

Informe N° 559-2019-GRT

Análisis legal sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú S.A.A contra la Resolución Osinergrmin N° 138-2019-OS/CD mediante la cual se fijaron los importes máximos de corte y reconexión eléctrica 2019-2023

Para : **Luis Enrique Grajeda Puelles**
Gerente de la División Distribución Eléctrica

Referencia : a) Recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. mediante documento s/n, recibido el 11/09/2019, según registro GRT N° 7934-2019.

b) Expediente 439-2018-GRT

Fecha : 21 de octubre de 2019

Resumen Ejecutivo

En el presente Informe se analizan los argumentos jurídicos del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. contra la Resolución Osinergrmin N° 138-2019-OS/CD, mediante la cual se fijaron los importes máximos de corte y reconexión eléctrica para el periodo 2019-2023.

Con relación a los argumentos legales contenidos en el recurso e informe adjunto al mismo, los aspectos más importantes impugnados son: (i) aplicación del numeral 10.2 del Artículo 10 de la Norma de Procedimientos Regulatorios y principio de transparencia (ii) vulneración de los principios de actuación basado en el análisis costo beneficio y análisis de decisiones funcionales (iii) vulneración del principio de razonabilidad (iv) solicitud de nulidad por vulneración de los principios de predictibilidad y confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción a la arbitrariedad y motivación.

Las conclusiones a las que esta Asesoría ha llegado son las siguientes: Sobre el extremo (i), corresponde declararlo infundado, en la medida que, contrariamente a lo señalado por la recurrente, en el numeral 10.2 del Artículo 10 de la norma alegada, se regulan materias de índole procedimental y no de naturaleza sustantiva, como lo serían las fuentes o criterios regulatorios a emplearse en el procedimiento de fijación, no correspondiendo que éstos sean de conocimiento de las empresas antes de la presentación de sus propuestas tarifarias. En cuanto al principio de transparencia, éste no tiene como finalidad establecer una obligación para que todas las fuentes a ser empleadas en el procedimiento regulatorio sean puestas previamente a conocimiento de los interesados, ni dispone que los criterios que adopte un organismo regulador sean inmutables para procedimientos futuros, sino que busca que las decisiones de Osinergrmin se motiven; razón por la cual este principio se aplica, tanto en función de lo dispuesto en el Reglamento General de Osinergrmin como en lo previsto en el numeral 1.15 del Artículo IV y el numeral 2 del Artículo VI del TUO de la LPAG, conforme a los cuales, se faculta a la administración a apartarse de antecedentes administrativos o criterios adoptados en anteriores procesos, siempre y cuando cuenten con el debido sustento, lo cual

se ha cumplido en el desarrollo del presente procedimiento regulatorio. Respecto al extremo (ii), corresponde declararlo infundado, en la medida que, sí se ha sustentado el cambio de la fuente para la determinación de los costos de mano de obra y se ha señalado las razones por las cuales la encuesta del Ministerio de Trabajo es más beneficiosa que los valores de la Cámara Peruana de la Construcción (en adelante “CAPECO”).

Respecto al extremo (iii), esta Asesoría es de la opinión que la determinación de los importes de corte y reconexión debe realizarse teniendo en cuenta los alcances del principio de razonabilidad. Los detalles impugnados respecto a la idoneidad de los valores de la encuesta del Ministerio de Trabajo son de carácter técnico, correspondiendo al área respectiva pronunciarse a efectos de determinar si el recurso resulta fundado, infundado o fundado en parte, en dicho extremo. Respecto al extremo (iv), Osinergmin no ha vulnerado los principios de predictibilidad y confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción a la arbitrariedad y motivación, por el solo hecho de utilizar la encuesta del Ministerio de Trabajo, ni por haberse apartado de los costos CAPECO, siendo legal que la administración pueda apartarse de sus decisiones precedentes, siempre y cuando motive las razones para ello a fin de dicha decisión no devenga en arbitraria, tal como se ha cumplido en el presente procedimiento regulatorio, en el que el cambio de la fuente elegida para la determinación de los costos de mano de obra ha sido debidamente fundamentado, sin perjuicio de que, de considerarlo pertinente, el área técnica amplíe el sustento técnico respectivo.

El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 24 de octubre del 2019.

