tiene por objetivo inmediato que los procedimientos tengan costos razonables y no impongan trabas innecesarias, puesto que estos afectan no solo el interés particular de cada ciudadano sino el de la sociedad al limitar el acceso al mercado fomentando la informalidad, restringiendo la libre

competencia, afectando a los consumidores quienes pagan mayores precios en un mercado distorsionado por dichos trámites y costos, legales o ilegales, resultando su objetivo más ambicioso que la Administración Pública realice sus fines de estar al servicio del ciudadano, es decir, del interés general, legitimando la vigencia del Estado de Derecho.

Consideramos que esta posición resalta la importancia que reviste el principio de eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus funciones a fin de satisfacer los variados fines e intereses públicos, escenario en que el Silencio Administrativo Positivo adecuadamente aplicado, puede desempeñar un rol importante.

En conclusión, el SAP es un instrumento de la Simplificación Administrativa pues reduce los costos del procedimiento y con ello los del servicio público toda vez que transcurrido el plazo para resolver el administrado no se encuentra obligado a esperar más el pronunciamiento de la entidad y puede entender por aceptada su pretensión en sede administrativa, reduciendo el costo quizás más importante, el del tiempo de tramitación.

De esta manera el Silencio Positivo resulta ventajoso para el administrado respecto del Silencio Negativo puesto que si bien este también alivia la incertidumbre sobre su petitorio, solo lo habilita a interponer el recurso administrativo subsiguiente o en su defecto, y peor aún, a seguir la vía jurisdiccional, lo que aumenta los costos de tramitación y consecuentemente de transacción por el servicio de agua potable entre la EPS y el usuario. Es por ello que resulta tan importante definir los criterios por los cuales corresponde la aplicación de uno u otro tipo de silencio administrativo.



## **CAPITULO III: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO RESPUESTA A LOS RECLAMOS DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO**

### **3.1 Planteamiento general del problema**

El problema de investigación en el presente trabajo consiste en determinar cuáles son los límites de la aplicación del Silencio Administrativo Positivo en los reclamos de los servicios de saneamiento. Según la doctrina jurídica revisada, el Silencio Administrativo Positivo implica declarar fundada la pretensión o solicitud del administrado por el solo transcurso de plazo establecido normativamente para resolver sin que la Administración, en este caso las Empresas Prestadoras de Servicios, se haya pronunciado.

Sin embargo, la normativa no señala qué se entiende por tener por fundado el reclamo, es decir, cuáles son los límites de lo que la Empresa Prestadora de Servicios otorgará en caso de omisión de pronunciamiento. En principio, según la doctrina, se tendrá por fundada la pretensión en atención a lo solicitado por el administrado, ni más ni menos pero al mismo tiempo se sostiene que nadie puede obtener por vía del Silencio Administrativo Positivo, más de que lo que hubiese obtenido si la Administración se hubiese pronunciado. Estas premisas implican que existirán casos en que lo que solicite el administrado o usuario exceda lo que la ley determina.

En tal sentido, además de la doctrina revisada, deberá tenerse en cuenta la naturaleza, características y finalidades del procedimiento administrativo de reclamo.

Al respecto, en el procedimiento administrativo de reclamo de los servicios de saneamiento, existe una tipología variada de pretensiones que comprenden: 1) Reclamos comerciales relativos a la facturación; 2) Reclamos comerciales no relativos a la facturación y 3) Reclamos Operacionales, tal como los detalla el Anexo 3 del Reglamento General de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD, en adelante el RGR. (RGR, 2006, Anexo 1).

Así, el artículo 2° y el Anexo 1 del Reglamento General de Reclamos tipifican y detallan los 3 tipos de reclamos:

Reclamo Comercial relativo a la Facturación: Es aquél originado por los problemas que tienen incidencia en el monto a pagar por el usuario.

Reclamo Comercial no relativo a la Facturación: Es aquél originado por la falta de solución de los problemas que afectan indirectamente a la facturación o limitan el acceso individual a los servicios.

Reclamo Operacional: Es aquél originado por los problemas operacionales, es decir, aquellos referidos a los aspectos de ingeniería e infraestructura de los servicios de saneamiento prestados por la EPS.

El detalle de la tipología se observa en la Tabla que presentamos en la página siguiente:



**Tabla 1: Tipología de reclamos por los Servicios de Saneamiento**

Comerciales		Operacionales
Relativos a la Facturación	No Relativos a la Facturación	
<p><b>A. Problemas en el régimen de facturación y el nivel de consumo</b></p> <p>1. Consumo medido: el usuario considera que (i) el régimen de facturación no es aplicable, o (ii) ha efectuado un consumo menor al volumen registrado por el medidor.</p> <p>2. Consumo Promedio: el usuario considera que (i) el régimen de facturación no es aplicable, o (ii) el monto facturado está mal calculado.</p> <p>3. Asignación de Consumo: el usuario considera que (i) el régimen de facturación no es aplicable, (ii) el volumen facturado está por encima del valor que corresponde según las normas y la estructura tarifaria vigente, o (iii) el volumen facturado es mayor por considerarse un número mayor de unidades de uso al que corresponde.</p> <p>4. Consumo no facturado oportunamente: el usuario considera que no corresponde el cobro de consumos que la EPS no facturó en su oportunidad.</p>	<p><b>A. Problemas relativos al acceso al servicio</b></p> <p>1. La instalación de la conexión domiciliaria no se ha realizado en el plazo establecido.</p> <p>2. Desacuerdo con informe negativo de factibilidad del servicio.</p> <p>3. No se admite a trámite la solicitud.</p> <p>4. El servicio prestado no responde a las condiciones contenidas en el estudio de factibilidad, el cual forma parte integrante del contrato de prestación de servicios</p> <p>5. No se suscribe el contrato de prestación de servicios.</p> <p>6. Otros problemas relativos al contrato.</p> <p>7. EPS no emite informe de factibilidad dentro del plazo.</p> <p><b>B. Problemas relativos a la Micromedición</b></p> <p>1. El reclamante adquiere un medidor de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Calidad de los Servicios de Saneamiento, solicita a la EPS su instalación en la conexión domiciliaria, habiendo realizado el pago del servicio colateral correspondiente a la instalación de la</p>	<p><b>A. Filtraciones</b></p> <p><b>Filtración de agua externas hacia el predio.</b></p> <p><b>B. Problemas en el servicio de agua potable:</b></p> <p>1. Fugas en conexión domiciliaria (definición en el Reglamento de Calidad de la Prestación de los Servicios de Saneamiento)</p> <p>2. Negativa de la EPS a realizar mantenimiento por deterioro o daño de caja de medidor o de conexión domiciliaria</p> <p>3. Negativa de la EPS a realizar la reubicación de la conexión domiciliaria que cuenta con estudio de factibilidad favorable</p> <p>4. Negativa de la EPS a realizar ampliación de diámetro que cuenta con estudio de factibilidad positivo.</p> <p><b>C. Problemas en el servicio de alcantarillado</b></p> <p>1. Atoro en conexión de alcantarillado</p> <p>2. Negativa de la EPS a realizar mantenimiento por deterioro o daño de caja de registro o de conexión domiciliaria</p> <p>3. Negativa de la EPS a realizar ampliación de diámetro que cuenta con estudio de factibilidad positivo</p>

<p>5. Consumo no realizado por servicio cerrado: el usuario considera que se le ha facturado un servicio que la EPS no le ha brindado, ya sea porque no tiene conexión o porque ésta se encuentra cerrada.</p> <p>6. Consumo atribuible a usuario anterior del suministro: el usuario considera que no le corresponde asumir el pago de determinados meses de facturación.</p> <p>7. Consumo atribuible a otro suministro (confusión o cruce de suministros).</p> <p>8. Pago no procesado: el usuario ha efectuado el pago del servicio, sin embargo la EPS se lo cobra nuevamente.</p> <p><b>B. Problemas en la tarifa aplicada al usuario</b> Tipo de Tarifa: el usuario considera que la categoría tarifaria en la cual se ha incluido no le corresponde.</p> <p><b>C. Problemas en otros conceptos facturados al usuario</b></p>	<p>conexión, y la EPS no realiza la instalación en el plazo establecido.</p> <p>2. La reinstalación del medidor no se ha realizado en el plazo establecido.</p> <p>3. El medidor ha sido retirado sin previa comunicación al usuario.</p> <p>4. El medidor ha sido retirado por razones distintas a su mantenimiento, contrastación o reposición.</p> <p>5. EPS instala medidor sin aferición inicial o sin entregar al usuario el resultado de la prueba de aferición inicial.</p> <p><b>C. Problemas relativos a cortes indebidos</b></p> <p>1. El corte o la suspensión del servicio han sido realizados sin causa justificada.</p> <p>2. La rehabilitación de un servicio cerrado no se ha realizado en el plazo establecido, a pesar de cesar la causa del cierre.</p> <p><b>D. Falta de entrega del recibo</b></p> <p><b>E. Problemas relativos a información</b> No entregar al usuario la información que de manera obligatoria establece la SUNASS.</p>	<p>4. Negativa de la EPS a realizar la reubicación de la conexión domiciliaria que cuenta con estudio de factibilidad favorable</p>
--	--	---

<p>1. Conceptos emitidos: el usuario considera la existencia de cargos o conceptos que no debían ser facturados, tales como el servicio de alcantarillado, servicios colaterales, etc.</p> <p>2. Número de unidades de uso mayor al que corresponde.</p>		
--	--	--

Adaptado de: Reglamento General de Reclamos de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento y Documento de Análisis de Impacto Regulatorio (2006)





Entre los principales reclamos comerciales relativos a la facturación, es decir al importe monetario facturado, se encuentran los reclamos referidos al consumo (volumen de agua facturada en el mes) los reclamos referidos a la tarifa aplicada (es decir, el valor del metro cúbico de agua en función del uso al interior del predio) y los reclamos referidos a los denominados servicios colaterales, tales como los costos de cierre y reapertura del servicio que la Empresa Prestadora puede facturar, reclamos para determinar la responsabilidad de pago por dichos servicios, reclamos por consumos no realizados por estar el servicio cerrado, entre otros.

