

“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

Informe N° 620-2019-GRT

Análisis legal sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Hidrandina S.A. contra la Resolución N° 168-2019-OS/CD mediante la cual se fijaron los Valores Agregados de Distribución para el periodo 2019-2023

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

Referencia : a) Recurso de reconsideración interpuesto por Hidrandina S.A., recibido el 08.11.2019, según Registro Osinergmin N° 201900185123 (Reg. 009598-2019-GRT), complementado con alegaciones vinculadas al recurso, mediante documento recibido el 25.11.2019, según Registro Osinergmin N° 201900193873 (Reg. 010019-2019-GRT).

b) Expediente 540-2018-GRT

Fecha : 12 de diciembre de 2019

Resumen Ejecutivo

En el presente informe se analizan los aspectos jurídicos del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A. (en adelante Hidrandina) contra la Resolución N° 168-2019-OS/CD, mediante la cual se fijaron los Valores Agregados de Distribución (en adelante “VAD”) para el periodo 2019-2023.

La recurrente solicita reconsideración respecto a los siguientes temas: (i) Modelo utilizado para la optimización de red de los sectores típicos (ii) costos estándar para la red de media tensión en los sectores de distribución 4 (iii) costos de software y hardware (iv) costos de terrenos y edificaciones (v) cuadrillas para la atención de maniobras y emergencias (vi) de cuadrillas para la atención comercial (vii) clasificación de puestos de la estructura organizacional (viii) costos de remuneración de personal (ix) costos indirectos (x) participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa (xi) dimensionamiento de personal de terceros para la atención comercial en las oficinas de Hidrandina (xii) costo de infraestructura y los uniformes para la prestación del servicio de atención al cliente a través del call center (xiii) innovación tecnológica: proyecto de alumbrado público (xiv) reconectores en mejora de calidad; y (xv) rectificación de errores materiales.

Los principios administrativos y normas citadas por la recurrente en su recurso impugnatorio, no son materia de discusión y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo; sin embargo, en lo referente a los **principios de presunción de veracidad y verdad material**, esta Asesoría considera que ambos tienen una connotación particular para efectos regulatorios, toda vez que el primero no implica que, para establecer una tarifa deba reconocerse cualquier realidad de la empresa o algún costo ineficiente de la misma, sino que involucra recurrir a la información o fuente disponible que resulte más idónea y a la constatación de hechos en lo pertinente, considerando que la fijación de tarifas debe responder a criterios de eficiencia conforme a los artículos 8 y 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Por su parte, el principio de

presunción de veracidad se aplica atendiendo a dichas normas, las cuales, conjuntamente con el artículo 64 de la mencionada ley, determinan que, para establecer la tarifa, el Regulador debe basarse en una empresa modelo eficiente, lo cual, en diversos aspectos, implica confrontar fuentes de información de modo que no siempre serán suficientes los datos declarados por la empresa.

En la parte final de su recurso Hidrandina se refiere al tema de la **reforma peyorativa o reforma in peius**, señalando que Osinerghmin debe observar la existencia de esta garantía constitucional y abstenerse de modificar la resolución impugnada perjudicando la situación de la empresa. A este respecto se concluye que la prohibición de reforma peyorativa es perfectamente aplicable en procesos judiciales penales y procedimientos administrativos sancionadores, como es el caso del proceso penal vinculado a la jurisprudencia que cita la recurrente, en que se hace mención expresa como garantía constitucional a la interdicción de la "reforma peyorativa de la pena", es decir a una sanción penal, más dicha prohibición de reforma no resulta aplicable a regulación tarifaria de servicios públicos. Tratándose de sectores sometidos a la regulación económica, como es la distribución de electricidad, en la regulación tarifaria no opera la prohibición de la reforma peyorativa, toda vez que la decisión final de la Administración en el caso del servicio público de electricidad, es fijar una tarifa conforme a los criterios de eficiencia previstos en el marco legal aplicable, dentro de un proceso regulatorio en que los administrados son tanto las empresas concesionarias como los usuarios del servicio, por lo que además de asegurar la sostenibilidad de las inversiones, se deben respetar los derechos de los usuarios, en virtud de lo cual los cargos y tarifas que se fijen podrán tener un mayor o menor valor como resultado del análisis que para dicho fin se efectúe.

Los aspectos de fondo jurídicos cuestionados concretamente están relacionados con el tema vinculado con **participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa** (en adelante PTU). Hidrandina, hace mención a la exclusión en la Resolución 168, de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa (en adelante "PTU"), cuya observancia para la empresa es requerida incluso a nivel constitucional, desarrollando argumentos que en detalle son analizados en el contenido de este documento. Al respecto, se concluye que este extremo del petitorio debe declararse infundado atendiendo a que, la interpretación sistemática de la norma constitucional y legal, para efectos tarifarios, implica concordarla con el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante "LCE") y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM (en adelante "RLCE"), en los cuales se exigen costos con relaciones de causalidad directa al proceso operativo de la prestación del servicio que la PTU no tiene, lo que determina que ésta no sea un componente del VAD, al no ser un costo en que se incurra para poder operar y mantener el servicio, lo cual determina que no forme parte de los Estudios de Costos a que se refiere la ley y por ende no pueda llegarse a una interpretación errada de la LCE, que cumplir con la norma laboral signifique que la PTU se incluya en el costo de operación y mantenimiento reconocido en el VAD, lo que para efectos prácticos significaría que la empresa no asuma la obligación que la Constitución le impone y que pagar la PTU pase a convertirse en una obligación de los usuarios del servicio. Además, desde el punto de vista constitucional y legal, la empresa comparte las utilidades o ganancias obtenidas con sus trabajadores debido a la participación decisiva que tienen éstos con su fuerza de trabajo en la generación de las mismas y no por que dichas utilidades sean cargadas a los usuarios como si fueran parte de lo que ha costado brindarles el servicio. En esencia, la obligación de pagar utilidades ha sido impuesta por la Constitución a las empresas y no a los usuarios. En el Decreto Legislativo 892 solo se establece la forma en que debe implementarse dicho derecho. En consecuencia, en el ámbito del derecho constitucional y laboral es y será obligatorio que las empresas compartan sus utilidades con sus trabajadores; pero ello no significa que, en el ámbito regulatorio del servicio público de

electricidad, el desembolso que el cumplimiento de la Constitución y el Decreto legislativo 892 origine, sea asumido por el usuario del servicio público de electricidad.