Informe N° 559-2019-GRT

Análisis legal sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú S.A.A contra la Resolución Osinermin N° 138-2019-OS/CD mediante la cual se fijaron los importes máximos de corte y reconexión eléctrica 2019-20

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

- 1.1** El 19 de agosto de 2019 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 138-2019-OS/CD (en adelante “Resolución 138”), mediante la cual, para el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 2019 y el 31 de agosto de 2023, se fijó, entre otros aspectos lo siguiente:
- a. Los importes máximos de corte y reconexión aplicables a los usuarios finales del servicio público de electricidad.
 - b. La fórmula de actualización de los importes máximos de corte y reconexión.
 - c. El procedimiento y secuencia de aplicación de los tipos e importes máximos de corte y reconexión, que deberán seguir las empresas de distribución eléctrica.
- 1.2** Con fecha 11 de setiembre de 2019, Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante “ENEL”) mediante el documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 138, cuyos aspectos legales serán analizados en el presente informe.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

- 2.1** De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante “TUO de la LPAG”), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la notificación de la Resolución materia de impugnación.
- 2.2** Considerando que la Resolución 138 fue publicada el 19 de agosto de 2019, el plazo máximo para la presentación del recurso de reconsideración era el 11 de septiembre de 2019; el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal establecido en la normativa vigente. Asimismo, el recurso resulta admisible, dado que cumple con los requisitos previstos en los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.
- 2.3** En cuanto a la transparencia en los procesos regulatorios, Osinermin cumplió con publicar el recurso de reconsideración materia de análisis en su página Web, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del Artículo 3° de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas.
- 2.4** Finalmente, Osinermin convocó a Audiencia Pública, la cual se llevó a cabo el día 2 de octubre de 2019, a fin que las empresas impugnantes sustenten y expongan sus recursos de reconsideración y respondan a las consultas de los asistentes a la audiencia, de conformidad con el Artículo 193° del TUO de la LPAG.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

ENEL impugna los aspectos que se enuncian a continuación. Sobre ellos, solicita que Osinergrmin declare fundado su recurso en todos sus extremos, efectuando las correcciones y adecuaciones que de ello derive. Dichos aspectos son los siguientes:

- 3.1.** Costos de mano de obra (Ministerio de Trabajo y CAPECO)
- 3.2.** Costo de herramientas
- 3.3.** Tiempos de traslado entre suministros: Cálculo de tiempo realizado con indicaciones previas
- 3.4.** Tiempos de traslado entre suministros: Cambio en los suministros para corte debido al pago de clientes
- 3.5.** Tiempos de ejecución en observancia de las normas de seguridad
- 3.6.** Tiempos de traslado de ida y vuelta hacia y desde el primer suministro

Los extremos del petitorio de naturaleza técnica son analizados en el informe del área técnica, el cual se complementa con los conceptos expuestos en el presente informe.

4) Argumentos de ENEL y análisis legal de temas vinculados a aspectos jurídicos

A continuación, se resumen y analizan los argumentos legales contenidos en el recurso e informe adjunto al mismo, elaborado por el estudio Miranda & Amado Abogados, los cuales corresponden al tema indicado en el numeral 3.1 del presente informe. Corresponde al área técnica el análisis de los aspectos técnicos de dicho extremo del petitorio y de los demás extremos del petitorio cuestionados en el Informe Técnico de ENEL, citados en los numerales 3.2 al 3.6 del presente informe.

4.1. Sobre el numeral 10.2 del Artículo 10 de la Norma de Procedimientos Regulatorios y vulneración al principio de transparencia

Argumentos de ENEL

ENEL señala que la dinámica de un procedimiento regulatorio no impide que Osinergrmin cumpla con el numeral 10.2 del Artículo 10 de la Norma “Procedimientos para Fijación de Precios Regulados” aprobada mediante Resolución N° 080-2012-OS/CD (en adelante “Norma de Procedimientos Regulatorios”), en el sentido de que, el cambio de la fuente para la determinación de los costos de mano de obra debió comunicarse previamente antes de la presentación de la propuesta tarifaria. ENEL considera que la comunicación previa de este cambio se debió realizar debido a su relevancia en el impacto tarifario por ser un cambio de criterio drástico y, además, porque en anteriores regulaciones tarifarias se utilizó la misma fuente (CAPECO), lo cual generó que las empresas presentasen su propuesta basada en la experiencia de una actuación constante por parte de Osinergrmin. Señala que la determinación previa no hubiera sido óbice para permitir que los administrados presenten sus comentarios u observaciones correspondientes y que Osinergrmin considera que no resulta necesario un mayor nivel de detalle en las propuestas de las empresas.

Considera que Osinergrmin ha reinterpretado el artículo 10.2 de la Resolución 080 haciendo una distinción que no está prevista en dicha norma. ENEL señala que, Osinergrmin ha vulnerado el principio de transparencia pues debió ceñirse al texto expreso del numeral 10.2 del Artículo 10 de la Norma de Procedimientos Regulatorios para determinar, con antelación a la presentación de las propuestas tarifarias, que efectuaría un cambio de fuente para la determinación de los costos de mano de obra, a fin de que los criterios a utilizarse en el procedimiento regulatorio sean conocibles y predecibles por los administrados.