Entre los reclamos comerciales no relativos a la facturación tenemos los referidos al acceso al servicio, por ejemplo, la denegatoria de la instalación de una conexión, los referidos a cortes indebidos y los referidos a la información que debe recibir el usuario de parte de la Empresa Prestadora, tales como la entrega de recibos y alguna otra información.

Entre los reclamos operacionales se encuentran todos aquellos referidos a la infraestructura del servicio, tales como aniegos y otras averías.

En los reclamos comerciales relativos a la facturación se estará definiendo a través del Silencio Positivo aspectos como si es correcto el volumen de agua facturado, la categoría tarifaria aplicada (si es aplicable la tarifa doméstica, social, comercial, industrial o estatal), si corresponde se cobre el costo de cierre del servicio y su reapertura así como si corresponde a una u otra persona asumir el pago de la deuda generada por dichos servicios, entre otros. De esta forma, el problema radica en establecer criterios sobre cómo aplicar el SAP, y si este es aplicable, en cada caso. Asimismo, si la aplicación del SAP es independiente del sentido de las pruebas del procedimiento.

En los reclamos comerciales no relativos a la facturación y en los reclamos operacionales nos encontramos con reclamos referidos al acceso al servicio, incluidos los cortes del servicio y sobre la información que deben recibir los usuarios así como a reclamos referidos a la infraestructura del servicio. En estos casos, el problema radica en que se trata, no solo de emitir una resolución a cargo de la Empresa Prestadora, sino que dichas pretensiones implican además actividades materiales, tales como la instalación de la conexión, la reapertura del servicio o la entrega de información, cuando según la doctrina predominante el Silencio Administrativo solo se refiere a inactividad formal de la Administración, no a la inactividad material. Similar situación se observa en los reclamos operacionales.

Adicionalmente, el pronunciamiento o resolución de la Empresa Prestadora en el procedimiento de reclamo, comprende en realidad dos (2) etapas: la emisión de la resolución (para lo cual cuenta con 30 días hábiles desde la presentación del reclamo y 15 días hábiles desde la presentación del Recurso de Reconsideración) y la notificación de dicha resolución (5 días hábiles desde la emisión de la resolución) por lo que el problema a investigar también implica analizar cuándo se entiende emitida y notificada la resolución, toda vez que solo será eficaz a partir de su notificación y la carencia de dichos actos determinará la aplicación o no del Silencio Administrativo Positivo. Asimismo, la doctrina revisada señala que el SAP solo debe aplicarse cuando no existe afectación al interés público.

En este caso, teniendo en cuenta que el Silencio Positivo implica que la falta de respuesta del reclamo será entendida como que la Administración lo tiene por aceptado, deberá analizarse la aplicación del Silencio Administrativo Positivo en los supuestos antes señalados.

### **3.2 El problema visto desde las pretensiones de los usuarios del sector**

De la tipología de reclamos por los servicios de saneamiento presentada se aprecia que las pretensiones de los usuarios resultan muy variadas y básicamente podemos clasificarlas en pretensiones referidas al consumo facturado, a la tarifa aplicada, a la deuda imputada (reclamos comerciales relativos a la facturación) y a la calidad del servicio (reclamos comerciales no relativos a la facturación y reclamos operacionales). Dependiendo de la naturaleza de la pretensión, podremos determinar si el Silencio Administrativo Positivo resultará aplicable en cada caso.

#### **3.2.1 Reclamos comerciales relativos a la Facturación**

Como hemos señalado anteriormente, son aquellos reclamos originados por los problemas que tienen incidencia en el monto a pagar por el usuario. Pues bien, el importe a facturar de los servicios de saneamiento es la resultante de la multiplicación de dos factores: la tarifa aplicada y el consumo o volumen de agua consumida.

Tarifa debe entenderse en dos sentidos: 1) Como Categoría Tarifaria, es decir las distintas tarifas que se facturan en los servicios de saneamiento y que están agrupadas en dos clases: la Clase Residencial que comprende las tarifas doméstica y social y la Clase no Residencial, que comprende las tarifas Comercial, Industrial y Estatal; 2)

Como valor en soles de cada metro cubico (1000 litros) de agua consumido por el usuario del servicio.

Por su parte, el consumo es la cantidad de metros cúbicos consumida por el usuario. A su vez, el consumo del usuario se determina según 2 supuestos: a) usuarios que cuentan con medidor de consumo b) usuarios que no cuentan con medidor de consumo.

a) Reclamos por consumo medido, consumo promedio y asignación de consumo

En el primer caso, es decir usuarios que cuentan con medidor instalado, la determinación del consumo se efectuará en base al medidor de consumo, tomando las lecturas de los volúmenes de agua registrados cada mes, y facturando al usuario las diferencias mensuales de dichas lecturas. En defecto de estas diferencias de lecturas del medidor, sea porque se retiró el medidor o por que no se tomaron lecturas válidas, se le facturará al usuario en base al promedio de sus diferencias de lecturas mensuales anteriores.

En el segundo caso, de usuarios que no cuentan con medidor, se aplicará la asignación de consumo. La asignación de consumo es un volumen de agua fijo (en metros cúbicos) establecido en las Estructuras Tarifarias para los usuarios que no cuenten con medidor, es decir, en las tarifas aprobadas para cada Empresa Prestadora por el Organismo Regulador, determinadas teóricamente sobre el consumo promedio de los usuarios de la localidad en función de la continuidad del servicio y de la tarifa aplicada, así por ejemplo, en la ciudad de Lima tenemos asignaciones de consumo de 15 metros cúbicos para usuarios con tarifa doméstica que tienen hasta 3 horas diarias de servicio, y de 21 metros cúbicos para usuarios con más de 3 horas de servicio. De esta manera, al usuario se le facturará dicho consumo asignado, independientemente del consumo real que realice pero según la categoría tarifaria que tenga asignada.

Asimismo, estas 3 modalidades de facturación de los servicios de saneamiento son subsidiarias. Así lo establece el artículo 89 del Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS-CD, el cual señala:

**Artículo 89.- Determinación del Volumen a Facturar por Agua Potable**

La determinación del volumen a facturar (VAF) por Agua Potable, se efectúa mediante diferencia de lecturas del medidor de consumo. En su defecto, se facturará por el promedio histórico de consumos. En caso de no existir promedio

válido, se facturará la asignación de consumo. Se entiende como Promedio Histórico de Consumos, el promedio de las seis (6) últimas diferencias validas existentes en el período de un (01) año.

La aplicación de lo dispuesto se hará considerando como mínimo dos (02) diferencias de lecturas válidas. El promedio así calculado se mantendrá invariable y se aplicará durante los meses en que subsista el régimen de Promedio Histórico de Consumos de acuerdo a lo dispuesto en la presente norma.

De manera excepcional, en caso de encontrarse con algún impedimento físico circunstancial que impida la lectura del medidor no atribuible a la EPS, se facturará el Promedio Histórico de Consumos mientras subsista el impedimento...

En el caso de los reclamos por consumo entonces, las pretensiones de los usuarios estarán dirigidas a cuestionar:

- i) La diferencia de lecturas registrada por el medidor. En este caso, el alegato del usuario consiste en señalar que los registros del medidor resultan incoherentes con su promedio histórico de consumos o consumo habitual.
- ii) El promedio aplicado en defecto de la diferencia de lecturas. En este caso, el alegato del usuario consiste en exigir se le aplique la diferencia de lecturas si no fue aplicada por la Empresa Prestadora o en desconocer el promedio aplicado señalando que fue obtenido de diferencias de lecturas inválidas.
- iii) La asignación de consumo. En este caso, el usuario solicita se aplique la diferencia de lecturas del medidor o el promedio histórico de consumos si no fueron aplicados, que se le instale el medidor, o que se le apliquen retroactivamente las diferencias de lecturas registradas por el medidor recientemente instalado.

