

Informe N° 0058-2018-GRT

**Gerencia de Regulación de Tarifas
División de Distribución Eléctrica**

**Resolución del Recurso de Reconsideración
interpuesto por Enel Distribución Perú contra la
Resolución Osinergmin N° 225-2017-OS/CD**

Expediente N° 0597-2016-GRT

Febrero 2018

Resolución del Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú contra la Resolución Osinergmin N° 225-2017-OS/CD

1. Objetivo

Analizar y resolver los aspectos técnicos del Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú contra la Resolución Osinergmin N° 225-2017-OS/CD (Resolución 225), que aprobó los Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución (VAD) (Términos VAD), de los periodos de fijación del VAD 2018-2022 y 2019-2023.

2. Petitorio

De acuerdo con el recurso de reconsideración, Enel Distribución Perú solicita que se declare la nulidad y vía integración revoque la Resolución 225, disponiendo i) la inclusión en los Términos VAD del pago de la Participación de los Trabajadores en las Utilidades (PTU), como concepto a ser considerado en los costos de operación y mantenimiento, y ii) la eliminación de la funcionalidad de alerta de ausencia de tensión como requisito mínimo para los medidores inteligentes.

3. Sustento del Petitorio

La síntesis de los sustentos técnicos del petitorio del recurso de reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú es la siguiente:

3.1 Participación de los Trabajadores en las Utilidades (PTU)

En el numeral 3.3, párrafos 68 al 82, Enel Distribución Perú señala lo siguiente:

3.1.1 En el modelo de empresa eficiente está reconocido que las empresas recibirán una rentabilidad entre 8% y 16%. Además, según norma legal del Ministerio de Energía y Minas, la Tasa Interna de Retorno (TIR) debe ser 12 %. Si las empresas no obtienen dicha TIR el VAD se ajusta para que así sea.

La decisión de no incluir la PTU en el VAD afecta directamente la rentabilidad de 12%, reduciéndose proporcionalmente en función del monto de la PTU, incumpléndose con el mandato legal.

Lo anterior determina el carácter confiscatorio de la medida adoptada por Osinergmin, lo que fuerza a la empresa y sus accionistas a sufrir un menor recupero de los costos incurridos. La empresa verá reducido el pago de su capital y no podrá recuperar su costo de oportunidad. En la siguiente fijación se subestimarán los costos de explotación de la empresa modelo e, indirectamente, expropiará parte de la rentabilidad de la empresa, en forma permanente y definitiva.

3.1.2 El marco legal establece, expresamente, la obligación de Osinergmin de incluir dentro de los costos de la empresa modelo eficiente todos los beneficios sociales sin exclusión de la PTU (literal b) del artículo 150 del Reglamento de la LCE). Además, la actuación de Osinergmin durante sucesivos procedimientos de fijación fue consistente con el marco legal pues incluyó la PTU dentro de los costos a ser reconocidos en el VAD.

3.2 Funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión

En el capítulo IV, párrafos 83 al 103, Enel Distribución Perú señala lo siguiente:

- 3.2.1 En el numeral 7.2 de los Términos VAD, se entiende como funcionalidad obligatoria la “Alerta de Ausencia de Tensión” para los medidores inteligentes, lo cual genera costos innecesarios que no guardan proporcionalidad con la finalidad de implementar un plan de reemplazo gradual a sistemas de medición inteligente.

Lo mencionado implica implementar en el medidor la comunicación Radio Frecuencia (RF), que para los sistemas de medición Power Line Communication (PLC) exige implementar dos canales de comunicación. Ello supone un incremento de los costos innecesario, entre 10 a 15 US\$ por medidor, de 14 a 21 millones US\$ en el hardware del medidor y por el uso de la señal RF en la banda 136-170 MHz de 567 millones S/. Asimismo, se imposibilita la adquisición en el mercado de medidores con comunicación PLC, contradiciéndose el principio de eficiencia.

Con esta exigencia, se vulnera el principio de razonabilidad que imposibilita la implementación de medidores inteligentes. Además, es innecesaria para los fines que se busca en la mejora del SAIDI.

Cabe indicar que la automatización de la red de media tensión y la función de ausencia de tensión en el concentrador de baja tensión tienen una participación de 90% en el SAIDI.

Por lo indicado, siendo la funcionalidad de “Alerta de Ausencia de Tensión” una exigencia que vulnera el principio de proporcionalidad, debe excluirse de los Términos VAD.

En el Anexo N° 1 del presente informe, se incluye el recurso de reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú.

4. Análisis y Resolución de Osinergmin

4.1 Participación de los Trabajadores en las Utilidades (PTU)

- 4.1.1 El artículo 8 de la LCE establece un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, como el caso de la prestación del servicio de distribución eléctrica, reconociéndose costos de eficiencia. En ese sentido, los costos estándares de inversión, operación y mantenimiento, a que se refiere el artículo 64 de la LCE, considera costos de eficiencia. Ello es concordante con lo dispuesto por el artículo 67 de la LCE, el cual dispone que Osinergmin deberá realizar la evaluación de los estudios de costos considerando criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país.

Conforme al artículo 65 de la LCE, el costo de inversión será la anualidad del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) del sistema económicamente adaptado, considerando su vida útil y la tasa de actualización establecida por el artículo 79 de la LCE.

El procedimiento de fijación del VAD comprende su validación a través de la verificación de la rentabilidad prevista en los artículos 70 y 71 de la LCE, los cuales disponen que, si la TIR no difiere en más de cuatro puntos porcentuales de la tasa de actualización establecida en el artículo 79 de la LCE, es decir, en el rango de 8% a 16%, el VAD que le da origen será definitivo.