Análisis legal

Como toda norma, el numeral 10.2 del Artículo 10 de la Norma de Procedimientos Regulatorios no puede interpretarse de forma aislada, más aún, si en su texto se indica expresamente, como condición para establecer previamente información específica a la presentación de las propuestas tarifarias, que Osinergrmin lo considere necesario. Debe de tenerse en cuenta que el objeto de la Norma de Procedimientos Regulatorios, de acuerdo a su Artículo 1, es establecer los procedimientos para fijación de precios regulados, es decir, corresponde a una norma de naturaleza adjetiva y no sustantiva, por lo que, esta no pretende determinar los criterios o fuentes que van ser utilizados para la fijación tarifaria. Por ello, la interpretación más idónea al texto *“establecerá la información específica”* consignado en el referido numeral 10.2 del Artículo 10 de la Norma de Procedimientos Regulatorios, es entender que se refiere a materias de índole procedimental, y no a fuentes o criterios regulatorios de naturaleza sustantiva.

Por tal razón, como se señaló en el Informe Legal N° 376-2019-GRT que sustentó la Resolución 138, en cumplimiento del numeral 10.2 del Artículo 10 de la Norma de Procedimientos Regulatorios, Osinergrmin notificó a todas las empresas involucradas en el presente procedimiento regulatorio, el Oficio N° 744-2018-GRT, en el cual se establecía la información específica (de índole procedimental) que se consideraba necesaria para la presentación de sus propuestas tarifarias, como, entre otros, requerimientos de naturaleza adjetiva: i) Propuesta en medio impreso y electrónico con los antecedentes, criterios, metodología, análisis y resumen de resultados de la propuesta de los importes de corte y reconexión de la conexión eléctrica, ii) Reportes de información en medio electrónico de los costos de materiales, recursos, armados, costos de corte, costos de reconexión, costos de retiros y costos de reinstalación de la conexión eléctrica, emitidos por el sistema SICORE a efectos de la presentación de la propuesta, iii) Información en medio electrónico de los sustentos de los costos de materiales (facturas, boletas, contratos, órdenes de compra, resultados de licitaciones, etc.) y recursos (estudios o análisis de costos de mercado para el desarrollo de actividades eléctricas a través de servicios de terceros), y iv) Información en medio electrónico de los sustentos de los tiempos de ejecución y rendimientos de las actividades vinculadas con los cortes, reconexiones, retiros y reinstalaciones de la conexión eléctrica.

En ese sentido, conviene aclarar que, contrariamente a lo manifestado por ENEL, referido a que previamente a la presentación de su propuesta tarifaria Osinergrmin habría cambiado de criterio o de fuente para la determinación de los costos de mano de obra, de conformidad con la naturaleza propia de un procedimiento regulatorio, Osinergrmin con anterioridad a la presentación de las propuestas por parte de las empresas, no había definido la fuente a elegir para la determinación de los costos de

mano de obra. Por tal razón, en el Informe N° 130-2019-GRT¹, mediante el cual se le comunicó las observaciones a su propuesta de importes de corte y reconexión, en el numeral 3.2 sobre los costos de mano de obra, se le indicó lo siguiente:

“La Empresa debe sustentar el costo de la mano de obra sobre la base de una evaluación de costos eficientes que estén vinculados a actividades eléctricas realizadas en su zona de concesión, sustentado mediante costos de personal técnico de la empresa, de terceros y contratos de obra. La empresa deberá presentar el costo de mano de obra sobre la base de condiciones reales de mercado, mediante contratos de construcción, contratos de operación y mantenimiento (tercerizados), que evidencien costos de mercado de mano de obra efectivamente pagados en las actividades de la misma. Cabe aclarar que los costos CAPECO corresponden al costo de la mano de obra para actividades de construcción y no para actividades eléctricas”

De lo anterior, se puede advertir que, en dicho apartado, así como en el resto del mencionado informe, no se hizo mención a que para determinar los costos de mano de obra se emplearía los valores de la encuesta del Ministerio de Trabajo (en adelante “Encuesta MINTRA”), sino que se le indicó que el criterio para su determinación era la de los costos eficientes y que debía de presentar información de la empresa, lo cual posteriormente no fue realizado. Es recién en la publicación del proyecto de fijación de los importes de corte y reconexión que Osinergrmin propone como fuente para la determinación de los costos de mano de obra la Encuesta MINTRA, y no con anterioridad como señala ENEL.

