



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02698-2022-PA/TC
LIMA
ARIS INDUSTRIAL SA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de octubre de 2023, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, conformada por los magistrados Monteagudo Valdez, Pacheco Zerga y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Aris Industrial SA contra la resolución de fecha 8 de abril de 2021, de foja 457, expedida por la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de marzo de 2019, Aris Industrial SA, representada por Erik Castro Vial, interpuso demanda de amparo¹ contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima SA (Sedapal), y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass). Solicitó que se inaplique el artículo 10 y la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución del Consejo Directivo 016-2016-SUNASS-CD, de fecha 2 de septiembre de 2016. Asimismo, como pretensión accesorio, solicitó que se ordene a las demandadas reconocer su derecho a presentar un estudio técnico que sustente un factor de descarga distinto al que la normativa presume, a fin de que sea evaluado y admitido por Sedapal y Sunass, para efectos de la facturación del servicio de alcantarillado. Alega la amenaza de vulneración de sus derechos de petición, a la propiedad, a la libertad de empresa, y al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Refiere dedicarse a la fabricación de textiles, cerámicos y químicos, y que extrae agua de 3 pozos de agua subterránea para desarrollar su proceso productivo, contratando con Sedapal, únicamente el servicio de alcantarillado sanitario. Alega que, como usuario con fuente de agua propia, ha presentado históricamente estudios técnicos para demostrar su factor real de descarga en el alcantarillado, siendo que, en diferentes procedimientos de reclamación interpuestos contra la emplazada, el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de la Sunass ha determinado que su factor de descarga es de 56,30 %. Sin embargo, señala que con la modificatoria establecida mediante

¹ Foja 254



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02698-2022-PA/TC
LIMA
ARIS INDUSTRIAL SA

resolución cuestionada, se verá imposibilitada de probar la verdadera cantidad de agua que descarga, lo que se agravará con la presunción establecida por la norma, que supondrá afrontar un factor estimado del 100 %, cuando al día de hoy vienen descargando prácticamente la mitad.

Sostiene que la norma tiene carácter autoaplicativo y desde su entrada en vigor restringirá la posibilidad de que el usuario pueda presentar un Estudio de Balance Hídrico que permita demostrar el verdadero y real uso del servicio de alcantarillado por las descargas de aguas residuales, lo cual transgrede su derecho de petición; y dado que no podrá demostrar el factor real de descarga, se le cobrará el doble del servicio, lo que lesiona su derecho de propiedad. Finalmente, señala que la modificatoria supone un obstáculo a los usuarios de Lima y Callao, que desincentiva el normal y adecuado desarrollo del mercado, dado que el monto de la tarifa es mucho más elevado que la retribución económica que podrían demostrar los usuarios que deben pagar, lesionando también su derecho a la libertad de empresa y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Mediante Resolución 1, de fecha 1 de abril de 2019², el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima admitió a trámite la demanda.

La Sunass, con fecha 30 de abril de 2019³, se apersonó al proceso, dedujo la excepción de caducidad y contestó la demanda. Solicitó que sea declarada improcedente o infundada por considerar que la norma cuestionada no tiene naturaleza autoaplicativa, pues sin la existencia del nuevo estudio y plan quinquenal no podrá aplicarse la modificatoria al sistema ni menos aún la fórmula para determinar el monto a ser facturado por el servicio de alcantarillado prestado por Sedapal. Asimismo, refirió que la demanda es improcedente por la existencia de vías procesales específicas igualmente satisfactorias para la protección de los derechos constitucionales alegados por la demandante. Finalmente, señaló que la norma cuestionada no viola ninguno de los derechos fundamentales alegados, pues ha existido toda una evaluación para modificar el régimen de facturación del servicio de alcantarillado, explicando extensamente las razones por las cuales se eliminó el factor de descarga así como la presentación de estudios técnicos, en los cuales no se detallaba ningún procedimiento ni el contenido mínimo en su elaboración, aplicando diferentes metodologías para el cálculo del balance hídrico, sin

² Foja 283

³ Foja 294



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02698-2022-PA/TC
LIMA
ARIS INDUSTRIAL SA

considerar el horizonte del tiempo o la estacionalidad de la actividad de evaluación.

Sedapal, con fecha 9 de mayo de 2019⁴, se apersonó al proceso, y contestó la demanda. Solicitó que sea declarada infundada por considerar que el Informe 008-2016-SUNASS-100, contiene la exposición de motivos que dio origen a lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria cuestionada, que señala que: (i) si bien la EPS para la provisión del servicio de alcantarillado incurre en costos adicionales al consumo del usuario, para mantener disponible dicho servicio, incurre en costos que son independientes del volumen descargado; (ii) cuando un usuario reduce su volumen de descarga, se reducen los costos variables de la empresa, pero no se reducen los costos fijos, por lo cual, la reducción de los costos de la empresa no es proporcional a la reducción del volumen de descarga; y (iii) la posibilidad de contar con multiplicidad de factores de descarga para distintos usuarios hace difícil la supervisión por parte de la Sunass y pone en riesgo la sostenibilidad económico-financiera de la EPS durante el quinquenio regulatorio, toda vez que las tarifas se habrían aprobado sobre la base de un porcentaje de vertimiento mayor.