En estos 3 casos, la aplicación del SAP de darse el caso, estará dirigida a determinar qué régimen de facturación debe corresponder a la facturación reclamada.

b) Reclamos por Consumo no facturado oportunamente: La Empresa Prestadora debe facturar por los servicios con una periodicidad mensual (12 facturaciones o recibos al año) en ciclos de facturación que no deben ser menores a 28 días ni exceder los 32 días. Sucede que por razones normalmente de orden administrativo, en ocasiones la

Empresa Prestadora excede dicha periodicidad y emite la facturación con retraso, por ejemplo, factura cada mes hasta el mes de mayo y en el mes de junio no emite la facturación, facturando recién en el mes de julio, tanto el consumo del mes de junio como el consumo del mes de julio. En otras palabras, es la propia Empresa Prestadora quien rompe la periodicidad de la facturación. En estos casos, la normativa aplicable establece que solo se podrá recuperar el consumo no facturado oportunamente hasta el segundo mes siguiente de generado el consumo a recuperar.

Esta regulación busca limitar en el tiempo el derecho de cobrar por los servicios prestados a fin de mantener la constancia en la facturación de la Empresa Prestadora, de tal manera que no se facturen periodos muy cortos o muy largos que puedan generar riesgos en la predictibilidad respecto de los vencimientos, y consecuentemente en la economía del usuario.

Otro supuesto de consumo no facturado oportunamente, aunque no originado en la EPS, son los recuperos de consumos por la manipulación del medidor realizada a través de la alteración de sus mecanismos internos, verificada con el desmontaje y la prueba de contrastación del mismo, en la medida que dicha manipulación haya afectado los volúmenes de agua registrados por el medidor. En estos casos, adicionalmente al consumo del mes, se facturará en volúmenes de agua, la diferencia entre los consumos mensuales afectados por la alteración de los mecanismos internos del medidor, y el promedio histórico de consumos del usuario no afectado por dicha manipulación.

En estos casos la pretensión del usuario es que no proceda el cobro de consumos que la EPS no facturó en su oportunidad y el criterio es que si se produce el SAP, se anulará el consumo no facturado oportunamente.

c) Consumo no realizado por servicio cerrado: Las EPS solo pueden facturar por los servicios efectivamente prestados. En este caso, la pretensión del usuario es que se le ha facturado un servicio que la EPS no le ha brindado, ya sea porque no tiene conexión, porque ésta se encuentra cerrada o cortada o porque carece de instalaciones sanitarias internas. En este caso si se produce el SAP, la EPS no podrá facturar por el servicio no prestado, anulando dicho consumo o la facturación reclamada.

d) Consumo atribuible a usuario anterior del suministro: También denominado reclamo por Responsabilidad de Pago. En este caso, el usuario considera que no le corresponde asumir el pago de determinados meses de facturación los cuales corresponden a un propietario anterior. Si se produce el SAP, la deuda no se anulará pero la EPS no podrá requerir el pago de la deuda cuestionada al reclamante.



e) Consumo atribuible a otro suministro (confusión o cruce de suministros o medidores):

En algunas ocasiones y por error, la EPS puede tomar la lectura del medidor de una conexión y atribuírsela a una contigua para determinar el consumo a facturar de esta última. En este caso, de producirse el SAP no se aplicará la lectura o consumo incorrectos, debiendo aplicarse el promedio o la asignación de consumos, según corresponda.

f) Pago no procesado: el usuario ha efectuado el pago del servicio, sin embargo la EPS se lo cobra nuevamente. En este caso, la consecuencia de aplicar el SAP será que no se le requiera el pago de la facturación cuestionada.

g) Reclamos por Tarifa: Respecto a la aplicación de la tarifa, el artículo 86 del mismo Reglamento de Calidad señala:

#### **Artículo 86.- Unidad de Uso y su clasificación**

##### **86.1 Unidad de uso**

La facturación por los servicios prestados se efectúa a nivel de las unidades de uso existentes en cada predio. De existir más de una unidad de uso servida por una conexión domiciliaria, la determinación del volumen y del importe a facturar será efectuada para cada una de dichas unidades de uso, según el procedimiento que se indica en los artículos 89, 90 y 91 del presente Reglamento.

*Constituye unidad de uso, el predio o sección del predio (espacio físico) destinado a actividad económica independiente, que cuente con punto de agua y/o punto de desagüe, cuyo uso se realice con autonomía de otras secciones. Asimismo, se considerará como unidad de uso a aquellos predios a los que el servicio de agua potable y/o alcantarillado se les preste fuera de sus viviendas en calidad de “servicio común”. (Las cursivas son nuestras).*

Es decir, que la tarifa será aplicada según el uso al que se destine el predio en que se encuentra la conexión de agua potable o alcantarillado (doméstico, social, comercial, industrial o estatal) y en función de dichas tarifas existirá variación en el valor del metro cubico de agua en cada caso. Por supuesto estos usos pueden variar y los procedimientos para los cambios de tarifa, en función a los cambios de uso ocurridos en el inmueble, están previstos en el artículo 93 del Reglamento de Calidad en los siguientes términos:

## **Artículo 93.- Cambios en el uso del predio**

**93.1** Obligación del titular de la conexión o del usuario de informar sobre los cambios en el tipo, número de unidades de uso o condiciones del predio

Es obligación del Titular de la Conexión y del usuario comunicar a la EPS cualquier variación en el tipo, número de unidades de uso o condiciones que afecten o puedan afectar la facturación, del predio atendido por la conexión, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de producidos. Dicha comunicación deberá ser verificada por la EPS en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles mediante la correspondiente inspección interna, procediendo al cambio en la aplicación de la categoría tarifaria correspondiente.

En este supuesto, el cambio se aplicará a partir del ciclo de facturación siguiente a la comunicación del usuario. Si la EPS no realizara la verificación o no la realizara dentro del plazo fijado por causas atribuibles a ella, deberá incorporar el cambio según la información proporcionada por el Titular de la Conexión Domiciliaria o Usuario, a partir de la facturación siguiente a dicha comunicación.

**93.2** Cambios en el tipo, número de unidades de uso o condiciones del predio por verificación realizada por iniciativa de la Empresa Prestadora.

Es obligación de la EPS verificar periódicamente, mediante inspecciones internas, si el predio mantiene el tipo, número de unidades de uso o condiciones que afecten o puedan afectar la facturación. De verificar cambios no comunicados por el usuario o no comunicados en el plazo señalado en el numeral 93.1, la EPS deberá actualizar el tipo, número de unidades de uso u otras condiciones, desde el ciclo de facturación en que detectó el cambio, siempre que las causas de dicha modificación se informen al Titular de la Conexión Domiciliaria o al usuario, en el recibo correspondiente a dicho ciclo o con anterioridad.

En todos los casos, el acta de inspección interna deberá incluir un croquis del predio en el que se detalle el número y ubicación de los puntos de agua y desagüe del predio, las unidades de uso y las actividades económicas desarrolladas al interior de éste...

Ante la oposición del usuario para la inspección interna, la EPS dejará constancia del impedimento en el acta correspondiente y procederá al cambio de categoría.

En las normas citadas se aprecia que el cambio de uso del predio que podría producir el cambio en la tarifa aplicada, puede originarse de dos formas:

1) Por iniciativa del Titular de la Conexión o usuario del predio, caso en el cual es dicho Titular quien pretende se le cambie el uso del predio o de secciones del predio, es decir una modificación en el tipo (categoría) o en el número de las unidades de uso en base a la cual se le venía facturando, normalmente de un uso que implica una mayor tarifa a un uso que implica una menor, por ejemplo, de tarifa comercial a tarifa doméstica.

2) Por iniciativa de la Empresa Prestadora, en la cual esta última pretende variar el tipo (categoría) o el número de las unidades de uso en base a las cuales venía facturándole al Titular de la Conexión o usuario. Por ejemplo, si se le facturaba usualmente sobre la base de tarifa doméstica y dicha actividad cesó o varió a una actividad comercial.

En el caso de los reclamos por cambio de tarifa, las pretensiones de los usuarios estarán dirigidas a cuestionar: 1) Si es un cambio por iniciativa del Titular de la Conexión o Usuario, que se califique la actividad al interior del predio a través de una inspección interna por la Empresa Prestadora ante el requerimiento del usuario 2) Si es un cambio por iniciativa de la Empresa Prestadora, la calificación de la actividad al interior del predio realizada por esta o que no se le comunicó el cambio de la tarifa.