En consecuencia, respecto a la supuesta vulneración al principio de transparencia, establecido en el Artículo 8 del Reglamento General de Osinergrmin, dispone que las decisiones de Osinergrmin deben adoptarse de modo que *“(…) los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones de OSINERG serán debidamente motivadas y las disposiciones normativas a que hubiere lugar deberán ser prepublicadas para recibir opiniones del público en general”*. En ese sentido, se advierte que la finalidad del referido principio, contrariamente a la interpretación efectuada por ENEL, no es el establecer una obligación para que todas las fuentes a ser empleadas en el procedimiento regulatorio sean puestas previamente a conocimiento de los interesados, menos aún, si como se ha señalado previamente, éstas no estaban determinadas en dicho momento, sino que, ante la falta de una de las fuentes principales de información (la que en este caso debía remitir la empresa), éstas se establecieron con posterioridad. Asimismo, dicha norma no dispone que los criterios que utilicen los organismos reguladores sean inmutables, pues siempre la autoridad podrá apartarse de algún criterio anteriormente adoptado cuando sustente las razones del cambio y por ello la misma norma ordena que las decisiones de Osinergrmin deben ser debidamente motivadas.

En cualquier caso, si la utilización de fuente CAPECO hubiera sido un precedente vinculante o si por el principio de predictibilidad o confianza legítima ha determinado la expectativa que fuera utilizado en el proceso tarifario, las normas permiten apartarse de

¹ Remitido a Enel mediante el Oficio N° 299-2019-GRT.

criterios anteriores cuando se cuenta con el debido sustento, tal como lo reconocen el numeral 1.15 del Artículo IV² y el numeral 2 del Artículo VI³ del TUO de la LPAG.

Es decir, **aun si Osinergrmin hubiera procedido en sentido diferente a la regulación anterior**, pero con el sustento debido, pues el requisito de motivación es exigido para apartarse de procederes anteriores, **su actuar sería legalmente válido**, toda vez que la propia ley establece que, si bien la administración debe actuar congruentemente con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, aquella se encuentra facultada a apartarse de los mismos siempre que explicita, por escrito, las razones que la llevaron a ello.

En ese sentido, considerando que cada proceso regulatorio enfrenta modificaciones al marco normativo, cambios en las realidades que busca regular, aparición de nuevas tecnologías y otras modificaciones propias de la naturaleza dinámica de la actividad de distribución eléctrica, es posible que, con el debido sustento, a fin de evitar la arbitrariedad, los criterios adoptados en una regulación anterior sean modificados para poder adaptarse al dinamismo antes señalado y cumplir con el mandato establecido en los Artículos 8 y 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas, que dispone que las tarifas se deben determinar reconociendo costos de eficiencia y promoviendo la eficiencia del sector.

Por ello, se entiende que el principio de transparencia se aplica tanto en función de lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento General de Osinergrmin como en lo previsto en el numeral 1.15 del Artículo IV y el numeral 2 del Artículo VI del TUO de la LPAG y que conforme a dichas normas se ha cumplido dicho principio en el desarrollo del presente procedimiento regulatorio, tal como se señala también en el análisis del numeral 4.4 del presente informe.

Por lo expuesto, no corresponde amparar los argumentos expuestos por ENEL debiendo declararse infundado este extremo del recurso.

4.2. Principios de actuación basado en el análisis costo beneficio y de análisis de decisiones funcionales

Argumentos de ENEL

ENEL manifiesta sobre el principio de actuación basado en el análisis costo beneficio que habría sido vulnerado por Osinergrmin en la medida que no existe análisis técnico que sustente el cambio de fuente para la determinación de los costos de mano de obra, más aún si se tiene en cuenta que, el objeto específico de la Encuesta MINTRA es distante e incompatible con el presente procedimiento regulatorio, y que incluso en un escenario de escasez de información, Osinergrmin debe determinar las fuentes idóneas de modo que no solo se supere la ineficiencia asignativa derivada del monopolio natural, sino que

² Artículo IV.1.15 (segundo párrafo): Principio de predictibilidad o confianza legítima. - "...Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, **salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos**".

³ Artículo VI.2: (parte sobre modificación de precedentes administrativos): Los **criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados** si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general...

se permita también una normal retribución neta a favor del concesionario, determinada bajo los parámetros legales establecidos.

Sobre el principio de análisis de decisiones funcionales, ENEL señala que no solo debe ser concebido como un paradigma teórico, sino que, debe de corresponder a una aplicación práctica que se traduzca en la adopción de medidas concretas que permitan medir los impactos de la actuación regulatoria. De ese modo, incluso ante información escasa, corresponde a Osinerghmin que, ante un cambio de criterio, determine las razones por las cuales dicho cambio es más beneficioso que seguir con la fuente que se venía empleando habitualmente. Dichas razones no pueden consistir en anunciar las posibles bondades de la nueva fuente elegida, sino detallar las razones por las cuales esta resulta más beneficiosa para todas las partes involucradas. Siendo así, agrega ENEL que, por aplicación del principio comentado la resolución tarifaria debe sustentar por qué la nueva fuente utilizada apunta a optimizar la calidad del servicio, los incentivos para la innovación, las condiciones contractuales y cualquier otro aspecto relevante para el desarrollo del mercado y la satisfacción de los intereses de los usuarios, ello en comparación con la fuente reemplazada.