La mencionada interpretación jurídica se ve reforzada con el análisis técnico económico considera que la PTU no debe ser incorporada como un costo de la empresa modelo eficiente dado que no es compatible con el esquema regulatorio especificado en la LCE y su Reglamento. En consecuencia, podrá ser un gasto para efectos tributarios, pero no para efectos regulatorios de cálculo del VAD. A ello se agrega que, desde el punto de vista técnico y económico la PTU se encuentra implícita en la Tasa de Actualización, razón adicional para su no inclusión pues no se puede pretender remunerar dos veces por un mismo concepto pues se infringiría los artículos 8 y 42 de la LCE que exige fijar tarifas con criterios de eficiencia.

Los demás extremos del petitorio, dada su naturaleza técnica corresponde sean analizados por el área técnica de la División de Distribución Eléctrica de la Gerencia de Regulación de Tarifas, en su respectivo informe, y de esta manera concluir luego de su análisis motivado, si los extremos del recurso de reconsideración presentado resultan fundados, fundados en parte o infundados.

El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 20 de diciembre de 2019.

Informe N° 620-2019-GRT

Análisis legal sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Hidrandina S.A. contra la Resolución N° 168-2019-OS/CD mediante la cual se fijaron los Valores Agregados de Distribución para el periodo 2019-2023

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

- 
- 1.1.** El 16 de octubre de 2019 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 168-2019-OS/CD (en adelante “Resolución 168”), mediante la cual se fijaron los Valores Agregados de Distribución respecto de las empresas: Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronoroeste S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A., Electro Sur Este S.A.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electrosur S.A., Empresa Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A., Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A., Electro Oriente S.A. y Electro Ucayali S.A.
 - 1.2.** Con fecha 08 de noviembre de 2019, la empresa Hidrandina S.A., mediante documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 168, complementado con alegaciones vinculadas al recurso, mediante documento recibido el 25.11.2019.
 - 1.3.** Cabe indicar que mediante documento GG-356-2019¹, Distriluz solicitó Audiencia privada la misma que fue concedida el 03.12.2019. Asimismo con dicho documento presenta informes denominados “Visión general de la regulación del VAD 2019”, información que solicita sea incorporada a los expedientes administrativos de los recursos de reconsideración presentados por las empresas Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. y Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronoroeste S.A.

Sobre el particular, la información presentada no constituye alegaciones sobre los extremos del petitorio del recurso de reconsideración, lo cual ha sido corroborado por el área técnica, en consecuencia, no corresponde un pronunciamiento sobre dicha información dentro del procedimiento de resolución de recurso de reconsideración. Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar que, si se tratara de nuevos petitorios no habrían sido tampoco materia de análisis como parte del recurso, dado que serían extemporáneos.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

- 2.1.** De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 218.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante “TUO de la LPAG”) el plazo para

¹ Recibido con fecha 25.11.2019, según Registro Osinermin N° 201900195627 (Reg. 010018-2019-GRT)

interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la publicación de la resolución materia de impugnación.

- 2.2. Considerando que la Resolución 168 fue publicada el 16 de octubre de 2019 y que el plazo máximo para la presentación del recurso de reconsideración era el 08 de noviembre de 2019²; el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal establecido en la normativa vigente. Asimismo, el recurso resulta admisible al haberse cumplido 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, Osinergrmin 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. Osinergrmin convocó a Audiencia Pública, la cual se llevó a cabo los días 28 y 29 de noviembre 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.
- 2.5. Finalmente, Cabe señalar que, el Consejo Directivo de Osinergrmin concedió al grupo Distriluz (que incluye las empresas Hidrandina S.A., Electrocentro S.A., Electronoroeste S.A. y Electronorte S.A.) y a la empresa Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A-SEAL, el uso de la palabra solicitado, en la diligencia que se llevó a cabo el día 04 de diciembre de 2019.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

Hidrandina S.A. (en adelante "Hidrandina"), señala que se debe modificar la Resolución 168 para cuyo efecto, solicita en concreto a Osinergrmin lo siguiente:

- 3.1. Emplear el modelamiento presentado en el estudio de costos de Hidrandina (metodología para la optimización de red de los sectores típicos).
- 3.2. Emplear la información presentada por Hidrandina en su estudio de costos respecto a los costos estándar para la red de media tensión en los sectores de distribución 4.
- 3.3. Emplear, la información de los costos de software y hardware presentada en el estudio de costos de Hidrandina, para definir la tarifa de dicha empresa.
- 3.4. Emplear los costos de terrenos y edificaciones presentados por Hidrandina en su estudio de costos.
- 3.5. Utilizar la información de cuadrillas para la atención de maniobras y emergencias presentada en el estudio de costos de Hidrandina.
- 3.6. Utilizar la información de cuadrillas para la atención comercial presentada en el estudio de costos de Hidrandina.
- 3.7. Utilizar la clasificación de puestos de la estructura organizacional presentada en el estudio de costos de Hidrandina.³

² Para el cómputo del plazo se tiene presente que Mediante Decreto Supremo 002-2019-PCM, el día 31 de octubre de 2019 fue declarado no laborable en el sector público; y el día 01 de noviembre de 2019 fue feriado nacional.

³ El fundamento de derecho de este petitorio lo amplía mediante documento presentado el 25.11.2019 según registro 201900103873 (Reg. 010019-2019-GRT).

- 3.8. Utilizar los costos de remuneración a personal considerados en el estudio de costos de Hidrandina.
- 3.9. Emplear los costos indirectos previstos por Hidrandina en su estudio de costos.
- 3.10. Incluir el valor de la participación de los trabajadores en las utilidades de Hidrandina como parte de los costos para la fijación del VAD.
- 3.11. Realizar el dimensionamiento de personal de terceros necesarios para la atención comercial en las oficinas de Hidrandina considerando la información del estudio de costos de dicha empresa.
- 3.12. Reconocer el costo de infraestructura y los uniformes para la prestación del servicio de atención al cliente a través del call center.
- 3.13. Aprobar el Proyecto AP y, en consecuencia, se reconozca un cargo adicional por innovación a favor de Hidrandina.
- 3.14. Incluir 94 reconectores como parte de la propuesta de mejoramiento de calidad.
- 3.15. Rectificar errores materiales sobre:
 - a) Omisión de inclusión de 901 SEDs en el metrado final del VNR.
 - b) Valorización de SEDs del Sistema Eléctrico Trujillo.