Nótese que en el supuesto de reclamos por tarifa, a efectos de la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, cobra especial relevancia el rol de los medios de prueba, a diferencia de los reclamos por consumo. En el caso de los reclamos por consumo, si el usuario no está acuerdo con el volumen de agua facturado y se produce el Silencio Administrativo Positivo, la normativa establece expresamente las consecuencias de la invalidez de la diferencia de lecturas del medidor, el promedio histórico de consumos y la asignación de consumo si en cada caso el usuario los cuestiona. El artículo 89 del Reglamento de Calidad señala que en defecto del medidor, se aplicará el promedio y en defecto de este, la asignación de consumo. En consecuencia, de producirse el Silencio Administrativo Positivo en estos casos, siempre habrá una modalidad de facturación subsidiaria.

Por el contrario, en el caso de los reclamos por tarifa, el artículo 93 del Reglamento de Calidad establece el procedimiento para verificar la actividad al interior del predio y en función de ello, determinar la tarifa aplicable, sea a iniciativa del usuario o a iniciativa de la Empresa Prestadora pero no existe una norma subsidiaria si en el procedimiento de reclamo el usuario cuestiona la tarifa aplicada y no se emite o notifica la Resolución correspondiente y se produce el SAP.

Efectivamente, la doctrina señala que el Silencio Administrativo Positivo implica que se tiene por fundado el reclamo en los términos señalados por el usuario pero existirán casos en que lo reclamado por el usuario no necesariamente coincidirá con la actividad verificada al interior del predio. Por ejemplo, si el usuario señala que su actividad y por tanto su tarifa, es social, pero se verifica que en realidad realiza actividad doméstica o comercial.

h) Reclamos por otros conceptos emitidos al usuario: En estos casos, el usuario considera la existencia de cargos o conceptos que no debían ser facturados, lo que plantea el problema de los servicios colaterales que proveen las Empresas Prestadoras tales como los costos de instalación de la conexión, de cierre y reapertura del servicio por falta de pago, los costos de contrastación del medidor, entre otros. De producirse el Silencio Administrativo Positivo, la pretensión del usuario será que se anulen los conceptos antes señalados, debiendo resolverse en tal sentido.

i) Reclamos por Número de Unidades de Uso: No comentaremos este tipo de reclamo pues si bien está diferenciado en el Anexo 3 del Reglamento General de Reclamos, su tratamiento se entiende subsumido en los reclamos por tarifa.

### 3.2.2 Reclamos comerciales no relativos a la Facturación

En este tipo de reclamos nos encontramos ante cuestionamientos contra las limitaciones al acceso al servicio, la instalación o reinstalación del medidor o a la falta de información por la EPS, que inciden en la calidad del servicio. La aplicación del SAP no estará sujeta a reglas predeterminadas sino que dependerá de la actuación probatoria, de la factibilidad técnica y económica y adicionalmente, de la voluntad de la Empresa Prestadora, sin perjuicio de la supervisión del Organismo Regulador.

#### A. Problemas relativos al acceso al servicio

1. La instalación de la conexión domiciliaria no se ha realizado en el plazo establecido.
2. Desacuerdo con informe negativo de factibilidad del servicio.
3. No se admite a trámite la solicitud.
4. El servicio prestado no responde a las condiciones contenidas en el estudio de factibilidad, el cual forma parte integrante del contrato de prestación de servicios.

5. No se suscribe el contrato de prestación de servicios.
6. Otros problemas relativos al contrato.
7. EPS no emite informe de factibilidad dentro del plazo.

#### B. Problemas relativos a la Micromedición

1. El reclamante adquiere un medidor de acuerdo con lo dispuesto con el Reglamento de Calidad de los Servicios de Saneamiento, solicita a la EPS su instalación en la conexión domiciliaria, habiendo realizado el pago del servicio colateral correspondiente a la instalación de la conexión, y la EPS no realiza la instalación en el plazo establecido.
2. La reinstalación del medidor no se ha realizado en el plazo establecido.
3. El medidor ha sido retirado sin previa comunicación al usuario.
4. El medidor ha sido retirado por razones distintas a su mantenimiento, contrastación o reposición.
5. EPS instala medidor sin aferición inicial o sin entregar al usuario el resultado de la prueba de aferición inicial.

#### C. Problemas relativos a cortes indebidos.

1. El corte o la suspensión del servicio han sido realizados sin causa justificada.
2. La rehabilitación de un servicio cerrado no se ha realizado en el plazo establecido, a pesar de cesar la causa de cierre.

#### D. Falta de entrega del recibo

#### E. Problemas relativos a la información

No entregar al usuario la información que de manera obligatoria establece la SUNASS.

### 3.2.3 Reclamos Operacionales

En este caso nos encontramos ante cuestionamientos respecto de la prestación material del servicio pues se trata de problemas en la infraestructura de la red o de las conexiones domiciliarias, que lo afectan hasta el punto de no permitir su disfrute o reducir las condiciones en que se presta. Por ello, la aplicación del SAP dependerá en



gran medida de los resultados de los medios probatorios que acrediten en qué sentido deberá expedirse la resolución pues aunque se haya producido el SAP, la declaración del reclamo como fundado o infundado, dependerá especialmente del factor técnico.

#### A. Filtraciones

Filtraciones de aguas externas hacia el predio.

#### B. Problemas en el servicio de agua potable:

1. Fugas en conexión domiciliaria.
2. Negativa de la EPS a realizar mantenimiento por deterioro o daño de caja de medidor o de conexión domiciliaria.
3. Negativa de la EPS a realizar la reubicación de la conexión domiciliaria que cuenta con estudio de factibilidad favorable.
4. Negativa de la EPS a realizar ampliación de diámetro que cuenta con estudio de factibilidad positivo.

#### C. Problemas en el servicio de alcantarillado.

1. Atoro en conexión de alcantarillado.
2. Negativa de la EPS a realizar mantenimiento por deterioro o daño de caja de registro o de conexión domiciliaria.
3. Negativa de la EPS a realizar ampliación de diámetro que cuenta con estudio de factibilidad positivo.
4. Negativo de la EPS a realizar la reubicación de la conexión domiciliaria que cuenta con estudio de factibilidad favorable.

De los reclamos comerciales no relativos a la facturación y de los reclamos operacionales anteriormente descritos se advierte que no se trata simplemente de pretensiones para declarar un derecho como ocurre en los reclamos comerciales relativos a la facturación sino que se pretende que la EPS realice actividades materiales en favor del reclamante a fin de que este acceda al servicio o goce de él con todos los requisitos de calidad, advirtiéndose aquí con mayor relieve el rol de la Administración,

no solo como ente que ejerce poder sino también como ente prestador directo o indirecto de los servicios.

De esta forma, en los reclamos comerciales no relativos a la facturación y en los reclamos operacionales resulta queda claro que la línea entre el concepto de inactividad formal, es decir, la ausencia de resolución, y la inactividad material, entendida como el cumplimiento de la pretensión práctica del reclamante, se torna muy tenue, situación que incluso se va a presentar existiendo resolución expresa por parte de la EPS, pues el acceso al servicio o su prestación en condiciones de calidad no se podrá realizar efectivamente sin la colaboración de la EPS, o incluso requerirá el auxilio del ente jurisdiccional.

En consecuencia, el problema de la presente investigación puede definirse finalmente como la necesidad de determinar la pertinencia de aplicar el Silencio Administrativo Positivo en los siguientes tipos de reclamo:

- 1) Los reclamos por Tarifa
- 2) Los reclamos comerciales no relativos a la facturación
- 3) Los reclamos operacionales.

### **3.3 El problema visto desde el ámbito jurisprudencial**

Como ya hemos señalado, los principales supuestos de SAP según la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos (TRASS) que aquí citamos son:

- 1) SAP por que la EPS no emitió pronunciamiento alguno.
- 2) SAP por que la EPS remitió el expediente conteniendo la Resolución pero esta no se haya suscrita por el funcionario competente.
- 3) SAP por que se expidió la Resolución excediendo los 30 días hábiles desde la presentación del reclamo o 15 días hábiles desde el Recurso de Reconsideración.
- 4) SAP porque la EPS no notificó la Resolución.
- 5) SAP por que se notificó la Resolución excediendo los 5 días hábiles desde la expedición de la Resolución.
- 6) SAP porque la Resolución omitió pronunciarse sobre la materia reclamada o alguna de las materias reclamadas. Así por ejemplo, se reclamó por los consumos de los meses de mayo y junio de 2018 pero la EPS solo se pronunció por el mes de mayo, y omitió pronunciamiento por el mes de junio.

- 7) SAP porque si bien la Resolución se expidió dentro del plazo de los 30 o 15 días hábiles y se notificó dentro de los 5 días hábiles, dicha notificación no cumplió con los requisitos de validez establecidos en el artículo 21 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, para el caso de notificación personal o en el artículo 36 del Reglamento General de Reclamos aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD, para el caso de notificación bajo puerta, y dichos vicios no pueden ser convalidados, o porque no existe forma de determinar que el usuario conoció la resolución, porque no se puede determinar con certeza cuando la conoció o porque el usuario presentó los recursos impugnatorios (Recurso de Reconsideración o Apelación) fuera de los plazos para notificar la resolución y para impugnarla, contados desde la fecha de expedición de la misma).