Análisis legal

Contrariamente a lo manifestado por ENEL, sobre los principios de actuación basado en el análisis costo beneficio y análisis de decisiones funcionales, sí existe sustento técnico respecto del cambio de fuente para la determinación de los costos de mano de obra y sí se ha señalado las razones por las cuales la Encuesta MINTRA es más beneficiosa que los valores propuestos por CAPECO, tal como consta en el numeral 4.2.1 del Informe Técnico N° 375-2019-GRT que sustenta la Resolución 138, por lo que, no se han vulnerado los mencionados principios, sin perjuicio de que, de considerarlo necesario el área técnica amplíe el sustento técnico respectivo.

Por otro lado, respecto a que la fuente determinada por Osinerghmin debe permitir también la normal retribución neta a favor del concesionario, en el procedimiento de importes de corte y reconexión, a diferencia del procedimiento tarifario del VAD, no se le reconoce a las empresas una rentabilidad determinada por las inversiones eficientes que realicen, sino únicamente, los costos eficientes efectivamente incurridos para realizar el corte y la reconexión del servicio y no un adicional correspondiente a ganancias para las empresas. Por ello, no se puede pretender que en el presente procedimiento regulatorio se les reconozca a las empresas distribuidoras una rentabilidad.

Asimismo, respecto a lo mencionado por ENEL, referido a que la nueva fuente elegida debe tener en cuenta la calidad del servicio, los incentivos para la innovación, las condiciones contractuales y cualquier otro aspecto relevante para el desarrollo del mercado y la satisfacción de los intereses de los usuarios: cabe señalar que, de acuerdo a lo informado por el área técnica, el cumplimiento de las normas de calidad ha sido considerado en la tarifa determinada, sin perjuicio de que, de considerar ENEL que la misma no cumple algún requerimiento u obligación establecido en las normas de calidad vigentes, ha tenido expedito su derecho de comunicar ello en las diferentes etapas previstas en el presente procedimiento a fin de que sea evaluado. En cuanto a los temas referidos a la innovación, éstos se han considerado en el procedimiento regulatorio del VAD para el periodo 2018 – 2022, de acuerdo a las propuestas efectuadas por las

empresas, siendo en el caso de ENEL, entre otros, los referidos a los sistemas de medición inteligente.

Por lo expuesto, no corresponde amparar los argumentos expuestos por ENEL debiendo declararse infundado este extremo del recurso.

4.3. Principio de razonabilidad

Argumentos de ENEL

ENEL señala que, si bien a Osinergmin le corresponde acotar la expectativa de retorno de las empresas de distribución ante la existencia de un monopolio natural, ello debe de realizarse de acuerdo con el principio de razonabilidad en la medida que implica restricciones a los derechos de las empresas concesionarias. En ese sentido, las medidas adoptadas por Osinergmin, como el cambio de fuente de CAPECO a la Encuesta MINTRA, deben ser adecuadas al fin perseguido, lo cual no se ha respetado debido al objeto y contenido de la referida encuesta.

Asimismo, agrega ENEL que los motivos por los cuales se ha vulnerado dicho principio son debido a que: i) no se ha realizado análisis sobre la comparación efectuada entre la Encuesta MINTRA y los valores del FONAFE, a pesar de que ello fue un argumento presentado por la empresa, debiendo considerarse que no es posible comparar a ENEL con ninguna otra empresa estatal, dada sus dimensiones y costos distintos, no debiendo considerarse las coincidencias existentes como un sustento de la idoneidad de la Encuesta MINTRA ii) a la Encuesta MINTRA se le realiza extrapolación de cargos e incrementos de valores lo cual evidencia su falta de idoneidad, además de tener un objetivo distinto al tarifario orientado a proyecciones de demanda ocupacional en base a salarios promedio, y que por ello, lo más razonable era que Osinergmin mantenga los valores de CAPECO que venían siendo usados constante y reiteradamente y, iii) el cambio de utilización de los valores CAPECO como fuente de determinación de los costos de mano de obra, por corresponder a un sector distinto al sector energía, no soporta el juicio de razonabilidad, dado que, dicha diferencia no hace que sea incompatible si se considera que muchas de las actividades del sector energía son tercerizadas, y además, porque, si bien los valores CAPECO tienen particularidades como bonificaciones y otras, estas se pudieron haber ajustado, tal como se hizo con la Encuesta MINTRA.