En ese sentido, no es correcta la afirmación de la empresa al señalar que el VAD se ajusta para que la empresa obtenga una TIR de 12%.

La PTU se obtiene de los resultados de la empresa, en una etapa posterior a la etapa donde se sitúa la evaluación del VAD. Dichos resultados son producto de detraer los costos de los ingresos.

En la empresa modelo, en condiciones de operación normal, los ingresos asociados a la distribución, se obtienen a partir del producto del VAD por la demanda, siendo el resultado igual a la suma de los costos estándares de inversión y los costos estándares de operación y mantenimiento. Si de los ingresos se detraen la amortización del capital y los costos estándares de operación y mantenimiento, el resultado es igual a la remuneración o costo del capital que se constituye en las utilidades, de las cuales se paga la PTU.

El costo de capital se obtiene a partir de la tasa de actualización prevista en el artículo 79 de la LCE y la vida útil de las instalaciones. Por ello, la PTU está implícita en el costo del capital, resultando de la tasa de actualización.

Del análisis regulatorio y económico, al estar la PTU implícita en el costo de capital o la tasa de actualización, incorporar la PTU como parte de los costos estándares de operación y mantenimiento, significaría una redundancia en el reconocimiento de los costos, lo cual impactaría también en la viabilidad de la aplicación del criterio de la empresa modelo, tal como a continuación se demuestra:

La determinación del VAD, de acuerdo con el artículo 64 de la LCE, debe basarse en una empresa modelo eficiente, este concepto previsto en la LCE fue adoptado del modelo de regulación chileno, uno de los pocos países que utiliza dicho criterio para la regulación de los monopolios naturales.

El criterio de la empresa modelo busca “emular la competencia”¹, ya que su intención es que las tarifas sean iguales al costo medio de largo plazo de una empresa eficiente. Esto les permite a las empresas reguladas obtener una rentabilidad normal sobre su capital, tal como ocurriría si la empresa fuese competitiva.

Para entender cómo se fijan las tarifas con el concepto de la empresa modelo, basta ver un ejemplo simple de una empresa monopólica que necesita invertir un monto K en capital físico para proveer q unidades demandadas por los usuarios y gasta c por cada unidad producida. La vida útil del capital es T años al cabo de los cuales su valor remanente es igual a cero. Si el costo de capital² de la industria donde se desenvuelve la empresa es r y la tarifa fijada por el organismo regulador es p, entonces el valor presente neto de las utilidades que tendría la empresa es:

$$\sum_{t=0}^T \frac{q(p-c)}{(1+r)^t} - K \quad (1)$$

¹ El criterio de la regulación por empresa modelo eficiente citado se puede ver en: REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: ¿HACIA DÓNDE DEBEMOS IR?, Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza (https://cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304092902/rev85_agaletovic_regulacion.pdf).

² El Costo de Capital se denomina también como Tasa de Descuento o Tasa de Actualización y en el caso específico de la distribución eléctrica en el Perú, este valor corresponde a 12% (real anual) tal como lo define el artículo 79 de la LCE.

Siendo que la intención de la regulación es que la rentabilidad del capital sea “normal”, esto se logra si:

$$\sum_{t=0}^T \frac{q(p-c)}{(1+r)^t} - K = 0 \quad (2)$$

Es decir, el valor presente de los flujos descontados (o actualizados) a la tasa del costo de capital de la industria donde se desenvuelve la empresa es igual al costo de inversión inicial.

El regulador al determinar el precio regulado p , lo hace a partir de la siguiente ecuación que se deriva de la fórmula (2):

$$p = c + \frac{K}{qR} \quad (3)$$

Donde: $R = \sum_{t=0}^T \frac{1}{(1+r)^t}$

Nótese que esta determinación de tarifas a partir de la fórmula (2), parte de una situación de equilibrio, haciendo que el valor presente neto de las utilidades de la empresa debe ser igual a cero³.

En un esquema como el anteriormente señalado, no debe existir ligazón entre los costos considerados y las utilidades determinadas en el cálculo, porque de lo contrario ambos conceptos se retroalimentarían cayendo en un círculo vicioso y perverso, donde mayores costos por participación de utilidades llevarían a incrementos de tarifas y dichos incrementos tarifarios luego generarían mayores utilidades, impactando a su vez en mayores costos por utilidades, luego en incrementos tarifarios, etc., tornando finalmente en impracticable la utilización del modelo, lo cual se muestra en la siguiente formulación matemática:

$$\begin{aligned} p_0 &= c_0 + \frac{K}{qR} \\ c_1 &= c_0 + PTU_0 \\ p_1 &= c_1 + \frac{K}{qR} = c_0 + PTU_0 + \frac{K}{qR} \\ c_2 &= c_1 + PTU_1 = c_0 + PTU_0 + PTU_1 \\ p_2 &= c_2 + \frac{K}{qR} = c_0 + PTU_0 + PTU_1 + \frac{K}{qR} \\ &\dots \\ c_n &= c_{n-1} + PTU_{n-1} = c_0 + PTU_0 + PTU_1 + \dots + PTU_{n-1} \\ p_n &= c_n + \frac{K}{qR} = c_0 + PTU_0 + PTU_1 + \dots + PTU_{n-1} + \frac{K}{qR} \end{aligned}$$

Para no caer en este círculo vicioso, el esquema regulatorio señala que los costos utilizados para calcular las tarifas, deben ser los costos de operación e inversión de una empresa

³ El sustento hasta este punto se puede ver en la publicación de Galetovic y Sanhueza, antes citada.