A continuación, se resumen los argumentos de la recurrente y se efectúa el análisis sobre los aspectos legales de fondo cuestionados concretamente, los cuales están referidos al extremo del petitorio señalado como numeral 3.8 respecto a supuesta falta de observación y subsanación absuelta; y al extremo del petitorio señalado como numeral 3.10 en el tema vinculado a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa. En consecuencia, debido a la naturaleza técnica de los demás extremos del petitorio señalados en el numeral 3) del presente informe, y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración presentado resulta, en sus extremos, fundados, fundados en parte o infundados.

4) Argumentos de Hidrandina y análisis legal

4.1. Fundamentos de derecho en la resolución impugnada

Argumentos de Hidrandina

- a) Hidrandina en la parte de su recurso que denomina “fundamentos para la modificación de la resolución impugnada”, señala en cada extremo del petitorio su posición sobre criterios técnicos concretos y finalmente se refiere al principio administrativo, norma o criterio legal que supuestamente habría sido vulnerado en la Resolución 168 en los temas vinculados con dichos criterios técnicos y precisa que habría existido una interpretación inexacta de pruebas y de normas técnicas del sector aplicables al procedimiento.

La impugnante cita las prescripciones legales, conceptos jurídicos, pronunciamientos jurisprudenciales y/o doctrinarios sobre los siguientes temas: (i) debida motivación de los actos administrativos: principio del debido procedimiento y la motivación como requisito de validez del acto administrativo, la indefensión y el derecho de defensa (ii) Interdicción de la arbitrariedad (principio de predictibilidad o confianza legítima) (iii) principio de legalidad (iv) la obligación de interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados principio de igualdad ante la ley (v) principio de **presunción de veracidad** (v) principio de

predictibilidad (vi) principio de principio de **verdad material** (vii) principio de imparcialidad (igualdad de trato).

En cuanto a los principios de presunción de veracidad y de verdad material, Hidrandina S.A. señala que obligan la administración a presumir como cierto el sustento brindado por los administrados en el marco de los procedimientos, a menos que la autoridad pruebe que dicho sustento no corresponde a la realidad; y que el principio de verdad material genera la obligación por parte de todas las entidades administrativas de corroborar que todo lo que obre en el expediente administrativo, o que sirva de fundamento para su actuación, deba responder únicamente a la verdad. Asimismo, por el principio de verdad material se crea la obligación hacia la administración pública de buscar los medios probatorios o sustento suficiente para poder fundamentar sus actuaciones.

Se hace también referencia a la prescripción legal de fijar el VAD utilizando una empresa modelo eficiente y se cita los artículos 64 y 67 de la LCE, los Términos de Referencia del VAD y el artículo 147 del RLCE referido a sistemas eléctricos y sectores típicos.

- 
- b) Finalmente, Hidrandina señala que Osinergmin debe observar la existencia de la garantía constitucional denominada interdicción a la *reformatio in peius* o reforma peyorativa, el cual no es exclusivo del ámbito judicial, sino también plenamente aplicable al ámbito administrativo. Al respecto, cita pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Superior de Justicia, concluyendo que Osinergmin debe abstenerse de modificar la Resolución Impugnada de modo que perjudique la situación de Hidrandina en la Resolución Impugnada.

Análisis legal

- 
- a) Los aspectos generales indicados por la empresa, que incluyen prescripciones legales (incluidos, entre otros, los respectivos principios del procedimiento administrativo y los alcances de errores materiales), conceptos jurídicos, pronunciamientos jurisprudenciales y/o doctrinarios, no son materia de discusión y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo; sin embargo, cabe aclarar que en lo referente a los principios de verdad material y presunción de veracidad. éstos tienen una connotación particular para efectos regulatorios.

El principio de verdad material previsto en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que en el procedimiento administrativo, la autoridad administrativa debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para cuyo efecto adopta todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por Ley; sin embargo, ello para un procedimiento regulatorio no significa que la tarifa deba reconocer cualquier realidad, sino que dicho principio está referido a recurrir a la información disponible y la constatación de los hechos en lo que corresponda, sin dejar de lado que finalmente la fijación de las tarifas responde a criterios de eficiencia de conformidad con lo previsto por los artículos 8 y 42 de la LCE, de modo que la tarifa no puede reconocer un costo ineficiente por más que sea real, toda vez que producto de las condiciones monopólicas del servicio público de electricidad, pueden existir situaciones de ineficiencia empresarial que redunde, por ejemplo, en costos superiores a los que la empresa hubiera obtenido si se enfrentaran a una competencia real, por ello las normas citadas de la LCE no

permiten que esas ineficiencias se trasladen en la tarifa al usuario del servicio. En consecuencia, la aplicación del principio de verdad material, implica que Osinerghmin deba recurrir a la fuente de información que resulte más idónea para la regulación tarifaria, como pueden ser costos comparados de las empresas, contratos, cotizaciones, entre otros, de modo que, los costos que se reconocen en el VAD no tienen necesariamente que corresponder con los efectivamente incurridos por las empresas, pudiendo ser más bajos o más elevados, en tanto sean costos eficientes que pueden o no coincidir con los costos reales de cada empresa o grupo de empresas.

Respecto al principio de presunción de veracidad, cabe reiterar que la prestación del servicio público de electricidad se da en condiciones de monopolio natural; es decir, los usuarios no tienen libertad para elegir a las empresas que les prestarán el servicio y en esencia, tampoco pueden negociar la retribución por el mismo. La característica de monopolio natural del servicio público de electricidad determina que sea el organismo regulador el autorizado por ley para fijar las tarifas aplicables para dicho servicio. Toda fijación de esas tarifas se presenta en un contexto de asimetría de información entre el organismo regulador y las empresas concesionarias que prestan el servicio público de electricidad.