Análisis legal

Los cuestionamientos que realiza ENEL a la idoneidad de los valores de la encuesta MINTRA son de índole técnico, correspondiendo al área respectiva pronunciarse sobre los mismos, a efectos de determinar si el recurso resulta fundado, infundado o fundado en parte. En ese sentido, de modo general solo se puede señalar que no está en discusión la aplicación del principio de razonabilidad en el presente procedimiento regulatorio. De ese modo, los importes de corte y reconexión deben de determinarse teniendo en cuenta su alcance.

Respecto a la afirmación de ENEL referida a que el principio de razonabilidad se habría vulnerado como consecuencia del cambio de los valores de CAPECO por los de la Encuesta MINTRA, debido a que dicho cambio afecta indebidamente su expectativa de

retorno, cabe reiterar lo señalado en el análisis legal del numeral 4.2 del presente informe, en el sentido de que en el procedimiento de importes de corte y reconexión no se reconoce rentabilidades, sino únicamente, los costos eficientes efectivamente incurridos para realizar el corte y la reconexión del servicio y no un adicional correspondiente a ganancias para las empresas; dicha rentabilidad solo se reconoce en el procedimiento regulatorio del VAD. En ese sentido, el principio de razonabilidad aplicado al presente procedimiento regulatorio está referido a que, para la determinación de los importes de corte y reconexión, como lo señala ENEL, se debe tener en cuenta que dicho servicio se realiza en condiciones de monopolio natural, por lo que, se debe de reconocer solo costos eficientes que cumplan con la normativa vigente que sea de aplicación.

4.4. Principios de predictibilidad y confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción a la arbitrariedad y debida motivación.

Argumentos de ENEL

ENEL señala que la fijación tarifaria no está exenta del cumplimiento de las limitaciones previstas en el ordenamiento y que por ello, los cambios de criterios, metodologías y fuentes requieren de una necesaria ponderación a fin de no generar un gravamen carente de proporción en relación con la finalidad pública que se pretende tutelar, así como una adecuada motivación. De ese modo, Osinerghmin debe de mantener una relación congruente entre la actuación administrativa y la expectativa razonable del administrado, generándose seguridad en la toma de decisiones sobre la base de conductas asumidas por el regulador. Agrega que los procedimientos de fijación tarifaria no solo deben de procurar asegurar la eficiencia del servicio en favor de los usuarios (corrigiendo la ineficiencia asignativa) sino que también debe asegurar una retribución neta normal para la empresa distribuidora a fin de que esta no resulte perjudicada y se configure una expropiación regulatoria, es decir, mantener una relación de congruencia entre la actuación administrativa y la expectativa razonable del administrado, salvo que cuente con un sustento idóneo y objetivo para apartarse de los criterios observados previamente.

Indica que el principio de confianza legítima y predictibilidad, como manifiesto del principio seguridad jurídica, se concibe como la expectativa razonable que tienen los administrados en los poderes públicos cuando realizan actuaciones en un procedimiento administrativo, y que se genera tal nivel de convicción y seguridad que éstos adoptan decisiones al amparo de la actuación estatal esperada, y además como una garantía contra la interdicción de la arbitrariedad. Afirma que las expectativas razonables sí son objeto de protección en el procedimiento administrativo general, sin que exista excepción alguna para los procedimientos regulatorios, aun cuando la actuación de la autoridad no califique como precedente administrativo. Señala que la utilización de una fuente de forma constante y reiterada en procedimientos regulatorios anteriores cuenta con cobertura bajo los alcances del principio antes señalado.

ENEL manifiesta que Osinerghmin no ha demostrado con objetividad la suficiencia de la idoneidad de la información contenida en la Encuesta MINTRA, precisando que el hecho que dicha encuesta cuente con información actualizada o contenga valores del sector eléctrico, no determinan por sí solos su idoneidad, pues su finalidad no es la determinar salarios o remuneraciones, sino únicamente proyecciones de demanda ocupacional, así

como, las calificaciones requeridas para cubrirla, lo cual es reconocido por el mismo Ministerio de Trabajo. Señala que no existe una imposibilidad objetiva para que a los valores CAPECO se le realice ajustes como a la Encuesta MINTRA de modo que se siga empleando en el presente procedimiento regulatorio y que Osinerghmin no explica las razones por las cuales es comparable la experiencia de las empresas de FONAFE con ENEL, lo que denota una falta de motivación.