“eficiente” o “modelo” y no de la empresa real, entendiéndose que dichos costos deben ser los evaluados hasta antes de impuestos (antes de las utilidades), de lo contrario se cae en el riesgo de retroalimentación antes señalado.

Los requerimientos de rentabilidad y los gastos originados a partir de las utilidades de la empresa modelo, están considerados en el costo de capital o tasa de actualización que se utiliza en la determinación de las tarifas, esta tasa que se define como una tasa justa y razonable, considera los riesgos de la actividad en que se desenvuelve la empresa modelo y permite cubrir los requerimientos de los agentes de interés (Inversionistas, Trabajadores, Estado) a partir de las utilidades. En este sentido, dichas utilidades se asignan a los inversionistas como dividendos (por acciones comunes o acciones preferentes), a los trabajadores como participaciones y al Estado como Impuesto a la Renta. Por lo tanto, dichos requerimientos de rentabilidad, están considerados dentro del costo de capital, establecido en el artículo 79 de la LCE.

Desde otra perspectiva, a través del análisis económico y financiero de una inversión o empresa, se llega también a la conclusión de que la PTU debe ser considerada en el costo de capital y no en los costos de operación y mantenimiento considerados en la evaluación de la TIR, debido a que, para determinar la rentabilidad de una inversión o proyecto, se debe llegar a la siguiente relación:

$$TIR \geq \text{Costo de Capital}$$

En la relación mostrada y tomando como base el equilibrio de los inversionistas, se entiende que el Costo de Capital representa el costo de los fondos provistos por dichos accionistas (Costo del Capital Propio o Equity), el cual se paga con los dividendos obtenidos a partir de las utilidades de la empresa (al igual que la PTU). Por lo tanto, si de dichas utilidades se reserva legalmente un determinado porcentaje para ser entregado a los trabajadores de la empresa como participación obligatoria (PTU), lo lógico es que se preserve el equilibrio del inversionista, multiplicando por el factor $1/(1-\text{porcentaje de la PTU})$ el Costo del Capital Propio o Equity, para dar lugar a un nuevo requerimiento de Capital Propio o Equity, que tome en consideración el reconocimiento de la PTU, tal como muestra la siguiente relación, para el caso del PTU igual a 5%.

$$\text{Costo de Capital con PTU} = \text{Costo de Capital sin PTU} \times \frac{1}{1 - 0,05}$$

La forma de reconocimiento de la PTU anteriormente mostrada, es la única que llega al justo reconocimiento del PTU (como un porcentaje determinado), ya que si dicha participación se agrega como un valor dentro del flujo de fondos sobre el cual se determina posteriormente la TIR, se produce un círculo vicioso y perverso, donde la PTU como costo de un periodo llevaría al incremento de la TIR y de tarifas, por lo tanto en el siguiente periodo se tendrían mayores utilidades, las que a su vez elevarían el valor de la PTU, impactando en mayores tarifas, utilidades y valor de la PTU, y así sucesivamente, de los siguientes periodos; rompiéndose así el equilibrio de remuneración a los inversionistas, quienes pasarían a tener ingresos imprevistos e injustificados, a costa de las tarifas que pagarían los usuarios, en este caso, del servicio público de electricidad.

En ese sentido, desde el punto de vista regulatorio, económico y financiero, la PTU forma parte de la rentabilidad de la empresa modelo y no son inherentes a la operación de dicha empresa, lo contrario, originaría una distorsión del concepto de la empresa modelo y su inaplicabilidad.

En ese sentido, no se incumple el mandato legal y no se configura una expropiación de la rentabilidad de la empresa, ya que la PTU está implícita en la tasa de actualización y su reconocimiento en los costos estándar de operación y mantenimiento, implicaría doble reconocimiento.

Mayores elementos de juicio sobre el análisis expuesto, se encuentran en los Informes Técnicos N° 029-2013-OEE/OS, N° 054-2013-OEE/OS y N° 067-2013-OEE/OS, elaborados sobre el tema de la exclusión de la PTU para el procedimiento de fijación del VAD del año 2013. Dichos informes se incluyen en el Anexo N° 2 del presente informe.

- 4.1.2 Tal como se indicó, la PTU no forma parte de los costos estándares de operación y mantenimiento del VAD. Debe mencionarse que el artículo 150 del Reglamento de la LCE, establece que los costos deben guardar una relación de causalidad directa con la prestación del servicio. La PTU no guarda dicha relación, ya que esta se obtiene de los resultados de la empresa, siendo estos el producto de restar los costos de los ingresos, es decir, en una etapa posterior a la etapa operativa de la prestación del servicio de distribución eléctrica.

Respecto a que Osinergmin incluyó la PTU en sucesivos procedimientos de fijación, debe señalarse que la posición del regulador sobre el tema, desde las primeras regulaciones del VAD, fue que la PTU no forma parte de los costos estándares de operación y mantenimiento del VAD, tal como se comprueba a través de la Resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas N° 027-97 P/CTE, mediante la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por Luz del Sur contra la Resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas N° 023-97 P/CTE, que fijó el VAD para el periodo 1997-2001. Asimismo, en el año 2013, tal como consta en el Numeral 3 del Informe N° 0432-2013-GART, sustento de la Resolución Osinergmin N° 203-2013-OS/CD, que fijó el VAD del periodo 2013-2017, tampoco se consideró a la PTU como parte de los costos estándares de operación y mantenimiento del VAD. La inclusión de la PTU efectuada en algunos de los sectores de distribución típicos, de los otros procedimientos de fijación del VAD, no se constituye, en este caso, precedente de la actuación de Osinergmin, toda vez que no existió en ninguno de los sectores de distribución típicos, un análisis y reconocimiento expreso de la PTU como parte de los costos estándares de operación y mantenimiento.