En la jurisprudencia del TRASS, es en los reclamos por consumo en que se ha verificado o aplicado más frecuentemente el SAP.

- 1) Así por ejemplo, en la Resolución N° 11275-2018-SUNASS/TRASS/SALA PROVISIONAL de fecha 24.08.2018, el TRASS señaló:

...de autos se aprecia que la Resolución N°...de fecha...fue emitida sin pronunciarse respecto a la materia controvertida referida al consumo facturado en el mes de abril de 2018; motivo por el cual, habiendo transcurrido los plazos máximos de emisión y notificación de la Resolución, se ha configurado el Silencio Administrativo Positivo (SAP) sobre la pretensión reclamada, correspondiéndole a este Tribunal declarar fundado el reclamo...A efectos de refacturar el consumo...reclamado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 89° del Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento...el cual establece que la determinación del volumen a facturar se efectuará mediante la diferencia de lecturas del medidor de consumo. En su defecto, se facturará por el promedio histórico de consumos. En caso de no existir promedio válido, se facturará la asignación de consumo...Del Histórico de Lecturas ...se advierte que el suministro cuenta con seis (06) diferencias de lecturas válidas anteriores al mes reclamado, correspondientes a los meses de octubre de 2017 a marzo de 2018, siendo el promedio 09m<sup>3</sup>; por lo que debe...ordenarse la refacturación del consumo facturado en el mes de abril de 2018 sobre la base del mencionado promedio, esto es, 09m<sup>3</sup>.

La problemática en la aplicación del SAP recogida en la jurisprudencia del TRASS básicamente se ha producido en los casos de reclamos por Tarifa. Así, se dan casos en

que el Tribunal ha declarado el SAP y consecuentemente fundado el reclamo porque la EPS no siguió el procedimiento para cambiar la tarifa del usuario, por ejemplo de doméstica a comercial, en consecuencia, ordenó se refacture el recibo reclamado sobre la base de la tarifa doméstica. Son los casos que anteriormente denominamos cambios a iniciativa de la Empresa Prestadora.

Por el contrario, en el supuesto de cambio de tarifa por iniciativa de la EPS tenemos casos en que a pesar que se produjo el SAP por alguno de los supuestos de ausencia de resolución o notificación inválida, el reclamo debió ser declarado infundado toda vez que la EPS siguió válidamente el procedimiento para efectuar dicho cambio, es decir, la verificación del nuevo uso del predio, y la comunicación al Titular de la Conexión o usuario.

Es en los cambios de tarifa a iniciativa del usuario o Titular de la Conexión en que resulta más compleja la aplicación del SAP, pues no necesariamente el uso o tarifa a la que pretende variar el usuario puede verificarse en la realidad. En estos casos el cambio se efectúa por la comunicación del usuario, lo que debe ser verificado por la EPS mediante una inspección interna en el predio a fin de aplicar el cambio hacia futuro, de ser el caso.

- 2) Así por ejemplo en la Resolución N° 10134-2014-SUNASS/TRASS/SALA PERMANENTE de fecha 17.12.2014, el TRASS señaló:

...de autos se aprecia que la Resolución N° ... de fecha...que resuelve el reclamo, fue emitida sin pronunciarse respecto del extremo de la materia controvertida referida al tipo y número de unidades de uso facturados en los meses de agosto y setiembre de 2014, motivo por el cual se ha configurado el Silencio Administrativo Positivo (SAP) sobre este extremo de la pretensión reclamada, correspondiéndole en principio a este Tribunal declarar fundado este extremo del reclamo....Sin embargo, se debe precisar que el Silencio Administrativo Positivo no debe implicar la adquisición de derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumple con los requisitos para su adquisición, de conformidad con lo establecido en el artículo 10º, inciso 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444....En ese sentido, conforme se desprende de la información proporcionada por la Empresa Prestadora, al predio materia de reclamo se le venía facturando sobre la base de una (01) unidad de uso comercial al igual que los meses reclamados; sin embargo, la parte accionante cuestiona lo facturado...De esta manera, al haber solicitado la parte accionante el cambio en el tipo de unidad de uso, la Empresa Prestadora dispuso la inspección de fecha..., en donde se

verificó que el predio se encuentra constituido por una (01) unidad de uso comercial... En consecuencia, *de acuerdo a lo que se venía facturando y lo verificado en la inspección mencionada en el numeral precedente, debe declararse infundado este extremo del reclamo...* (Las cursivas son nuestras)

3) En la Resolución N° 275-2015-SUNASS/TRASS/SALA PERMANENTE de fecha 16.01.2015, el TRASS señaló:

...de autos se aprecia que la Resolución N°... de fecha ...fue emitida sin pronunciarse respecto a la materia controvertida referida al tipo y número de unidades de uso facturados en los meses de octubre y noviembre de 2014; motivo por el cual habiendo transcurrido los plazos máximos de emisión y notificación de la Resolución, se ha configurado el Silencio Administrativo Positivo (SAP) sobre la pretensión reclamada, correspondiéndole a este Tribunal declarar fundado, en principio, este extremo del reclamo...Sin embargo, cabe precisar que el Silencio Administrativo Positivo no debe implicar la adquisición de derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumple con los requisitos para su adquisición, de conformidad con lo establecido en el artículo 10º, inciso 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.... Al respecto, es preciso señalar que al predio materia de reclamo se le venía facturando en base a una (01) unidad de uso comercial al igual que lo facturado en los meses reclamados de octubre y noviembre de 2014. De esta manera, al haber solicitado la parte accionante el cambio en el tipo y número de unidades de uso, la Empresa Prestadora dispuso la inspección de fecha..., en la cual se verificó que el predio está constituido por una (01) unidad de uso comercial; *por lo que, al no verificarse cambio alguno en el tipo y número de unidades de uso del predio bajo reclamo, corresponde declarar infundado este extremo del reclamo...* (Las cursivas son nuestras).

4) En la Resolución N° 12210-2017-SUNASS/TRASS/SALA PERMANENTE de fecha 02.10.2017, el TRASS señaló:

...Según se advierte de autos, la Resolución N°...de fecha...si bien fue emitida dentro del plazo establecido normativamente no fue notificada válidamente, por lo que se ha configurado el Silencio Administrativo Positivo sobre la pretensión, debiendo declararla fundada... se debe precisar que el Silencio Administrativo Positivo no debe implicar la adquisición de derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumple con los requisitos para su adquisición,



de conformidad con lo establecido en el artículo 10º, inciso 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444... Al respecto, es preciso señalar que al predio materia de reclamo se le venía facturando en base a una (01) unidad de uso doméstico y una (01) unidad de uso comercial al igual que lo facturado en el mes reclamado...De esta manera, al haber solicitado la parte accionante el cambio en el tipo y número de unidades de uso, la Empresa Prestadora dispuso la inspección de fecha...la que se realizó parcialmente, por falta de llaves de una parte del primer nivel del predio, pese a que la parte accionante fue notificada de la referida diligencia...; *por lo que, al no haberse realizado la inspección por causa atribuible a la parte accionante, corresponde a este Tribunal declarar infundado este extremo del reclamo...*(Las cursivas son nuestras).

5) En la Resolución N° 15241-2017-SUNASS/TRASS/SALA PERMANENTE de fecha 28.11.2017, el TRASS señaló:

...En ese sentido, de autos se aprecia que la Resolución N°... de fecha ... fue emitida sin pronunciarse respecto del extremo referido al tipo y número de unidades de uso facturados en el mes de junio de 2017; motivo por el cual, habiendo transcurrido los plazos máximos de emisión y notificación de la Resolución, se ha configurado el Silencio Administrativo Positivo (SAP) sobre este extremo de la pretensión reclamada, correspondiéndole a este Tribunal en principio declarar fundado este extremo del reclamo...Sin embargo, se debe precisar que el Silencio Administrativo Positivo no debe implicar la adquisición de derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumple con los requisitos para su adquisición, de conformidad con lo establecido en el artículo 10º, inciso 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444... es preciso señalar que al predio materia de reclamo se le venía facturando en base a tres (03) unidades de uso comercial al igual que lo facturado en el mes reclamado...De esta manera, al haber solicitado la parte accionante el cambio en el tipo y número de unidades de uso, la Empresa Prestadora dispuso una inspección de fecha ...*en la que no se pudo realizar la inspección interna por ausencia de la parte accionante* pese a que fue válidamente notificada...*por lo que, al no haberse realizado la inspección por causa atribuible a la parte accionante, corresponde a este Tribunal declarar infundado este extremo del reclamo...*(las cursivas son nuestras).