Agrega que, de acuerdo a los principios antes mencionados, constituye un deber sustancial de Osinerghmin motivar de manera suficiente las razones que justificarían el cambio de la fuente para la determinación de los costos de mano de obra, tal como lo ha señalado el mismo Osinerghmin, y que el cambio de fuentes es un cambio drástico. Agrega que la garantía de motivación asegura la adecuada defensa de los intereses del administrado, quien podrá conocer las razones que justifican la adopción de las medidas administrativas. Indica que la motivación debida y válida es considerada como uno de los requisitos de validez de los actos administrativos y que, pese a ello, si bien el informe legal se respalda en el desarrollo que el informe técnico realice, este último no contiene un desarrollo sustancialmente distinto al que ya se había expuesto en el informe técnico que sustentó el proyecto de resolución de la fijación de los importes de corte y reconexión, por lo cual considera que existen vicios de motivación que conllevan a la nulidad de la Resolución 138.

Análisis legal

Se ha mencionado en la Resolución 138 que, conforme lo establece expresamente el mismo principio de predictibilidad, es legal que la administración pueda apartarse de sus decisiones precedentes, siempre y cuando motive las razones para ello a fin de dicha decisión no devenga en arbitraria. Dicha motivación ha sido desarrollada en el numeral 4.2.1 del Informe Técnico N° 375-2019-GRT con el que se sustenta la Resolución 138, en el que se señala que las empresas no alcanzaron la información de costos de sus recursos de mano de obra (información requerida en la etapa de observaciones a las propuestas de las empresas), que se sustentan en los contratos de terceros, contratos de ejecución de obras eléctricas, mantenimiento, análisis de costos unitarios coherentes con los contratos de tercerización de actividades eléctricas, entre otras.

También se indica en el referido informe técnico que, otra fuente de información válida, es la información remitida por ocho empresas bajo el ámbito de FONAFE (Adinelsa, Electrocentro, Seal, Electro Ucayali, Hidrandina, Electro Puno, Electro Sur Este y Electronorte), acerca de contratos, licitaciones, bases de concursos de actividades de inspecciones de redes eléctricas, instalación y cambio de conductores autoportantes, mantenimiento de puestas a tierra, traslado y reubicación de conductores, así como de actividades de control de pérdidas, cortes, reconexiones, instalación de nuevas conexiones y su mantenimiento, entre otras, mediante la cual se valida los costos de mano de obra calculados con información de remuneraciones de la Encuesta MINTRA; y que los costos de mano de obra publicados por CAPECO reflejan únicamente los costos propios de la industria de la construcción civil, los cuales consideran bonos, beneficios y otros conceptos propios de dicho sector, y son obtenidos como consecuencia de la negociación del Pliego Nacional de Reclamos presentado por la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP) a la Cámara Peruana de la Construcción, por lo que, incorporan bonificaciones que no son aplicables al personal contratado por las empresas contratistas de las empresas de distribución eléctrica.

Además, se indica que la Encuesta MINTRA ha tomado como información base la suministrada por las diferentes empresas, a quienes se les solicitó en forma específica información sobre demanda futura de los trabajadores para el periodo enero a diciembre 2019, requiriendo que tenga relación con la política de recursos humanos y los planes de inversión y crecimiento de la empresa. Por ello, técnicamente se concluye que la información de la Encuesta MINTRA contiene información actualizada que se considera coherente para el presente proceso de regulación.

Es de resaltar que Osinerghmin, en las anteriores etapas del presente procedimiento, no ha mencionado que la aplicación del marco regulatorio vigente esté por encima de los principios que rigen la actividad de la administración, sino que ENEL, al pretender que se le asegure una rentabilidad o una expectativa de rentabilidad como consecuencia del mantenimiento de una fuente anteriormente empleada, vulnera los principios que inspiran el marco regulatorio recogido en la normativa vigente, pues es en el procedimiento regulatorio del VAD en el que a la empresa se le reconoce rentabilidades por las inversiones eficientes que realicen, más no en el presente procedimiento regulatorio de determinación de los importes de corte y reconexión, cuya finalidad es cubrir los costos eficientes en que se incurra para su realización.

Conviene precisar que, ni siquiera el procedimiento regulatorio del VAD tiene como finalidad asegurar rentabilidades a las empresas, sino fijar un precio máximo que genere los incentivos adecuados para que estas realicen su actividad de manera eficiente, y aquellas reducciones de costos (ganancias de eficiencia) que consigan en el tiempo que se mantiene vigente la tarifa fijada sean luego trasladadas a los usuarios en la siguiente fijación tarifaria, simulando de ese modo, las reducciones de costos que pueden darse en un proceso competitivo.

En ese sentido, la expectativa razonable a la que hace mención ENEL no puede considerar que dentro de los importes de corte y reconexión se le otorgue una rentabilidad, ni tampoco pretender que en los procedimientos regulatorios no se cambien las fuentes empleadas. Una expectativa razonable para un procedimiento de regulación de tarifas es reconocer que en cada procedimiento regulatorio las fuentes existentes serán evaluadas, pudiendo ser cambiadas por otras que resulten más idóneas.