En los artículos 8 y 42 de la LCE se establece que las tarifas deben reconocer costos de eficiencia y estructurarse de tal modo que promuevan eficiencia del sector eléctrico, lo cual conlleva a que en el proceso de fijación tarifaria del VAD, conforme al artículo 64 de la LCE el Regulador debe basarse en una empresa modelo eficiente, lo que en esencia implica simular competencia. Ello involucra que, para el ejercicio de su función reguladora, Osinerghmin requiere confrontar distintas fuentes de información y analizarlas integralmente, en algunos casos no solo evaluando la veracidad de la información sino también entrando a detalles comprendidos en dichas fuentes, para lo cual no siempre es suficiente un simple dato con carácter de declaración jurada o información incompleta que pueda presentar la empresa.

Ello no significa que el Regulador no aplique en forma alguna el principio de presunción de veracidad, sino que debe aplicarlo dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y de forma compatible con la función regulatoria. En ese sentido, para determinar los límites de este principio de presunción de veracidad o interpretar su alcance, existe una regla de derecho consistente en un deber expreso para la administración pública, recogido en el numeral 8 del artículo 86 del TUO de la LPAG, en el que se establece que son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes: "interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados", sin olvidar que los administrados son tanto las empresas concesionarias de distribución eléctrica como los usuarios del servicio público de electricidad. En cualquier caso, la decisión del regulador deberá ser siempre motivada.

Por otro lado, respecto a fijar el VAD utilizando una empresa modelo eficiente y hacerlo de manera individual y que la fijación debe atender a las necesidades de la empresa evaluada, cabe indicar que la fijación de las tarifas responde a criterios de reconocimiento de costos eficientes, en consecuencia, en la fijación del VAD se atiende a las necesidades de la empresa pero con criterios de eficiencia (necesidades de una empresa eficiente); y, asimismo, para las empresas que atienden a más de 50

000 suministros, si bien la tarifa es fijada por cada empresa, conforme a los artículos 8 y 42 de la LCE, podrán existir elementos regulados en cuyos costos eficientes por razones de mercado o de sistemas, coincidan dos o más empresas y otros en los que cada una tenga diferentes costos. En cualquier caso, al efectuar el análisis de los aspectos cuestionados por la recurrente en que efectúa comparaciones con lo regulado para las empresas del grupo 1, el área técnica debe tener presente que el respeto al principio de imparcialidad se da de modo que ante situaciones sustancialmente similares exista igualdad de trato y solo estará facultado de aplicar trato diferenciado si, conforme a las peculiaridades de Hidrandina y de las empresas del grupo 1 con las que la recurrente solicita la aplicación de un mismo criterio, se advierta situaciones sustancialmente desiguales.

- b) Respecto a la aplicación del principio de prohibición de reforma peyorativa, es preciso señalar que de acuerdo al numeral 1.2 del Artículo IV del TUO de la LPAG, la institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

Es importante tener en cuenta que la fijación de los Valores Agregados de Distribución es un procedimiento relacionado a la fijación de tarifas, en el que claramente existe dentro del procedimiento administrativo más de un administrado con legítimo interés (la empresa concesionaria y los usuarios consumidores del servicio eléctrico) por lo que la función reguladora que ejerce Osinermin debe observar la satisfacción de los intereses públicos que persigue como entidad de la Administración Pública.

Es así que, respecto a la solicitud de Hidrandina de que Osinermin observe la existencia de la garantía constitucional denominada “non reformatio in peius”, debe señalarse que dicha figura es aplicable a los procedimientos sancionadores, tal como se encuentra establecido en el numeral 3 del Artículo 258 del TUO de la LPAG, ya que supone la prohibición de la Administración de establecer sanciones mayores (que empeoren su situación) a las impugnadas por el administrado recurrente, lo cual es evidentemente distinto a un caso de fijación de cargos y/o tarifas como el presente, pues no se puede asimilar la fijación de una tarifa como la imposición de una sanción.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional del Perú mediante Sentencia recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA ha señalado lo siguiente:

*26. En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos **TAMBIEN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR y en general, en todo procedimiento donde el estado ejerce SU PODER DE SANCIÓN** y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación.” (Resaltado agregado)*

Asimismo, se debe considerar que la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, establece que la función reguladora consiste en la facultad de los Organismos Reguladores de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

Así pues, tratándose de sectores sometidos a la regulación económica, como es la distribución de electricidad, en la regulación tarifaria no opera la prohibición de la

reforma in peius. En consecuencia, carece de sustento legal la argumentación de Hidrandina en el sentido que Osinergmin debe abstenerse de modificar la Resolución Impugnada de modo que perjudique la situación de la empresa, ya que como se ha expuesto, la decisión final de este organismo regulador en el caso del servicio público de electricidad es fijar una tarifa conforme a los criterios de eficiencia previstos en el marco legal aplicable, que además de asegurar la sostenibilidad de las inversiones, respete los derechos de los usuarios, en virtud de lo cual los cargos y tarifas que se fijen podrán tener un mayor o menor valor como resultado del análisis que para dicho fin se efectúe.

En distintos aspectos impugnados, Hidrandina alude en su recurso a principios administrativos supuestamente vulnerados en la Resolución 168. Sobre el particular, dado que la mayoría de ellos están vinculados con cuestionamientos de datos estrictamente técnicos, corresponde que, en esencia el área técnica, refute técnicamente lo que alega la empresa, en cada uno de los puntos impugnados (por qué se ha descartado los datos que ha presentado la empresa, las fuentes utilizadas para la fijación, etc.) a fin de evidenciar que se han respetado dichos principios⁴ y que el recurso debe declararse infundado, o en caso contrario, el recurso sea declarado fundado o fundado en parte y se proceda a las correcciones pertinentes o de ser el caso a ampliar o complementar el sustento o motivación del acto⁵.

A continuación, se resumen los argumentos de la recurrente y se efectúa el análisis sobre los aspectos legales de fondo cuestionados concretamente referidos al extremo del petitorio señalado como numerales 3.10 del presente informe en el tema vinculado a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa; correspondiendo al área técnica, complementar el análisis de dicho extremo en lo que resulte pertinente. En consecuencia, debido a la naturaleza técnica de los demás extremos del petitorio señalados en el numeral 3) del presente informe, y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración presentado resulta, en sus extremos, fundados, fundados en parte o infundados.