6) En la Resolución N° 09090-2018-SUNASS/TRASS/SALA PERMANENTE de fecha 22.06.2018, el TRASS señaló:

...Según se advierte de autos, la Resolución N°...de fecha...si bien fue emitida dentro del plazo establecido normativamente no fue notificada válidamente, por lo que se ha configurado el Silencio Administrativo Positivo sobre la pretensión, debiendo declararla fundada... Sin embargo, se debe precisar que el Silencio Administrativo Positivo no debe implicar la adquisición de derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumple con los requisitos para su adquisición, de conformidad con lo establecido en el artículo 10º, inciso 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444...En el presente caso, de autos se aprecia que la Empresa Prestadora venía facturando al predio materia de reclamo en base a una (01) unidad de uso doméstico, tal como se facturó en el mes reclamado. Sin embargo, el usuario cuestiona el mes reclamado arguyendo que le corresponde una (01) unidad de uso social...En ese contexto, la Empresa Prestadora dispuso la inspección de fecha ...en donde se verificó que el predio materia de reclamo está constituido por una (01) unidad de uso doméstico...En el presente caso, en el escrito de fecha ...la parte accionante manifestó que “(...) *somos una INSTITUCION RELIGIOSA, SIN FINES DE LUCRO, AL SERVICIO POR MUCHOS AÑOS A LA IGLESIA...DEL PERÚ (...)*”, habiéndose corroborado mediante la inspección de fecha...que el predio efectivamente corresponde al Convento...internado de monjas...Respecto de la solicitud de la parte accionante para la aplicación de la tarifa social, es de precisar que teniendo en cuenta lo señalado en los considerandos...de la presente Resolución la clasificación de las unidades de uso no se define en función a la naturaleza jurídica del Titular de la Conexión, o del propietario del predio en que se ubica la unidad de uso, sino por la actividad desarrollada al interior de la unidad de uso (predio o sección del predio), la cual, en el presente caso, está constituida por un Convento (internado de monjas), es decir de uso doméstico (residencial)...Al respecto, cabe señalar que el literal b.1.2 del numeral 86.2 del artículo 86º de EL REGLAMENTO DE CALIDAD establece que se consideran en la **Categoría Domestica**, las casas y apartamentos destinados exclusivamente a la habitación, en forma permanente y sin fines de lucro...Asimismo, de conformidad con el literal b.1.1 del numeral 86.2 del artículo 86º del EL REGLAMENTO DE CALIDAD, la **Categoría Social**, está constituida por aquellas unidades de uso en las que: i) *Se desarrollen programas y actividades de servicio social, tales como: Clubes de Madres, Comités de Vaso de Leche, Comedores Populares, Programas No Estandarizados de Educación Inicial (PRONOEI) y otros de similares características, ii) Se alberguen personas en situación de abandono o en extrema pobreza. Adicionalmente, están comprendidos*

*dentro de esta categoría: (i) solares, callejones y quintas, abastecidos mediante un servicio común, (ii) piletas públicas y (iii) Cuarteles del Cuerpo General de Bomberos (...)*”, es decir no están comprendidos los Conventos (internados de monjas), en consecuencia, corresponde declarar infundado este extremo del reclamo...

De las resoluciones citadas se advierte que no siempre resulta posible ni conveniente aplicar el SAP y declarar fundado el reclamo por el solo transcurso del plazo para resolver sino que ello dependerá de la distinta naturaleza de las pretensiones y de las pruebas actuadas. En los reclamos por consumo el SAP implica aplicar reglas muy claras para volver a facturar el consumo reclamado: la diferencia de lecturas del medidor, el promedio histórico de consumos o la asignación de consumo, según lo que corresponda al usuario. Así, normalmente, si lo que cuestiona el usuario es el consumo registrado por el medidor (consumo medido o por diferencias de lecturas) de generarse el SAP, se aplicará el promedio, o la asignación de consumos si el anterior no existiera; si cuestiona un promedio facturado que considera incorrecto, se le aplicará el promedio correcto o la asignación de consumo si el promedio no existiera, e incluso podría aplicarse la diferencia de lecturas del medidor si esta existiese pero no hubiese sido aplicada por la EPS de manera injustificada.

Adicionalmente, en todos los casos se tendrá en cuenta el artículo 198, numeral 198.2 de la LPAG, el cual dispone que “en los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, *sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial*” (Las cursivas son nuestras). Es decir que si el consumo facturado y reclamado es menor a lo que en virtud del SAP debe aplicarse, se declarará infundado el reclamo y no se aplicará el consumo que correspondería, a fin de no perjudicar al usuario.

No sucede así con los reclamos por tarifa en que la aplicación del SAP dependerá siempre del resultado de la inspección interna del predio, lo cual puede implicar como ya hemos visto que según las variables en la situación material del predio y aun habiéndose generado el SAP, un reclamo sea declarado infundado. Si bien no se han encontrado casos de SAP respecto de reclamos operacionales, de la descripción de dichos reclamos, es posible asumir que el tema probatorio y de ejecución técnica tiene aún mayor relevancia para determinar la aplicabilidad o no del SAP.

## **CAPITULO IV: BALANCE FUNCIONAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS RECLAMOS DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO**

### **4.1 Recapitulación**

Como señalamos en la introducción, el presente trabajo está referido a determinar cuáles son los límites de la aplicación del Silencio Administrativo Positivo en los reclamos de los servicios de saneamiento y nuestra hipótesis consideraba que el interés público que resultaba predominante en los reclamos por tarifa, los reclamos comerciales relativos a la facturación y los reclamos operacionales, implicaba que en estos casos, el Silencio Administrativo Positivo no resulta aplicable.

El análisis de la doctrina y la normatividad referida al Silencio Administrativo nos ha llevado a determinar que se trata de una técnica jurídica según la cual ante el hecho de la inactividad formal de la Administración respecto de lo solicitado por el administrado, le sigue una consecuencia negativa, de tener por denegada su solicitud, o una consecuencia positiva, de tenerla por aceptada y permitirle realizar actividades para las cuales requeriría autorización o pronunciamiento previo de la Administración. Consideramos que en el caso del Silencio Positivo no estamos ante una declaración como base de un acto administrativo que otorgue o reconozca algún derecho pues es claro que esa declaración no existe y la eventual voluntad de la Administración, que no es posible determinar, no puede diferenciarse de lo señalado por la ley.

Asimismo, es posible señalar que el Silencio Administrativo, tanto el Negativo como el Positivo, si bien parten de una anomalía como es el incumplimiento del deber legal de resolver por parte de la Administración, no son la solución para resolver dicho problema ni un riesgo en sí mismos, simplemente son el reconocimiento por parte del Estado de que no puede ocuparse de todos los aspectos de la vida social y que, en un análisis costo-beneficio, corresponde permitir esa posibilidad en cautela de la actividad privada, sin perjuicio de adoptar las medidas para controlar o reducir dicha inactividad, y también, para realizar un control posterior de las consecuencias del silencio administrativo, especialmente del SAP pues este genera o reconoce derechos sustantivos.

Ahora bien, pese a que la doctrina sustenta el origen y la naturaleza del SAP, debemos preguntarnos por la importancia de que se aplique en los reclamos por Servicios de Saneamiento y no considerar que es un hecho jurídico dado que debe regularse indefectiblemente.

En este sentido debemos tener presente que los servicios de saneamiento son servicios regulados, incluso respecto del procedimiento de solución de reclamos. Alza Barco



(2011, p. 319) señala que la regulación económica busca principalmente alinear objetivos de productores y consumidores maximizando el bienestar social, es decir logrando la mejor combinación de excedentes de productor y consumidor, proceso en el cual el precio o tarifa es el instrumento de regulación más efectivo pues incide en la cantidad que el productor decidirá sacar al mercado y por ende en la calidad del proceso productivo asociado, así como en la cantidad que los consumidores demandarán del mismo.

En nuestra opinión, el análisis del Silencio Administrativo Positivo no puede estar exento del análisis del ambiente social y económico en que se regula el mercado, en este caso, el de los servicios de saneamiento. Al respecto, si bien existen críticas a la aplicación del Silencio Administrativo, tanto al negativo como al positivo por considerarse que convalidan una situación irregular como es la falta de respuesta del Estado, también existen dos perspectivas económicas considerar:

- 1) Una perspectiva más proclive a la intervención estatal y por ende a la función de policía de la Administración, según la cual y como regla general, el Estado debe pronunciarse e intervenir, a fin de permitir o autorizar la actividad de los particulares.
- 2) Una perspectiva que llamaremos liberal desde el punto de vista económico según la cual el Estado no puede hacerlo todo y que debe privilegiarse la libertad de actuación de los privados (en base a autonomía privada, libertad de contratación y de empresa), sometiéndose en todo caso a la facultad de fiscalización posterior de la Administración.