Respecto al supuesto gravamen que ENEL manifiesta que se genera por el cambio en la fuente para la determinación de los costos de mano de obra, cabe señalar que, considerando que ENEL, a pesar de habersele requerido en las observaciones a su propuesta tarifaria, no ha presentado sus costos reales, no es posible que se verifique dicha afirmación, en el sentido de que, dejar de emplear los valores de CAPECO pueda generarle un perjuicio, en tanto que, no ha acreditado que sus costos reales sean iguales a dichos valores.

De ese modo, no se han vulnerado los principios cuestionados, por lo que, debe declararse no ha lugar a la solicitud de nulidad formulada por ENEL.

Sin perjuicio de lo señalado, considerando que ENEL vuelve a cuestionar las razones por las cuales se ha dejado de lado los valores CAPECO y se han tomado los costos propuestos en la Encuesta MINTRA, y que ello es una materia de índole técnico;

corresponde al área técnica pronunciarse y de considerarlo pertinente amplíe el sustento técnico respectivo.

5) Plazos y procedimiento a seguir con el recurso de reconsideración.

5.1 De conformidad con el artículo 218.2 de TUO de la LPAG y lo señalado en el numeral 2.2 del presente informe, el plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el día 24 de octubre de 2019.

5.2 Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osinergrmin, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 219 del TUO de la LPAG y el Artículo 52 inciso k) del Reglamento General de Osinergrmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

6) Conclusiones

6.1. Por las razones expuestas en el numeral 2) del presente informe, el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa Enel Distribución S.A.A., contra la Resolución Osinergrmin 138-2019-OS/CD, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.

6.2. Por los fundamentos expuestos en el numeral 4.1, esta Asesoría recomienda se declare infundado el extremo del recurso referido a la supuesta vulneración de lo dispuesto en el numeral 10.2 del Artículo 10 de la Norma de Procedimientos Regulatorios, en la medida que, contrariamente a lo señalado por ENEL, dicho numeral regula materias de índole procedimental, y no de naturaleza sustantiva, como lo serían las fuentes o criterios regulatorios a emplearse en el procedimiento de fijación, no correspondiendo poner a éstos en conocimiento de las empresas antes de la presentación de sus propuestas tarifarias. De igual modo, respecto al principio de transparencia, este no tiene como finalidad establecer una obligación para que todas las fuentes a ser empleadas en el procedimiento regulatorio sean puestas previamente a conocimiento de los interesados o que los criterios adoptados por la autoridad resulten inmutables para futuros procedimientos, se entiende que el principio de transparencia se aplica tanto en función de lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento General de Osinergrmin como en lo previsto en el numeral 1.15 del Artículo IV y el numeral 2 del Artículo VI del TUO de la LPAG y que conforme a dichas normas, se faculta a la administración a apartarse de antecedentes administrativos y criterios administrativos adoptados en otros procesos, siempre y cuando cuenten con el debido sustento, lo cual se ha cumplido en el desarrollo del presente procedimiento regulatorio.

6.3. Por los fundamentos expuestos en el numeral 4.2, esta Asesoría recomienda se declare infundado el extremo del recurso referido a la supuesta vulneración de los principios de actuación basado en el análisis costo beneficio y análisis de decisiones funcionales, en la medida que, contrariamente a lo señalado por ENEL,

sí se ha sustentado el cambio de la fuente para la determinación de los costos de mano de obra y además sí se ha señalado las razones por las cuales la Encuesta MINTRA es más beneficiosa que los valores propuestos por CAPECO.

- 6.4.** Por los fundamentos expuestos en el numeral 4.3, esta Asesoría considera que, la determinación de los importes de corte y reconexión debe de realizarse teniendo en cuenta los alcances del principio de razonabilidad, y dado que los detalles impugnados respecto a la idoneidad de los valores de la Encuesta MINTRA son de carácter técnico, corresponde al área técnica pronunciarse sobre los mismos a efectos de determinar si el recurso resulta fundado, infundado o fundado en parte, en dicho extremo.
- 6.5.** Por los fundamentos expuestos en el numeral 4.4, esta Asesoría recomienda se declare no ha lugar la solicitud de nulidad planteada por ENEL respecto a la supuesta vulneración a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad y debida motivación, dado que, es legal que la administración pueda apartarse de sus decisiones precedentes, siempre y cuando motive las razones para ello a fin de dicha decisión no devenga en arbitraria, tal como se realizó en la Resolución 138 y los informes que la sustentan, por lo que, el cambio de la fuente elegida para la determinación de los costos de mano de obra ha sido debidamente fundamentado. Ello, sin perjuicio de que, de considerarlo pertinente, el área técnica amplíe el sustento técnico respectivo.
- 6.6.** El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 24 de octubre de 2019.

[jamez]

[mcastillo]

/scg