Por lo mencionado, tomando en consideración el análisis regulatorio, económico y financiero expuesto, este extremo del recurso de Enel Distribución Perú debe declararse infundado.

4.2 Funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión

- 4.2.1 Las características y funcionalidades mínimas de los medidores inteligentes están dentro del contexto del plan de reemplazo gradual a sistemas de medición inteligente, que considera una primera etapa de evaluación de dichos sistemas a través de proyectos piloto.

Esta etapa considera la evaluación de los costos, el mercado objetivo, el esquema del sistema, las características de los equipos, concentradores y sistemas de comunicación, el programa de ejecución, etc. Con ello se determinarán los costos de los diferentes sistemas de medición inteligente y, en especial, los beneficios para los usuarios.

En ese sentido, las características y funcionalidades mínimas de los medidores inteligentes que se implementen en el plan de reemplazo gradual, se definirán luego de la evaluación de los resultados de los proyectos piloto. Por ello, estos proyectos piloto deben considerar la amplia gama de posibilidades de los sistemas de medición inteligente y medidores inteligentes con diferentes características y funciones. En ese sentido, no se puede descartar a priori alguna funcionalidad como la alerta de ausencia de tensión de los medidores inteligentes.

Sin perjuicio de lo indicado, debe señalarse que los sistemas de medición inteligente buscan, en principio, la gestión automática de las instalaciones eléctricas, modificando la forma de gestión convencional de dichas instalaciones, teniendo en cuenta los costos y beneficios de dichos sistemas.

En el Perú, la evaluación de los sistemas de medición inteligente recién empieza. Por ello, se debe aprovechar todos los atributos técnicos que tienen los sistemas y equipos a la fecha. La experiencia con medidores inteligentes instalados, en otros países, servirá para la evaluación de los sistemas de medición inteligente, así como, el desarrollo actual de la tecnología de medición, donde los medidores inteligentes tienen, entre otros atributos, la posibilidad de obtener la información de “Alerta de Ausencia de Tensión”, así como adaptarse a diferentes sistemas de comunicación. Sin embargo, se requiere profundizar el análisis de los costos y beneficios de forma integral, lo cual está previsto en los proyectos piloto.

Por lo mencionado, este extremo del recurso de Enel Distribución Perú debe declararse infundado.

5. Conclusiones

De acuerdo con el análisis del punto 4, el recurso de reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú contra la Resolución 225, debe declararse infundado.

Lima, 02 de febrero de 2018.

[Igrajeda]

Anexo N° 1

**Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel
Distribución Perú contra la Resolución
Osinergmin N° 225-2017-OS/CD**

PRES	X	OSINERGMIN REGIONAL LIMA RECIBIDO 22 DIC. 2017	GSM
GG			GRT
DSGN			JARU
DSHL			DSR
DSE			OTROS
201700220251 1:46 p.m. REGISTRO HORA			
LA RECEPCIÓN DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD			

Sumilla : Recurso de reconsideración
Referencia : Resolución de Consejo Directivo No. 225-2017-OS/CD

AL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN:

ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A. (en adelante, ENEL), con RUC No. 20269985900 (**Anexo 1-A**), con domicilio real en Jirón César López Rojas No. 201 Urbanización Maranga, Distrito de San Miguel, Departamento y Provincia de Lima, debidamente representada por Joel Sandro Ivanor Príncipe, identificado con DNI No. 45006601 (**Anexo 1**), según facultades de representación inscritas en la Partida No. 11008737 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima (**Anexo 2**), atentamente decimos:

Que, el 30 de noviembre de 2017, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) publicó en el Diario Oficial "El Peruano", la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD del 27 de noviembre de 2017 y publicada el 30 de noviembre de 2017, que aprobó los Términos de Referencia (en adelante, TdR) para el cálculo de costos del Valor Agregado de Distribución (en adelante, VAD), en base a los cuales los consultores contratados por las empresas concesionarias de distribución deberán elaborar los Estudios de Costos del VAD.

Dentro del plazo de ley formulamos **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** contra la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, de conformidad con los artículos 118, 215, 216 y 217 del Decreto Supremo 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), a fin de que el Consejo Directivo de OSINERGMIN declare su **NULIDAD** y **VÍA INTEGRACIÓN** la **REVOQUE**, disponiendo (i) la inclusión en los TdR del pago de la participación de los trabajadores en la utilidades (en adelante, PTU) como concepto a ser considerado en los costos de operación y mantenimiento; y, (ii) la eliminación de la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión como requisito mínimo para los medidores inteligentes, prevista en el numeral 7.2 de los TdR.

Como se verá más adelante, la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD contraviene lo establecido en el artículo 67 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE) en tanto excluye el pago de la PTU del estudio de costos a ser reconocidos a través del VAD, cuando el referido artículo señala expresamente que el VAD debe ser calculado teniendo en consideración el cumplimiento de las normas laborales por la empresa concesionaria de distribución, y el pago de la PTU responde precisamente a lo establecido en normas laborales. Esta situación ocasiona una vulneración a los Principios de Legalidad y Razonabilidad, dado que OSINERGMIN aprobó los TdR fuera del marco de las competencias atribuidas por la norma habilitante, imponiendo restricciones que no se condicen con la finalidad de la LCE.