4.2. Participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa (“PTU”)

Argumentos de Hidrandina

Hidrandina, señala que en la Resolución 168 se ha excluido la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa (en adelante “PTU”), cuya observancia para la empresa es requerida incluso a nivel constitucional. Cita el artículo 29 de la Constitución y el artículo 2 del Decreto Legislativo 892 que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría, según el cual los trabajadores de las empresas comprendidas en el presente Decreto Legislativo participan en las utilidades de la empresa, mediante la distribución por parte de ésta de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos.

⁴ Respecto a los de presunción de veracidad y verdad material, se entiende que corresponde que el análisis técnico se efectúe bajo la connotación particular que ambos principios tienen para efectos regulatorios, según lo indicado en el análisis legal contenido en el literal a) del numeral 4.1 del presente informe.

⁵ Cabe agregar que conforme al Artículo 14 del TUO de la LPAG, en caso hubiera existido una motivación deficiente o parcial o cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, prevalece la conservación del acto.

Agrega Hidrandina que la PTU no constituye una liberalidad de las empresas, sino que responde al cumplimiento de una obligación impuesta por la Constitución y la norma laboral y que es por lo tanto un costo que deben asumir los distribuidores de manera obligatoria. Agrega la impugnante que no hay duda respecto a la necesidad de incluir los beneficios laborales como parte de los costos empleados para la fijación de tarifas de distribución, toda vez que el artículo 67 de la LCE obliga al reconocimiento de todo el marco normativo aplicable, incluyendo específicamente las normas laborales. Adicionalmente, el artículo 150 del RLCE establece aún con mayor precisión que en el procedimiento del cálculo tarifario deberá considerarse los gastos de personal, incluyendo los beneficios sociales.

Señala que no obstante a pesar de la claridad normativa de la participación de los trabajadores en sus utilidades, Osinergrmin no considera dicho concepto como parte de los costos de operación y mantenimiento en la fijación de las tarifas de distribución eléctrica y, en consecuencia, desconoce que Hidrandina tiene la obligación legal de asumir dicho beneficio laboral, contradiciendo Osinergrmin a la LCE que obliga a incorporar el cumplimiento de las normas vigentes como parte del criterio para determinar los costos para la fijación de tarifas de distribución.

Hidrandina solicita que en concordancia con lo anterior se modifique la Resolución 168 de modo que se incluya el valor de la PTU como parte de los costos para la fijación del VAD.

Análisis legal

No hay norma de la actividad eléctrica en la que se haya dispuesto expresamente el tratamiento tarifario de la PTU, y más allá de sus efectos laborales, contables o tributarios, lo que corresponde analizar es exclusivamente si la PTU tiene efectos regulatorios que deban ser calculados en el VAD, por cuanto lo que se va a afectar es el derecho de los usuarios del servicio público de electricidad a pagar el costo eficiente del servicio recibido y el derecho del concesionario a ser remunerado en la tarifa conforme a lo dispuesto en la legislación eléctrica (según normas establecidas en el Título V de la LCE y su Reglamento).

Cualquier regulación tarifaria requiere de una interpretación concordada y sistemática de normas aplicables, más aún cuando en el tema materia de análisis la LCE y su Reglamento, no han establecido expresamente cuál es el tratamiento regulatorio que debe dársele a la PTU en la fijación de tarifas de distribución eléctrica. En tal sentido, como se ha advertido desde la fijación del VAD en el año 2013, no será suficiente la interpretación literal y aislada de un par de normas, como lo son el inciso b) del Artículo 150 del Reglamento del RLCE, o el nuevo Artículo 67 de la LCE, sino que será necesario recurrir además a métodos de interpretación jurídica más apropiados, siendo aplicable, entre otros, el de la ratio legis que es un método que implica descubrir lo que quiere decir la norma desentrañando su razón de ser. Según lo explica Marcial Rubio “la ratio legis debe fluir del texto mismo de la norma o del grupo normativo que le es correspondiente”.

Según el método de interpretación sistemática, una norma no debe ser interpretada en forma aislada sino dentro de todo su contexto normativo y de acuerdo al sistema jurídico al que pertenece, con el cual no puede desafinar, de modo que se alinea con los principios que rigen dicho sistema y criterios de orden constitucional que plasman dichos principios, de modo que como indica la doctrina, una norma jurídica que en sí misma tiene un significado, puede adquirir un sentido distinto cuando se pone en relación con las demás normas que constituyen el derecho vigente.

Con los criterios de interpretación jurídica indicados, se ha efectuado la interpretación concordada y sistemática de las normas involucradas que llevan a la conclusión que la PTU no forma parte de los costos de operación y mantenimiento del VAD y que son también aplicables para concluir que los argumentos laborales expuestos por Hidrandina, no tienen connotación regulatoria, sino únicamente efectos en la esfera laboral al que la empresa está obligada a respetar.

De conformidad con los Artículos 64 y 70 de la LCE, pertenecientes al Título V de la LCE denominado Sistema de Precios de la Electricidad, complementados con el Artículo 150 del RLCE, tanto para efectos de fijación del VAD como para el cálculo de la TIR, deben tomarse en cuenta los costos de operación y mantenimiento “asociados” o “exclusivamente” propios del sistema de distribución. Técnicamente el sistema de distribución se define como el costo por unidad de potencia necesario para poner a disposición del usuario, la energía desde el inicio de la distribución eléctrica (después de la celda de salida del alimentador de media tensión ubicada en la subestación de transmisión) hasta el punto de empalme de la acometida del usuario. El Manual de Costos, aprobado por Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, tampoco permite la inclusión de la PTU como gasto de personal a reconocer como costo operativo del VAD, toda vez que, si en todo momento la LCE y su Reglamento se centran en costos asociados o exclusivamente del servicio y la PTU es posterior a la cadena productiva, no podría considerarse como costo del servicio.

La PTU no es un costo, operativo ni administrativo, necesario para poner a disposición del usuario la energía eléctrica, al extremo que ni siquiera se sabe de antemano si se generarán o no dichas utilidades; cosa que no ocurre con la CTS, vacaciones y similares en los que la empresa necesariamente debe incurrir para realizar su actividad eléctrica (como costo laboral), al margen de si el resultado del negocio eléctrico le vaya a generar ganancias o pérdidas.