Mediante Resolución 3, de fecha 21 de junio de 2019⁵, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró infundada la excepción de prescripción extintiva, por ende, saneado el proceso; y a través de Resolución 8, de fecha 20 de noviembre de 2019⁶, declaró infundada la demanda, por considerar que los dispositivos legales cuya inaplicación pretende la empresa demandante son de naturaleza heteroaplicativa, pues requieren la verificación de un posterior evento para que produzca efectos jurídicos concretos sobre los derechos de la recurrente, como por ejemplo, la aprobación de una nueva estructura tarifaria de Sedapal, y de nuevas variables a tomar en cuenta en la fórmula polinómica que sirve de base al cálculo de la facturación del servicio. Asimismo, señaló que la demandante no cumplió con acreditar un acto de aplicación de dicha norma, que pueda amenazar o lesionar sus derechos constitucionales.

A su turno, la Sala Superior revisora, mediante Resolución 5, de fecha 8 de abril de 2021⁷, revocó la apelada y reformándola declaró improcedente la demanda, en aplicación del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal

⁴ Foja 316

⁵ Foja 333

⁶ Foja 404

⁷ Foja 457



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02698-2022-PA/TC
LIMA
ARIS INDUSTRIAL SA

Constitucional de 2004, por considerar que a la fecha la norma cuestionada ya sería de aplicación y se habría materializado en actos concretos de determinación y cobros de la facturación por concepto de alcantarillado para usuarios de fuentes de agua propia, por lo que, dado el carácter técnico y especializado de la determinación del cobro por dicho servicio, que se encuentra constituido por el factor de descarga multiplicado por el valor de la cantidad de agua extraída, y por la tarifa de alcantarillado que aprobaba Sunass, la presente controversia debe dilucidarse en el proceso contencioso-administrativo, que constituye la vía procedimental idónea y específica para tutelar los derechos supuestamente amenazados, al contar con una estación probatoria más lata y en la que se pueden corroborar o discutir los hechos o actos imputados.

Mediante Escrito 6233-2022-ES, de fecha 28 de octubre de 2022, la demandante refiere que la amenaza de vulneración de sus derechos se materializó al haber sido notificado con el Recibo S103-01675353, por la suma de S/ 54 370.50, y el Recibo S103-01675628, por la suma de S/ 58 673.60, en los cuales se efectiviza el cobro teniendo como base el nuevo factor de descarga que considera inconstitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el caso de autos, la parte demandante solicita que se inaplique el artículo 10 y la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución del Consejo Directivo 016-2016-SUNASS-CD, de fecha 2 de septiembre de 2016. Asimismo, como pretensión accesoria, solicitó que se ordene a las demandadas reconocer su derecho a presentar un estudio técnico que sustente un factor de descarga distinto al que la normativa presume, a fin de que sea evaluado y admitido por Sedapal y Sunass para efectos de la facturación del servicio de alcantarillado. Alega la amenaza de vulneración de sus derechos de petición, a la propiedad, a la libertad de empresa y al principio de interdicción de la arbitrariedad.

Análisis del caso concreto

2. La recurrente pretende que se inaplique el artículo 10 y la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución del Consejo Directivo 016-2016-SUNASS-CD, de fecha 2 de septiembre de 2016,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02698-2022-PA/TC
LIMA
ARIS INDUSTRIAL SA

que modifica el factor de descarga para la facturación del servicio de alcantarillado, por cuanto considera que la eliminación de la opción de presentar un estudio técnico que sustente un factor de descarga distinto a 0.80 amenaza sus derechos invocados.

Dichas normas señalan lo siguiente:

Artículo 10.- Derogar la Cuarta Disposición Transitoria Final del Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento⁸.

Segunda Disposición Complementaria Transitoria.- La derogación del factor de descarga 0.80 a la que hace referencia el artículo 10 de la presente Resolución, entrará en vigencia a partir del siguiente quinquenio regulatorio de SEDAPAL S.A.

No procederá la presentación ni la aprobación de estudios técnicos que sustenten un factor de descarga distinto a 0.80, a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución. El plazo de vigencia de los estudios técnicos que a la fecha hayan sido aprobados por la EPS no podrá ser prorrogado.