OSINERGMIN Gerencia de Regulación de Tarifas RECIBIDO HORA 11:11 26 DIC 2017 011802-2017-000597-2016 TRAMITE EXPEDIENTE LA RECEPCIÓN DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD	
--	--

Además, la exclusión de la PTU del estudio de costos que debe elaborarse en función de los TdR afecta el derecho de defensa y debido procedimiento de ENEL, reconocido por la LPAG y la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución). En efecto, al haberse eliminado en los TdR la evaluación del pago de la PTU, se está imposibilitando materialmente que ENEL plantee siquiera la pertinencia de incluir dicho concepto dentro de los costos a ser reconocidos a través de la fijación del VAD, lo que al final priva a ENEL de la oportunidad de sustentar y de ser el caso lograr que se le remunere por un costo en el que incurre en estricto y directo cumplimiento de un mandato legal.

La exclusión de la PTU determinada en los TdR también afecta nuestro derecho constitucional de propiedad, en la medida que elimina de forma absoluta la posibilidad de que este concepto pueda ser un costo reconocido en el VAD, y por lo tanto, que pueda ser recuperado por nuestra empresa a través de la regulación tarifaria. Lo anterior trae como consecuencia que la siguiente fijación del VAD necesariamente subestimarán los costos de explotación de la empresa modelo eficiente e, indirectamente, expropiará parte de la rentabilidad de ENEL. De acuerdo con ello, se trata de una decisión que constituye una expropiación regulatoria que contraviene la protección al derecho de propiedad recogida en el artículo 70 de la Constitución.

Finalmente, la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD ha aprobado dentro de las funcionalidades mínimas que deben tener los medidores inteligentes aquella denominada “Alerta de Ausencia de tensión”, pese a que esta función incrementa significativamente la inversión del proyecto, y su aporte es irrelevante en comparación con las demás funcionalidades del sistema de gestión de la medición en su conjunto. Esta exigencia vulnera el Principio de Proporcionalidad contenido en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

A continuación exponemos los argumentos de hecho y de derecho que sustentan nuestra posición:

I. CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

1. De acuerdo con el artículo 118 de la LPAG, los administrados pueden ejercer el derecho de contradicción frente a actos que afectan, desconocen o lesionan un derecho o un interés legítimo¹. En mérito a ello, el artículo 215 de la norma precisa los alcances de los actos que pueden ser objeto del derecho de contradicción, señalando que *“son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.”*²

¹ Artículo 118.- Facultad de contradicción administrativa

118.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.

118.2 Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado. El interés puede ser material o moral.

118.3 La recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo.

² Artículo 215. Facultad de contradicción

2. La Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD constituye un acto administrativo definitivo en tanto emite un pronunciamiento de fondo que pone fin al procedimiento de aprobación de los TdR (procedimiento independiente al de fijación tarifaria del VAD), regulado en el artículo 67 de la LCE³. Un desarrollo mayor sobre este punto se encuentra en el Informe Legal que se adjunta al presente recurso.
3. Sin perjuicio de ello, incluso si se considerase que la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD fuera un acto de trámite dentro del procedimiento de regulación tarifaria –regulado por la Resolución de Consejo Directivo 080-2012-OS-CD–, dicho acto de trámite también sería recurrible, en tanto que genera indefensión a ENEL.
4. En efecto, al tratarse de un acto administrativo que excluye ex profesamente la PTU de los estudios de costos de las empresas distribuidoras que serán realizados por los consultores, se elimina de facto el derecho de ENEL de discutir -como lo ha hecho en los procedimientos previos de fijación del VAD- la incorporación o exclusión de este concepto dentro de los valores a reconocer a través de las tarifas que se fijen en el procedimiento del VAD. Esta situación genera indefensión en las distribuidoras pues limita su derecho de defensa y contradicción, en lo referido a la PTU dentro del procedimiento de fijación de tarifas⁴.

215.1 Conforme a lo señalado en el artículo 118, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.

215.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

215.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

215.4 Cabe la acumulación de pretensiones impugnatorias en forma subsidiaria, cuando en las instancias anteriores se haya analizado los hechos y/o fundamentos en que se sustenta la referida pretensión subsidiaria.

³ Artículo 67.- Los componentes señalados en el artículo 64, se calculan para cada empresa concesionaria de distribución con más de cincuenta mil usuarios y para el resto de concesionarios de distribución conforme se señala en el artículo precedente, mediante estudios de costos presentados por los concesionarios de distribución, de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por OSINERGMIN. Dichos Términos de Referencia deben ser publicados para recibir comentarios u opiniones de los interesados por un plazo de hasta cuarenta y cinco días hábiles, debiendo ser aprobados a los noventa días hábiles desde su publicación, acompañándose la matriz de comentarios recibidos y la evaluación de cada uno de los mismos.

OSINERGMIN deberá realizar la evaluación de los estudios de costos considerando criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, **considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales**, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras.

OSINERGMIN puede modificar sólo aquellos aspectos de los estudios de costos presentados que habiendo sido oportunamente observadas no hubiesen sido absueltos por concesionarios de distribución. Para ello acompañará el sustento de la evaluación a cada una de las observaciones realizadas.

⁴ Inclusive, se puede plantear que aún de considerarse que la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD es de trámite, la misma también impide la continuación de la discusión sobre la incorporación de la PTU como costo a ser reconocido en el procedimiento de fijación de tarifas. Ello debido a que la resolución que fije las tarifas de distribución no abordará la cuestión sobre el reconocimiento o no de la PTU, con lo que se frustraría la posibilidad de que se emita una decisión definitiva sobre este extremo. Así, la resolución del OSINERGMIN determina que ENEL no tenga en forma alguna la posibilidad de solicitar el reconocimiento de la PTU dentro del procedimiento de fijación del VAD, a pesar de considerar que es un costo que cumple con todos los requisitos establecidos por el marco legal para ser incluido en dicha fijación tarifaria.