En el primer caso, se privilegia la actuación ex ante del Estado, en el segundo la actuación ex post. El Silencio Administrativo, tanto el Positivo como el Negativo, en nuestra opinión, es una actuación ex post, pues implica que el particular pueda realizar o continuar con su actividad económica o social, con independencia de la actividad o más bien inactividad estatal, aun cuando sea pasible de controles posteriores. Y es que los conceptos jurídicos se van adecuando a la realidad. Si recordamos el marco económico protector del mercado previsto en la Constitución, y la evolución del Silencio Administrativo de Negativo a Positivo, veremos que el Silencio Administrativo no es más una anomalía, sino que ha mutado a un mecanismo incluso necesario para la eficiente actuación estatal, pues le permite no solo cumplir sus funciones con participación de los particulares sino aprovechar dicha participación para realizar sus controles internos y tornarse más eficiente.



Asimismo, en el marco de la asimetría de la información sobre la que se efectúa la regulación, en la cual las Empresas Prestadoras conocen el negocio y la industria, los procedimientos de facturación, los servicios no vinculados a la facturación así como los problemas operacionales de una forma en que el usuario nunca lo hará, el Silencio Administrativo Positivo es una necesidad que tiende a equilibrar la relación con el usuario, pues en el procedimiento de reclamo como producto de dicha asimetría, especialmente técnica, el usuario plantea su pretensión pero es la Empresa Prestadora, como regla general, la que debe actuar las pruebas y pronunciarse, en un fenómeno similar al de inversión de la carga de la prueba.

#### **4.2 Propuesta de aplicación**

En el sector de los Servicios de Saneamiento se distinguen 3 tipos de reclamo: (i) los reclamos comerciales relativos a la facturación (ii) los reclamos comerciales no relativos a la facturación y (iii) los reclamos operacionales.

a) Reclamos comerciales relativos a la facturación: En los reclamos comerciales relativos a la facturación proponemos una clasificación en 4 grupos: 1) reclamos por consumo 2) reclamos por tarifa, 3) reclamos por servicios colaterales y 4) reclamos por responsabilidad del pago de la deuda de los servicios.

En estos casos estamos ante aquellos reclamos en que se discute básicamente: i) Si se ha prestado el servicio, sea el servicio o consumo mensual regular o el consumo no facturado oportunamente; ii) Si se ha facturado el consumo o volumen de agua correcto; iii) Si se ha aplicado la tarifa correcta; iv) si los cargos por costos de otros servicios como cierre, reapertura del servicio, contrastación del medidor, entre otros han sido facturados correctamente; y v) Si hay una deuda exigible. En ese sentido, lo que caracteriza a estos reclamos es que en la materia controvertida se discute el importe a pagar para 3 efectos: 1) que se anule; 2) se reduzca o 3) no sea requerido al reclamante.

Respecto a la facturación de los servicios de saneamiento, el artículo 89 del Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS-CD, señala que la facturación por los servicios de agua potable se efectuará en principio según lo registrado por el medidor de consumo, en su defecto, según el promedio de consumo, y en defecto del promedio, en base a la asignación de consumo. El promedio de consumo aplicable está formado por las seis (6) diferencias de lecturas del medidor anteriores a la diferencia de lecturas del

mes reclamado. Asimismo, el artículo 86 de la misma norma, señala que las tarifas aplicables se dividen en la Clase Residencial que incluye la tarifa doméstica y la tarifa social, y la Clase No Residencial, que incluye la tarifa comercial, industrial y estatal.

Como señalamos anteriormente, el importe a facturar se obtiene básicamente a partir de la multiplicación de dos (2) factores: el consumo y la tarifa pero en ambos pueden destacarse características distintas: mientras el consumo tiene un origen y connotación normalmente individual en su generación (consumo registrado por el medidor y el promedio de dicho consumo) las tarifas se estructuran de manera general o colectiva en base a las categorías de actividades de los usuarios del servicio, y por tanto están en la base del equilibrio económico y financiero en que se sustenta el servicio por parte de la EPS.

1) Reclamos por consumo: En el caso de los reclamos por consumo medido, por promedio o por asignación de consumo, en que lo que se pide es la reducción del consumo facturado por no corresponder al consumo habitual del usuario, la regla parece siempre clara, pues si se produce el Silencio Administrativo Positivo se tendrá que declarar fundado el reclamo y refacturar el consumo reclamado (diferencia de lecturas del medidor) en base al promedio o la asignación de consumo, según corresponda. De la misma manera, si se hubiese facturado en base al promedio o la asignación de consumo, se tendrá que refacturar en base a la diferencia de lecturas, el promedio o la asignación de consumo, según corresponda. Por supuesto, también puede ocurrir que no corresponda facturación alguna en caso no se haya prestado el servicio, caso en que será de aplicación el artículo 117 del Reglamento de Calidad según el cual solo puede facturarse a las conexiones activas.

Por ello, en los reclamos por consumo consideramos que no existe problema en la aplicación del Silencio Administrativo Positivo toda vez que lo que se discute finalmente es el monto a pagar de cada usuario en función a su consumo individual y aun cuando dicho conflicto no es irrelevante para la EPS, la falta de pronunciamiento de esta no debe implicar afectación de la esfera jurídica y económica del usuario, en beneficio de quien se establece el SAP puesto que la regla jurídica correspondiente es siempre clara y se aplica de manera casi automática. Inclusive, una más rápida definición del reclamo beneficia a la EPS pues mientras se encuentre en trámite no puede cobrar ni cerrar el servicio por la deuda de las facturaciones cuestionadas, según establecen los artículos 32 y 33 del Reglamento General de Reclamos.

2) Reclamos por tarifa: en el caso de los reclamos por tarifa se distinguen 2 casos: a) los cambios de tarifa a iniciativa de la EPS y b) los cambios de tarifa a iniciativa del usuario. En los reclamos por cambios de tarifa a iniciativa de la EPS, el procedimiento de reclamo está destinado a determinar si la EPS cumplió a su vez con el procedimiento para cambiar la tarifa del usuario, normalmente de una menos costosa a una más costosa. Si se trata de cambio por usuario, normalmente es este quien pretende que la EPS le cambie la tarifa de una más costosa a una menos costosa.

En ambos casos consideramos que dado el rol de la tarifa, el interés público exige que no se aplique el Silencio Administrativo Positivo, sino el Silencio Administrativo Negativo pues lo que está en juego ante la inactividad de la EPS no es solo su interés ni el de usuario, sino el de los fines de la regulación, esto es, la sostenibilidad y la continuidad del servicio para los usuarios actuales pero además su extensión para los futuros, más aun cuando la determinación de la tarifa correcta depende de la actuación probatoria al interior del predio y cuya falta no siempre es imputable a la EPS o incluso al mismo usuario, teniendo en cuenta que el interés en juego puede ser un cambio a iniciativa de la primera o del segundo.

3) Reclamos por servicios colaterales: como costos de cierre y reapertura del servicio, costos de contrastación del medidor, en estos casos es la Empresa Prestadora quien tiene que sustentar el origen de dichos costos, por lo que de no hacerlo y omitirse pronunciamiento, no existe inconveniente en aplicar el Silencio Administrativo Positivo.

4) Reclamos por responsabilidad del pago: En estos casos el actual titular del predio señala que la deuda corresponde a periodos en que otra persona era el titular del predio, o que se le está volviendo a cobrar por una deuda ya pagada. En estos supuestos, no se anulará la deuda sino que de producirse el SAP, la EPS no podrá requerirla al reclamante en la medida que no se acredite que es el deudor.

#### b) Reclamos comerciales no relativos a la facturación y reclamos operacionales

En los reclamos comerciales no relativos a la facturación y en los reclamos operacionales nos encontramos con reclamos referidos al acceso al servicio, incluidos el acceso a la micromedición, los cortes del servicio y sobre la información que deben recibir los usuarios así como por los desperfectos técnicos que pueden sufrir la red y las instalaciones a cargo de la Empresa Prestadora, desde el exterior hasta el límite de propiedad, incluyendo la caja de la conexión domiciliaria. Es decir que lo que caracteriza a estos reclamos es la exigencia del acceso al servicio o que la prestación del mismo se efectúe dentro de las condiciones de calidad establecidas en el marco regulatorio.

En dichos casos el problema radica en que no se trata solo de emitir una resolución a cargo de la Empresa Prestadora, sino que dichas pretensiones implican además actividades materiales, tales como la instalación de la conexión o del medidor, la reapertura del servicio o la entrega de información, cuando según la doctrina predominante el Silencio Administrativo solo se refiere a inactividad formal de la Administración, no a la inactividad material. En tal sentido, consideramos que en estos casos el SAP tampoco resulta aplicable, sino el Silencio Administrativo Negativo.