De conformidad con lo previsto en el Artículo 64 de la LCE, incluido en el Título V de dicha Ley, el VAD se basa en una empresa modelo eficiente con un nivel de calidad preestablecidos en las normas técnicas de calidad y considera los componentes los costos asociados al usuario, las pérdidas estándares de distribución de potencia y energía y; los costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada. El referido Artículo 64, no considera como componente del VAD a la PTU, ni a ningún otro costo o gasto que no esté asociado a la distribución eléctrica.

Osinerghmin ha utilizado los criterios de empresa modelo eficiente para determinar los costos a incluir en el VAD por concepto de operación y mantenimiento y solo se puede incluir aquellos que la ley autoriza, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 8 de la LCE, se establece un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, “reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V” de la misma ley.

Respecto a la Tasa Interna de Retorno (TIR), el Artículo 70 de la LCE dispone que Osinerghmin calcule la TIR considerando un periodo de análisis de 25 años. El cálculo se efectúa para cada concesionario con estudio individual del VAD que presta servicio a más de cincuenta mil suministros, y en los demás casos para el conjunto de concesionarios. La TIR se determina evaluando:

- Los ingresos que habrían percibido si se hubiesen aplicado los Precios Básicos a la totalidad de los suministros en el ejercicio inmediato anterior.
 - Los costos de operación y mantenimiento exclusivamente del sistema de distribución, para el ejercicio inmediato anterior, incluyendo las pérdidas; y,
 - El Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las instalaciones de cada empresa, con un valor residual igual a cero.
- En la evaluación de la TIR se incorporan beneficios obtenidos por la empresa en los proyectos de innovación tecnológica.

El citado Artículo 70 de la LCE se complementa con el Artículo 150 del RLCE en el que se dispone que los costos que se reconozcan para el cálculo de la TIR serán los siguientes:

- Energía adquirida a terceros
- Gastos de personal, incluyendo los beneficios sociales
- Suministros diversos
- Servicios prestados por terceros
- Cargas diversas de gestión; y,
- Pérdidas estándares calculadas de acuerdo a lo establecido en el Artículo 143 del RLCE.

En el párrafo final de la misma norma se agrega que corresponde a Osinermin la evaluación y calificación de dichos costos, los que deberán corresponder a valores estándares internacionales aplicables al medio, guardando relación de causalidad directa con la prestación del servicio.

Según lo dispuesto en las normas citadas, tanto para efectos de fijación de los componentes del VAD (artículo 64 de la LCE) como para el cálculo de la TIR (artículo 70 de la LCE), deben tomarse en cuenta los costos de operación y mantenimiento “asociados” o “exclusivamente” propios del sistema de distribución; es decir aquello necesario para poner a disposición del usuario la energía eléctrica desde el inicio de la distribución eléctrica hasta el punto de empalme de su acometida. El reparto de utilidades a los trabajadores no es un costo necesario para poner a disposición del usuario la energía eléctrica, al extremo que ni siquiera se sabe de antemano si se generarán o no dichas utilidades; cosa que no ocurre con la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), vacaciones y beneficios similares en los que la empresa necesariamente debe incurrir para realizar su actividad eléctrica, al margen de si el resultado del negocio eléctrico le vaya a generar ganancias o pérdidas.

Como se señaló en el Informe de Picón & Asociados, de fecha 02 de octubre del 2013 (Anexo del Informe 430-2013-GRT que sustentó Resolución Osinermin N° 203-2013-OS/CD de la fijación del VAD del año 2013), en la fijación del VAD no se evalúan las obligaciones laborales que surgen para una empresa de distribución como consecuencia de ser empleador y obtener utilidades, sino los componentes dentro de su estructura de costos en la prestación del servicio que brinda la empresa, antes de establecer si obtiene utilidades para repartir o no; y es por ello que el reparto de las utilidades no está incluido dentro de los costos operativos y de mantenimiento y por ende no se incluye en el estudio de costos, de allí que los Términos de Referencia no lo hayan considerado dentro del costo de operación y mantenimiento como parte de las remuneraciones del personal. Esto se complementa con el hecho que las utilidades son además de carácter contingente ya que está supeditada a que efectivamente se generen ganancias, aunque su carácter contingente no es lo elemental, sino que lo más importante es que conforme a los artículos 64 y 70 de

la LCE, no son parte de costos de operación y mantenimiento y que además no forman parte de los gastos deducidos para calcular la utilidad operativa de la empresa.

En el mismo sentido, para el cálculo de la TIR, el artículo 150 del RLCE no es abierto para el reconocimiento de cualquier tipo de “costo de gastos de personal, incluyendo beneficios sociales”, sino que delimita dichos costos, según el último párrafo de la propia norma, a que guarden relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución.

Cabe indicar que si bien en las normas citadas, no se precisa los rubros que incluyen los costos de operación y mantenimiento para calcular el VAD; de lo dispuesto en el Artículo 150° del RLCE y Artículos 64 y 70 de la LCE, se puede desprender que este concepto comprende “los gastos de personal, incluyendo los beneficios sociales” que estén “asociados” o sean “exclusivamente” propios del proceso operativo, en la medida que “guarden relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución”.

Cabe mencionar que en la Resolución 027-97-P/CTE de la entonces denominada Comisión de Tarifas Eléctricas (hoy Osinergmin), publicada el 31/10/1997, en que se declara infundado el recurso de Luz del Sur respecto a la PTU, entre varios de los fundamentos que denegó la inclusión de la PTU, señala acertadamente, en el análisis contenido en su literal B.5, que “...por otro lado en la legislación laboral la participación de utilidades recibe un tratamiento especial que la diferencia de los beneficios sociales ordinarios. En tal sentido, el Artículo 8 de la Ley de Productividad y competitividad laboral señala que si bien el empleador podrá pactar con el empleado que perciba una remuneración mensual no menor a 2 UIT una remuneración integral computable por periodo anual que comprenda todos los beneficios legales y convencionales aplicables a la empresa. Dicha remuneración no comprende la participación de utilidades”. Ello evidencia que no se tomaba en cuenta la PTU porque no estaba en el nivel de la prestación del servicio (sino que se generan después), como sí ocurría con los otros beneficios sociales.