5. Lo mismo ocurre en el extremo de la inclusión de la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión previsto en el numeral 7.2 de los TdR, en tanto esta funcionalidad quedará como definitiva en los estudios de costos y su retiro ya no podrá ser cuestionado en el proceso de fijación del VAD.
6. De otro lado, la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD afecta el derecho subjetivo que el artículo 67 de la LCE asigna a ENEL, en su calidad de empresa distribuidora, al disponerse que la evaluación de costos tome en consideración el cumplimiento de las normas laborales, entre otras.
7. Al respecto, la modificación de la LCE introducida por el DL 1221 parecería tener como finalidad establecer un procedimiento más transparente y garantista para la elaboración de los TdR y los estudios de costos, garantizando la participación de las empresas distribuidoras en su diseño y que el OSINERGMIN realizará la evaluación de los mismos en estricto cumplimiento del marco legal. Lamentablemente, esta finalidad no se está cumpliendo pues OSINERGMIN ha excluido un aspecto no permitido por la LCE como es el cumplimiento de las normas laborales por las empresas distribuidoras. En particular ha excluido de los TdR un concepto laboral reconocido en la Constitución y el Decreto Legislativo 892 como es el pago de la PTU.
8. Adicionalmente, se afecta un interés legítimo de ENEL, pues se ha eliminado la PTU de los TdR (y se ha incluido la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión), sin que ello pueda ser evaluado y mucho menos cuestionado en el procedimiento de fijación de tarifas, lo que priva a ENEL de la oportunidad de sustentar y discutir su reconocimiento como parte de los costos del VAD. Si bien OSINERGMIN cuenta con las prerrogativas para merituar los argumentos presentados por las partes en los procedimientos de regulación tarifaria y decidir en base a ellos, constituye una vulneración al derecho de contradicción y genera una situación de indefensión que se restrinja a las empresas distribuidoras el derecho de plantear siquiera esta discusión en sede administrativa, que se hace aún más latente si se considera que lo que se discute es el reconocimiento de costos efectivamente incurridos por la empresa bajo una expectativa legítima de recuperación.
9. Se trata de un interés personal, pues la afectación al derecho de defensa y reconocimiento de costos sólo repercute en las empresas distribuidoras cuyos consultores se verán obligados a aplicar los TdR. Asimismo, se trata de un interés actual y probado en tanto la repercusión es inmediata en la esfera de ENEL, pues nuestra empresa ya se encuentra en la obligación de contratar a un consultor que realice el estudio de costo excluyendo el pago de la PTU (e incluyendo la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión).
10. Siendo que la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD constituye un acto administrativo que afecta los derechos subjetivos e intereses legítimos de ENEL y que además causa indefensión, se cumplen los presupuestos establecidos en la LPAG para la interposición de un recurso de reconsideración. Para mayor detalle sobre el cumplimiento de tales requisitos, nos remitimos a lo

señalado en el Informe Legal de fecha 19 de diciembre de 2017 (**Anexo 1-D**), que forma parte integrante del presente recurso.

II. ANTECEDENTES

11. En noviembre del año 1992 se publicó la LCE, que, entre otros aspectos, estableció reglas para la fijación de tarifas máximas de distribución eléctrica a usuarios regulados. Sobre el particular, la norma dispuso que para efectuar el referido cálculo, se debía tomar en consideración el concepto “Valor Agregado de Distribución” (VAD), que comprendía los siguientes componentes: (i) Costos asociados al usuario, independientes de su demanda de potencia y energía; (ii) Pérdidas estándares de distribución en potencia y energía; y, (iii) Costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada.

Respecto a éste último componente, el artículo 64° de la LCE señala que el VAD se basa en una empresa modelo eficiente. La metodología de empresa eficiente consiste en utilizar un modelo de negocio (empresa ficticia) para determinar las tarifas de los servicios según los costos que tendría una empresa eficiente operando en el sector, teniendo en cuenta tanto las inversiones eficientes como la gestión (operación y mantenimiento) que resulte respecto de dichas inversiones.

12. En setiembre de 2015 se publicó el Decreto Legislativo 1221 (en adelante, el DL 1221), que modificó algunas disposiciones de la LCE. En lo referido al cálculo del VAD, el DL 1221 estableció que adicionalmente a los conceptos señalados en la LCE, se considere un cargo asociado a la innovación tecnológica de los sistemas de distribución⁵. Asimismo, estableció un procedimiento para la elaboración y aprobación de los TdR y dispuso que los mismos sean observados para realizar la evaluación de los estudios de costos.
13. La modificación introducida por el DL 1221 dispuso expresamente que para la evaluación de los referidos estudios de costos se tome en cuenta el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, haciendo énfasis en las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras. Asimismo, la modificación dispuso que los TdR sean publicados y puestos en conocimiento de los interesados, a fin que manifiesten su posición al respecto⁶.

⁵ Ver artículo 1 del DL 1221 que modifica el artículo 64 de la LCE.

⁶ Artículo 67.- Los componentes señalados en el artículo 64, se calculan para cada empresa concesionaria de distribución con más de cincuenta mil usuarios y para el resto de concesionarios de distribución conforme se señala en el artículo precedente, mediante estudios de costos presentados por los concesionarios de distribución, de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por OSINERGMIN. Dichos Términos de Referencia deben ser publicados para recibir comentarios u opiniones de los interesados por un plazo de hasta cuarenta y cinco días hábiles, debiendo ser aprobados a los noventa días hábiles desde su publicación, acompañándose la matriz de comentarios recibidos y la evaluación de cada uno de los mismos.