Recordamos aquí la opinión doctrinaria que distingue dos (2) tipos de actuación en la Administración: la actuación potestativa, esto es, ordenando por autoridad la vida social o ejerciendo su poder, y la actuación como prestadora, directa o indirecta, de servicios públicos. Sin perjuicio de considerar esquemática esta distinción puesto que aún en la prestación de servicios el Estado ejerce su rol potestativo, nosotros sí consideramos que en este caso se relativiza la aplicación del SAP justamente por el fuerte componente de actividad material que dicha prestación implica, y que ante la persistencia de la inactividad formal de la EPS, o incluso si existe actividad formal de esta (pronunciamiento) la persistencia de la inactividad material necesariamente implicará que el usuario deba recurrir a la vía jurisdiccional. Es más, dicha falta de pronunciamiento incluso puede deberse a razones tecnológicas o logísticas, no solo a reticencia en el cumplimiento del deber de resolver por parte de la EPS.

En consecuencia, en los casos de los reclamos por tarifa, los reclamos comerciales no relativos a la facturación y reclamos operacionales, corresponderá la aplicación el Silencio Administrativo Negativo y no el Silencio Administrativo Positivo, el cual será de aplicación a los tipos de reclamos restantes.

## CONCLUSIONES

Habiendo analizado la naturaleza jurídica del Silencio Administrativo Positivo y las características de los procedimientos de reclamo de los Servicios de Saneamiento así como las pretensiones que se discuten en ellos entre las EPS y los usuarios, consideramos verificada nuestra hipótesis y por tanto, podemos concluir que no corresponde la aplicación de Silencio Administrativo Positivo a los procedimientos de reclamos por tarifa, los reclamos comerciales no relativos a la facturación y los reclamos operacionales referidos a dichos servicios.

Asimismo, podemos concluir que solo corresponde aplicar el Silencio Administrativo Positivo a aquellos procedimientos de reclamo en que existan reglas que determinen claramente las consecuencias de tener por fundada la pretensión del usuario de los Servicios de Saneamiento.

De otro lado, no corresponde aplicar el SAP a aquellos procedimientos de reclamo en que se discuta sea la calidad del servicio o la prestación misma de dicho servicio, casos en que lo más conveniente es aplicar el Silencio Administrativo Negativo.

Finalmente, consideramos conveniente proponer se modifique el Reglamento General de Reclamos de los Usuarios de Servicios de Saneamiento, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 066-2006-SUNASS-CD, a fin de excluir a los procedimientos de reclamo por tarifa, los reclamos comerciales no relativos a la facturación y a los reclamos operacionales de los Servicios de Saneamiento, de la aplicación del Silencio Administrativo Positivo. En su defecto, dicha modificación deberá especificar que en los reclamos en que se aplique el Silencio Administrativo Positivo, ello solo procederá en la medida que el mismo no colisione con las pruebas actuadas o con la normatividad de carácter imperativo.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) Abruña, A. (2007) ¿Pueden ser Administraciones Publicas las personas jurídicas bajo régimen privado? En Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del Segundo Congreso de Derecho Administrativo. (pp. 131-141). Lima: Palestra.
- 2) Abruña, A. & Baca, V. (2008) El silencio administrativo en el Derecho Peruano. En El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso de Derecho Administrativo organizado por la PUCP & la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. (pp. 41-73) Lima: Grijley.
- 3) Aguado I Cudola, V. (2001). Silencio Administrativo e Inactividad. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- 4) Alza, C. (2011). ¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y equivocidad. *Revista de Derecho Administrativo Año 5 (10). Tomo 2.* pp. 317-327.
- 5) Ariño, G. (2010) Sobre los entes reguladores y su función arbitral. En Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación servicios públicos en Iberoamérica: Balance y Perspectivas. (pp. 13-36) Lima: ASIER.
- 6) Bocanegra, R. (2005) La Teoría del Acto Administrativo. Madrid: Iustel.
- 7) Cadena, A. (1988) El Silencio Administrativo. Tesis de Licenciatura. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas. Bogotá.
- 8) Calmell del Solar, A. (2007) El silencio administrativo: Aspectos generales y su regulación actual. En Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del Segundo Congreso de Derecho Administrativo. (pp. 217-229). Lima: Palestra.
- 9) Cassagne, J.C. (2010). Las vicisitudes del silencio administrativo. En Modernizando al Estado para un país mejor. Asociación Peruana de Derecho Administrativo & PUCP. (pp. 17-28) Lima: Palestra.
- 10) Castro-Pozo D.H. (2007) Derecho Urbanístico. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- 11) Congreso de la Republica. Código Civil. 25.07.1984. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- 12) Congreso de la República del Perú. 29.07.2000. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 (LOR) 2000, Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

- 13) Congreso de la República del Perú. 11.04.2001. Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (LPAG) Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- 14) Constitución Política del Perú de 1993. 30.12.1993. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- 15) Danós, J. (1996) El Silencio Administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración. *Revista Ius et Veritas*. Año 7 (13) 225-229.
- 16) Danós, J. (2004). Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú. Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y reclamos de los usuarios. En Derecho Administrativo. Danós, J, et al. (pp 415-456). Lima: Jurista.
- 17) Defensoría del Pueblo (1997). Resolución Defensorial N° 051-97/DP. 13.10.1997. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- 18) Escola, H. J. (1989) El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- 19) Fraga, G. (1971) Derecho Administrativo. México: Editorial Porrúa.
- 20) García Enterría, E. & Fernández, T. (2013). Curso de Derecho Administrativo. 16ª. Ed. Cizur Menor Navarra: Civitas.
- 21) García-Trevijano Fos, José Antonio (1986) Los Actos Administrativos. Madrid: Civitas.
- 22) Gómez, H. y Huapaya, R. (2008). Lo bueno, lo malo y lo feo de la Ley del silencio Administrativo. En El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso de Derecho Administrativo organizado por la PUCP & la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. (pp. 75-105) Lima: Grijley.
- 23) Gómez Puente, M. (2000) La Inactividad de la Administración. Navarra: Aranzadi.
- 24) Huapaya, R. (2011) Acto Administrativo, Silencio Administrativo y Procedimiento Administrativo. En Huapaya, R., Tawil, G. S., & Danós, O. J. Administración pública, derecho administrativo y regulación: Estudios y Cuestiones. Lima: ARA.
- 25) Instituto Libertad y Democracia., Bustamante, A., Camaiora, A., & Ostojá L.-A., A. (1990). La simplificación administrativa: Primer paso para la desburocratización. Lima: ILD.

- 26) Maraví, M. (2000) La Simplificación Administrativa: Un asunto complejo. *Revista Themis, Época 2* (40) pp. 289-299.
- 27) Martín, R. (2012) Los Actos Administrativos en el régimen de la Personas Jurídicas del régimen privado. *Revista de Derecho Administrativo* (12) pp. 171-185.
- 28) Morell, L. (1998) Curso de Derecho Administrativo. Pamplona: Aranzadi.
- 29) Morón, J. (2007). Perspectiva Constitucional del Silencio Administrativo Positivo. ¿Quién calla otorga? ¿Pero que otorga? *Revista Derecho y Sociedad Año 18* (29) pp. 83-93.
- 30) Morón, J. (2017). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica.
- 31) Muñoz Machado, S. (2011) Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. La Actualidad Administrativa. Madrid: Iustel.
- 32) Muñoz Marticorena, W. (2011). Perú: La Simplificación Administrativa en el Marco del Proceso de Modernización del Estado: Reformas de Trámites Empresariales. Lima: Universidad Católica Sedes Sapientiae.
- 33) Pando Vélchez, J. (2000). El Silencio Administrativo en el procedimiento tributario. En Comité Ed. Danós, J. et al. Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público: Libro Homenaje a Armando Zolezzi Moller. (pp. 667 a 688). Lima: Palestra.
- 34) Parada, R. (2002). Derecho Administrativo I. Parte General. 13ª. Ed. Madrid: Marcial Pons.
- 35) Presidencia de la República del Perú. 29.12.2016. Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo N° 1280. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp).
- 36) Sendín García, M. (2010). El tiempo en el Procedimiento Administrativo Español. *Revista de Derecho Administrativo*. (9). 159-175.
- 37) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). 14.01.2007. Reglamento General de Reclamos de Usuarios de Servicios de Saneamiento y Documento de Análisis de Impacto Regulatorio. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- 38) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). 05.02.2017. Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento. Resolución de

Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS-CD. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

39) Torricelli, S. (2010) El procedimiento administrativo en el sistema italiano, entre la eficiencia y la garantía. *Revista de Derecho Administrativo*. Año 5 (9). 285-300.

40) Zegarra, D. (2004) La regulación como técnica de intervención administrativa. *Revista Derecho y Sociedad Año 15 (23)* pp. 43-54.

41) Zegarra, D. (2004). La noción de servicio público en el sistema jurídico peruano: una aproximación. En *Derecho Administrativo*. Danós, J, et al. (pp 511-548). Lima: Jurista.