En la citada Resolución 027-97-P/CTE se explicó que no todos los costos de un concesionario operando en el país son considerados en la determinación del VAD, sino solo los mencionados en el artículo 64 de la LCE, que no incluye una serie de otros costos que inciden en la actividad empresarial, tales como la depreciación, los costos financieros, los impuestos sobre la renta y otros. Se indicó que la PTU solo puede incluirse en el cómputo del VAD si ésta fuera parte de alguno de los componentes mencionados en el artículo 64 de la LCE y que la PTU no formaba parte de ninguno de ellos.

Si bien la PTU es un beneficio social, no tiene la naturaleza de asociarse como un derecho vinculado a la prestación del servicio, y, por ello no se incluye en el supuesto legal de las normas citadas. Las utilidades son el resultado económico del capital invertido y el trabajo desplegado. La Constitución Política del Perú se refiere expresamente al derecho de los trabajadores a participar en las utilidades “de la empresa” lo que implica que en el nivel de determinar utilidades ya no está en juego la prestación del servicio.

Luego se hace la distinción de lo que corresponde a las utilidades de los trabajadores, para cuestiones tributarias. Con o sin utilidades de accionistas y trabajadores, ya se adquirió o contrató lo necesario para hacer viable o sostenible el servicio; es por ello que no puede afirmarse que las utilidades sean un costo necesario para prestar el servicio o que sea un costo de operación o de mantenimiento.

Ello, como se indica en el Informe de Picón & Asociados, de fecha 09 de julio del 2013 (Anexo del Informe 432-2013-GRT que sustentó Resolución Osinergmin N° 203-2013-OS/CD de la fijación del VAD del año 2013), evidencia lo que emana de una estructura típica de un Estado de Ganancias y Pérdidas, en que la utilidad/pérdida operativa es la que se obtiene luego de aplicar los costos de operación y mantenimiento, sin tomar en cuenta gastos financieros ni extraordinarios. Por ello, cuando el Artículo 150° del RLCE y el Manual de Costos incorporan dentro de los costos de operación y mantenimiento a los “gastos de personal, incluidos beneficios sociales”, se refiere a los inherentes a la operación del negocio, a aquellos que se consideran para calcular la utilidad/pérdida operativa, tal como fluye de la interpretación concordada de dicho Artículo con los Artículos 64° y 70° de la LCE, así como del referido Manual de Costos. La PTU, se determina en función de un porcentaje de la renta imponible del ejercicio gravable (utilidad antes de impuestos), lo que está muy por debajo de la utilidad/pérdida operativa en la estructura del estado de ganancias y pérdidas. En consecuencia, las utilidades se generan fuera de la cadena de lo que implica operación y mantenimiento propiamente dichos y se generan en marco de las ganancias obtenidas por la empresa luego de finalizado el ejercicio correspondiente y para que se origine el derecho a utilidades por parte de los trabajadores, se requiere que efectivamente la empresa haya concretado la obtención de ganancias; aspecto que difiere de la CTS, vacaciones, etc. los cuales si son derechos vinculados al proceso operativo.

Además de lo dispuesto en la legislación eléctrica, desde el punto de vista constitucional y legal, el sentido de la PTU es que la empresa comparta las utilidades o ganancias obtenidas con sus trabajadores debido a la participación decisiva que tienen éstos con su fuerza de trabajo en la generación de las mismas y no que dichas utilidades sean cargadas a los usuarios como si fueran parte de lo que ha costado brindarles el servicio, pues en esencia la obligación de pagar utilidades ha sido impuesta por el artículo 29 de la Constitución a las empresas y no a los usuarios.

En el Decreto Legislativo 892 solo se establece la forma en que debe implementarse dicho derecho. En consecuencia, en el ámbito del derecho constitucional y laboral es y será obligatorio que las empresas compartan sus utilidades con sus trabajadores; pero ello no significa que en el ámbito regulatorio del servicio público de electricidad, el desembolso que el cumplimiento del Artículo 29 de la Constitución y el Decreto legislativo 892 origine, sea asumido por el usuario del servicio público de electricidad pues la interpretación sistemática de la norma constitucional y legal, para efectos tarifarios, implica concordarla con los artículos 64 y 70 de la LCE y el artículo 150 del RLCE, exigen relaciones de causalidad directa al proceso operativo de la prestación del servicio que la PTU no tiene; lo que determina que la PTU no sea un componente del VAD y ello a su vez determina que no forme parte de los Estudios de Costos a que se refiere el artículo 67 de la LCE⁶ y por ende no pueda llegarse a una interpretación errada de este último Artículo, que cumplir con la norma laboral signifique que la PTU se incluya en el costo de operación y mantenimiento reconocido en el VAD, lo que para efectos prácticos significaría que la empresa no asuma la obligación que la Constitución le impone y que pagar la PTU pase a convertirse en una obligación de los usuarios del servicio.

De acuerdo a lo indicado, resulta evidente la legalidad del criterio adoptado por Osinergmin al excluir la PTU de los costos a considerar para la determinación del VAD, pues permitir

⁶ Por ello, los Términos de Referencia para la elaboración de Estudios de Costos del VAD, aprobados por la Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD, aplicables al presente proceso de fijación del VAD, en el numeral 6.1.7.1, penúltimo párrafo, conforme al marco legal aplicable, establece que las remuneraciones a utilizar serán totales, y no incluirán los eventuales ingresos por PTU.

que se incluya la PTU en el cálculo de la tarifa, permitiría que las empresas eludan la obligación constitucional que les impone el Artículo 29 de la Constitución, pues al final, quienes asumirían el pago de dicha PTU serían los usuarios de la empresa y no ella misma.

La mencionada interpretación jurídica se ve reforzada con el análisis técnico económico que efectuó Osinermin en el año 2013 en el Informe Técnico 054-2013-OEE⁷, citado en el informe 047-2018-GPAE; en ambos informes se desarrolla por qué la PTU no debe ser incorporada como un costo de la empresa modelo eficiente dado que no es compatible con el esquema regulatorio especificado en la LCE y su Reglamento. En consecuencia, la PTU podrá ser un gasto para efectos tributarios, pero no para efectos regulatorios de cálculo del VAD.

A ello se agrega el hecho que, desde el punto de vista técnico y económico la PTU se encuentra implícita en la Tasa de Actualización por lo que esa es una razón adicional para su no inclusión toda vez que no se puede pretender remunerar dos veces por un mismo concepto pues se infringiría los artículos 8 y 42 de la LCE que exige fijar tarifas con criterios de eficiencia.