OSINERGMIN deberá realizar la evaluación de los estudios de costos considerando criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras.

OSINERGMIN puede modificar sólo aquellos aspectos de los estudios de costos presentados que habiendo sido oportunamente observadas no hubiesen sido absueltos por concesionarios de distribución. Para ello acompañará el sustento de la evaluación a cada una de las observaciones realizadas

14. Mediante Resolución de Consejo Directivo 168-2017-OS/CD del 24 de julio de 2017, OSINERGMIN publicó el Proyecto de TdR para la elaboración del Estudio de Costos del VAD 2018-2022 y 2019-2023. Dentro de los términos propuestos, el regulador excluyó el pago de la PTU como concepto a ser considerado en los costos de operación y mantenimiento. Este proyecto fue comentado por ENEL a efectos de que se restituya el mencionado concepto, en aplicación del artículo 67 de la LCE.
15. El 30 de noviembre de 2017, OSINERGMIN publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD del 27 de noviembre de 2017, que aprobó los TdR que deberán seguir las empresas y los evaluadores para la elaboración del Estudio de Costos del VAD. La resolución dispuso la exclusión de la PTU para efectos del cálculo de los costos de operación y mantenimiento.
16. La sección 6.1.7 denominada “Optimización de los costos de operación y mantenimiento técnico” señala lo siguiente:

“Las remuneraciones a utilizar serán totales, y no incluirán los eventuales ingresos por repartos de utilidades a los trabajadores.”
17. Sobre este punto, el Informe Técnico 578-2017-GRT y el Informe Legal 580-2017-GRT, que sustentaron la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, se remitieron a los fundamentos expuestos en los Informes 430-2013-GART y 432-2013 GART, que sustentaron la fijación del VAD del año 2013, aprobada mediante Resolución OSINERGMIN N° 203-2013-OS/CD. En particular, señalaron que no correspondía que la PTU sea reconocida como un costo de operación y mantenimiento dado que no guardaría relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución eléctrica.
18. De otro lado, la sección 7.2 de los TdR incluye la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión como requisito mínimo para los medidores inteligentes.

III. SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LA PTU

3.1 VULNERACIÓN A LA LCE Y LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD

A) Las competencias de OSINERGMIN respecto de la aprobación de los TdR

19. El artículo 67 de la LCE faculta a OSINERGMIN para aprobar los TdR que serán utilizados en la evaluación de costos del VAD, así como para realizar la evaluación de los estudios de costos desarrollados en base a los TdR. No obstante, esta facultad no es discrecional, sino que la misma norma impone los alcances y límites que el regulador deberá tomar en consideración para la aprobación de los referidos términos de referencia y la evaluación de los estudios de costos. El texto del artículo 67 es el siguiente:

“Artículo 67.- Los componentes señalados en el artículo 64, se calculan para cada empresa concesionaria de distribución con más de cincuenta mil usuarios y para el resto de concesionarios de distribución conforme se señala en el artículo precedente, mediante estudios de costos presentados por los concesionarios de distribución, de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por OSINERGMIN. Dichos Términos de Referencia deben ser publicados para recibir comentarios u opiniones de los interesados por un plazo de hasta cuarenta y cinco días hábiles, debiendo ser aprobados a los noventa días hábiles desde su publicación, acompañándose la matriz de comentarios recibidos y la evaluación de cada uno de los mismos.

OSINERGMIN deberá realizar la evaluación de los estudios de costos considerando criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras.

OSINERGMIN puede modificar sólo aquellos aspectos de los estudios de costos presentados que habiendo sido oportunamente observadas no hubiesen sido absueltos por concesionarios de distribución. Para ello acompañará el sustento de la evaluación a cada una de las observaciones realizadas.”

[Énfasis agregado]

20. Como se observa del artículo 67, la evaluación de los estudios de costos que debe efectuar OSINERGMIN debe considerar el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general y especialmente de las normas laborales, entre otras disposiciones. Si el Regulador debe considerar el cumplimiento de las normas laborales al evaluar los costos a reconocer en el VAD, es claro que el estudio de costos que elaborarán los consultores contratados por las distribuidoras, en función a los TdR aprobados por OSINERGMIN, tiene que considerar también el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general y especialmente de las normas laborales.
21. Siendo ello así, OSINERGMIN no puede establecer en los TdR que los estudios de costos no prevean el cumplimiento de obligaciones laborales por las distribuidoras, o que sólo consideren el cumplimiento de algunas normas laborales excluyendo otras como el pago de la PTU, pues esta actuación excedería los parámetros establecidos por el artículo 67 de la LCE.
22. Lo anterior no significa que automáticamente cualquier costo alegado sea reconocido para el cálculo del VAD, sino que será labor del consultor evaluar

cuáles de dichos costos corresponden ser incluidos evaluando para el efecto el cumplimiento de lo previsto en la LCE. No es facultad del OSINERGMIN excluir a priori ciertos conceptos que han sido incluidos expresamente por la LCE.