3. En la sentencia recaída en el Expediente 01405-2010-PA/TC, este Tribunal ha señalado lo siguiente:

(...) 15. De este modo cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios

⁸ La disposición derogada disponía lo siguiente:

Cuarta.- La EPS SEDAPAL continuará aplicando la tarifa por volumen para el servicio de alcantarillado que se preste a los usuarios que cuentan con fuente propia siguiendo para ello el siguiente procedimiento:

El volumen utilizado por dicho usuario se determinará previamente, mediante un medidor instalado en la fuente o mediante el aforo de ésta. A dicho volumen se le aplicará un factor de descarga de 0.80, dando como resultado un volumen que será considerado como volumen que se descarga al alcantarillado, el cual será multiplicado por la tarifa respectiva para obtener el importe por uso del alcantarillado.

En caso, que el usuario manifieste su disconformidad con el factor de descarga, podrá solicitar su modificación a la EPS, para lo cual presentará un estudio técnico que sustente su petición. El costo del estudio será asumido por el solicitante y la aprobación quedará a cargo de la EPS



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02698-2022-PA/TC
LIMA
ARIS INDUSTRIAL SA

objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

16. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.(...)

4. Por otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente 03167-2010-PA/TC, este Tribunal ha señalado lo siguiente:

(...) 12. Al reconocerse en los artículos 3º y 43º de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.. (...)

5. De esta forma, el recurrente habría planteado una controversia de relevancia constitucional, puesto que, presuntamente su derecho a la libertad de empresa y el principio de interdicción de la arbitrariedad, entre otros, se ven amenazados por la emplazada dado la modificación del factor de descarga para la facturación del servicio de alcantarillado, que considera irrazonable e injustificada; sin embargo, del contenido de los actuados, no se advierten los elementos de prueba suficientes que permitan acreditar que la modificación del cálculo del factor estimado y la eliminación de la posibilidad que tenían los usuarios que cuentan con fuente de agua propia (y autorizada), de presentar un estudio técnico que sustente un factor de descarga distinto a 0.80 sea arbitraria.
6. En efecto, de autos se desprende que si bien el recurrente ha presentado un Informe Final sobre el Cálculo del Factor de Descarga de Aguas Residuales solicitando la actualización de su factor de descarga de aguas residuales provenientes del uso industrial y un escrito de reclamo por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02698-2022-PA/TC
LIMA
ARIS INDUSTRIAL SA

facturación y no aplicación del factor de descarga, de fecha 9 de febrero de 2017, donde cuestiona la variación del factor de descarga por uso de la red de desagüe⁹, dicha información no permite verificar con toda certeza a este Colegiado que la derogación del factor de descarga para determinar la facturación del servicio de alcantarillado, establecido por la Resolución del Consejo Directivo 016-2016-SUNASS-CD, sea realmente injustificada y lesiva de sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues el cambio de facturación se ha producido por la variación de la fórmula para el cobro del servicio, que básicamente, es por el uso del alcantarillado, sin considerar el volumen de descarga que pueden producir los usuarios; siendo que, en todo caso, el establecimiento de una nueva fórmula para la determinación del costo del servicio es un aspecto técnico cuyo análisis requiere de un proceso con etapa probatoria lata, en la que se pueda determinar si su aplicación resulta o no lesiva de los derechos invocados. En tal sentido, al carecer el amparo de dicha etapa, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

7. Asimismo, en cuanto a lo señalado por la demandante respecto a que la norma cuestionada restringe la posibilidad de que el usuario pueda presentar un Estudio de Balance Hídrico con la finalidad de que la tarifa sea ajustada a su verdadero y real consumo, afectando su derecho de petición, cabe precisar que según el Informe 008-2016-SUNASS-100 – que sustenta la dación de la norma cuestionada–, el factor de descarga no demuestra el desgaste del alcantarillado, ya que igualmente se usa con mayor o menor descarga y el desgaste se produce de todas formas. En ese sentido, cualquier cuestionamiento en torno a la veracidad de lo señalado en dicho informe, supone una labor técnica, que no corresponde realizar en el proceso de amparo.
8. En ese sentido, resulta evidente que, para la resolución de la presente controversia se requiere de un proceso que cuente con una amplia estación probatoria en la cual se puedan actuar los suficientes medios de prueba (pericias, informes técnicos, constataciones, etc.) que permitan a la parte demandante acreditar sus afirmaciones; por lo que, tomando en cuenta que el proceso de amparo no cuenta con una etapa probatoria con tal característica, corresponde declarar la improcedencia de la demanda en aplicación del artículo 7, inciso 2 del Nuevo Código Procesal

⁹ Fojas 146 y 189



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02698-2022-PA/TC
LIMA
ARIS INDUSTRIAL SA

Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MONTEAGUDO VALDEZ
PACHECO ZERGA
OCHOA CARDICH

PONENTE OCHOA CARDICH