Finalmente cabe indicar que los argumentos técnicos y económicos que sustentan la referida exclusión de la PTU, se encuentran en el Anexo 2 del Informe 503-2019-GRT que sustentó la Resolución 168, el cual incluye los Informes N° 047-2018-GPAE, N° 048-2018-GPAE, N° 053-2018-GPAE, N° 060-2018-GPAE y N° 062-2018-GPAE de la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE) de Osinermin.

Por lo expuesto, este extremo del petitorio debe declararse infundado.

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

- 5.1 De conformidad con el artículo 218.2 del TUO de la LPAG, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 30 días hábiles contados a partir de su interposición.
- 5.2 Teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración fue interpuesto el 08 de noviembre de 2019, y de acuerdo a lo señalado en el numeral 2.2 del presente informe, el plazo máximo para resolverlo vence el día 20 de diciembre de 2019.
- 5.3 Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osinermin, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 del TUO de la LPAG y la normativa aplicable.

6) Conclusiones

- 6.1 Por las razones señaladas en el numeral 2) del presente Informe el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Hidrandina S.A. contra la Resolución N°

⁷ El Informe Técnico 054-2013 –OEE/OS (de la entonces Oficina de Estudios Económicos (OEE), denominada actualmente Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinermin (GPAE), de fecha 04 de octubre del 2013, formó parte del Informe Técnico 432-2013-GART que a su vez fue parte integrante de la Resolución Osinermin 203-2013-OS/CD mediante el cual se fijó el VAD en el año 2013.

168-2019-OS/CD, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.

- 6.2** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el literal a) del numeral 4.1 del presente Informe, esta Asesoría considera que respecto a los principios administrativos y normas citadas por la recurrente en su recurso impugnatorio, se concluye que no son materia de discusión y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo; y que sin embargo, los principios de verdad material y presunción de veracidad tienen una connotación particular para efectos regulatorios, en que los administrados son tanto las empresas concesionarias como los usuarios del servicio público de electricidad, y que ambos principios deben aplicarse dentro de los límites de la proporcionalidad y razonabilidad compatibles con la función regulatoria de modo que se interpreten de la formas en que mejor atienden al fin público al cual se dirigen.

El principio de verdad material no implica que, para establecer una tarifa deba reconocerse cualquier realidad de la empresa o algún costo ineficiente de la misma, sino que involucra recurrir a la información o fuente disponible que resulte más idónea y a la constatación de hechos en lo pertinente, considerando que la fijación de tarifas debe responder a criterios de eficiencia conforme a los artículos 8 y 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Asimismo, el principio de presunción de veracidad se aplica atendiendo a dichas normas, las cuales, conjuntamente con el artículo 64 de la Ley de Concesiones Eléctricas, determinan que para establecer la tarifa el regulador debe basarse en una empresa modelo eficiente, lo cual, en diversos aspectos, implica confrontar fuentes de información de modo que no siempre serán suficientes los datos declarados por la empresa.

- 6.3** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el literal b) del numeral 4.1 del presente Informe, respecto al tema de la prohibición de la reforma peyorativa o *reformatio in peius* al que hace referencia Hidrandina, esta Asesoría considera que dicha garantía es perfectamente aplicable en procesos judiciales penales y procedimientos administrativos sancionadores en los que el Estado ejerce su poder de sanción, pero que no resulta aplicable a la regulación tarifaria del servicio público de electricidad, ya que es función de Osinergmin fijar una tarifa conforme a los criterios de eficiencia previstos en el marco legal aplicable, que asegure la sostenibilidad de las inversiones y el respeto de los derechos de los usuarios, en virtud de lo cual los cargos y tarifas que se fijen podrán tener un mayor o menor valor como resultado del análisis que para dicho fin se efectúe.
- 6.4** De acuerdo a los argumentos esgrimidos en el numeral 4.2 del presente Informe, esta Asesoría considera que el extremo del petitorio sobre el tema de la PTU debe declararse infundado, atendiendo a que, la interpretación sistemática de la norma constitucional y legal, para efectos tarifarios, implica concordarla con los artículos 64 y 70 de la LCE y el artículo 150 del RLCE, los cuales exigen costos con relaciones de causalidad directa al proceso operativo de la prestación del servicio que la PTU no tiene. Además de lo dispuesto en la legislación eléctrica, desde el punto de vista constitucional y legal el sentido de la PTU es que la empresa comparta las utilidades o ganancias obtenidas con sus trabajadores debido a la participación decisiva que tienen éstos con su fuerza de trabajo en la generación de las mismas y no que dichas utilidades sean cargadas a los usuarios como si fueran parte de lo que ha costado brindarles el servicio, pues en esencia la obligación de pagar utilidades ha sido

impuesta por el artículo 29 de la Constitución a las empresas y no a los usuarios. A ello se agrega el hecho que, desde el punto de vista técnico y económico la PTU se encuentra implícita en la Tasa de Actualización por lo que esa es una razón adicional para su no inclusión como costo operativo toda vez que no se puede pretender remunerar dos veces por un mismo concepto pues se infringiría los artículos 8 y 42 de la LCE que exige fijar tarifas con criterios de eficiencia.

6.5 Debido a la naturaleza técnica de los demás extremos del petitorio y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica su análisis, atendiendo los fundamentos contenidos en el presente informe. Cabe indicar que, en cada uno de los extremos del petitorio, Hidrandina S.A. alude en su recurso a principios administrativos supuestamente vulnerados en la resolución impugnada. Sobre el particular, dado que la mayoría de ellos se refieren a cuestionamientos de datos y aspectos estrictamente técnicos, corresponde que en esencia el área técnica refute lo que alega la empresa en cada uno de los puntos impugnados (por qué se ha descartado los datos presentados por la empresa, fuentes utilizadas para la fijación, etc.), a fin de evidenciar que se han respetado dichos principios y que el recurso debe declararse infundado, o en caso contrario, el recurso sea declarado fundado o fundado en parte y se proceda a las correcciones pertinentes.

6.6 El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 20 de diciembre de 2019.



María del Rosario Castillo Silva
Asesora Legal
Gerencia de Regulación de Tarifas



María Jacqueline Améz Díaz
Especialista Legal Senior
Gerencia de Regulación de Tarifas