23. La actuación del OSINERGMIN genera que en la práctica el alcance de los estudios de costos se vea reducido y que se limite a priori la función principal de tales estudios que es determinar la pertinencia de reconocer ciertos costos en el proceso de fijación del VAD. Al excluir la PTU a priori, OSINERGMIN se irroga facultades que el marco legal no le ha otorgado, y desnaturaliza su función en este procedimiento que precisamente es garantizar que el mismo se lleve a cabo en estricto cumplimiento del marco legal.
24. De acuerdo con el Principio de Legalidad, previsto en el Título Preliminar de la LPAG, las autoridades deben actuar en el marco de sus facultades respetando la Constitución y las leyes, así como los fines para los cuales le fueron conferidas tales facultades⁷. Por su parte, el principio de razonabilidad dispone que al crear obligaciones o restricciones para los administrados las autoridades deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se buscan, de modo que tales obligaciones o restricciones respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁸.
25. Así, a efectos de ejercer sus competencias en el marco de los principios de legalidad y razonabilidad OSINERGMIN no sólo debe ejercer sus facultades para realizar determinado acto (por ejemplo, aprobar los TdR) dentro de los límites legales previstos para dicha intervención, sino que además las medidas que se impongan a través de tal actuación deben ser proporcionales a los fines por los cuales se le otorgó la facultad de intervenir (por ejemplo, permitir que se reconozca como costos de la distribuidora aquellos incurridos en el cumplimiento de obligaciones legales).
26. En mérito a lo anterior, una intervención de OSINERGMIN que no respeta los principios de legalidad y razonabilidad constituye una desviación de competencias. Al respecto Rubio sostiene que:

“Podemos decir que las competencias son las atribuciones que el Derecho da a los órganos y organismos del Estado para que las ejerzan con finalidades específicas. Estas finalidades sirven para determinar si se ejercitan con razonabilidad y proporcionalidad, y, asimismo, para determinar las competencias residuales o poderes implícitos que tiene el Estado.

⁷ 1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

⁸ 1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

(...)

En este sentido, conforme a lo que ha establecido el Tribunal Constitucional, cuando una dependencia del Estado, emite pronunciamiento en un asunto de su competencia, no vulnera ni amenaza, per se, derechos constitucionales, a menos que en la regulación se hubiese obrado en forma incompatible con los objetivos propios de la función que se ejerce, u omitido el cumplimiento de normas preestablecidas que regulan su ejercicio.

(...)

Por ejemplo si una municipalidad ejerce funciones de su competencia con abuso de poder o desnaturalizándolas, o incumpliendo los procedimientos necesarios, allí habría invalidez en la competencia ejercitada, (...) porque se han violado las normas que señalan cómo debe ser ejercitada esa competencia.

(...)

Las competencias son deberes de actuación del Estado y no derechos suyos”.

[Énfasis agregado]

27. Cabe señalar que de acuerdo con la LPAG, es deber de las autoridades actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones, respetando los principios establecidos en la norma. Sobre esto, el artículo 84 establece lo siguiente:

“Artículo 84.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

- 1. Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones.*
- 2. Desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de esta Ley.*

(...)”

28. Vistos los límites de las facultades de OSINERGMIN al aprobar los TdR, corresponde analizar si la exclusión de la PTU determinada mediante Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD constituye una desviación de competencias.

B) La exclusión de la PTU de los TdR

29. Como fue indicado, el artículo 67 de la LCE dispone expresamente que el estudio de costos que realizan los consultores en base a los TdR que aprueba OSINERGMIN, tome en consideración el cumplimiento de las normas laborales.
30. Sobre el particular, el artículo 29 de la Constitución reconoce el derecho de los trabajadores –y la correlativa obligación de las empresas– a participar en las

utilidades de las empresas, en los siguientes términos: *“El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.”*

31. En la misma línea, a nivel legal, el Decreto Legislativo 892, regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría⁹. Al respecto, el artículo 2 establece que *“[l]os 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. (...)”*¹⁰
32. Asimismo, el artículo 10 de esta norma establece que *“[l]a participación en las utilidades fijadas en este Decreto Legislativo y las que el empleador otorgue unilateralmente a sus trabajadores o por convenio individual o convención colectiva, constituyen gastos deducibles para la determinación de la renta imponible de tercera categoría.”*¹¹
33. Como se observa, 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. No obstante ello, OSINERGMIN decidió la exclusión de dicho concepto de los TdR.
34. Siendo que los TdR aprobados por OSINERGMIN no han respetado las pautas establecidas en el artículo 67 de la LCE y, por el contrario, han impuesto restricciones (exclusión de la PTU) que contraviene el texto expreso de la norma (reconocimiento de normas laborales) y su finalidad (reconocimiento del cumplimiento de obligaciones legales como parte de los costos del VAD); se advierte que OSINERGMIN ha actuado fuera del marco de sus competencias,

⁹ Artículo 1.- El presente Decreto Legislativo regula el derecho de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría.

¹⁰ Artículo 2.- 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. El porcentaje referido es como sigue:

- Empresas Pesqueras 10%
- Empresas de Telecomunicaciones 10%
- Empresas Industriales 10%
- Empresas Mineras 8%
- Empresas de Comercio al por mayor y al por menor y Restaurantes 8%
- Empresas que realizan otras actividades 5%

-Dicho porcentaje se distribuye en la forma siguiente:

-a) 50% será distribuido en función a los días laborados por cada trabajador, entendiéndose como tal los días real y efectivamente trabajados.

-A ese efecto, se dividirá dicho monto entre la suma total de días laborados por todos los trabajadores, y el resultado que se obtenga se multiplicará por el número de días laborados por cada trabajador

-b) 50% se distribuirá en proporción a las remuneraciones de cada trabajador.

-A ese efecto, se dividirá dicho monto entre la suma total de las remuneraciones de todos los trabajadores que correspondan al ejercicio y el resultado obtenido se multiplicará por el total de las remuneraciones que corresponda a cada trabajador en el ejercicio.

-La participación que pueda corresponderle a los trabajadores tendrá respecto de cada trabajador, como límite máximo, el equivalente a 18 (dieciocho) remuneraciones mensuales que se encuentren vigentes al cierre del ejercicio.

-Se entiende por remuneración la prevista en los Artículos 39 y 40 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo.

¹¹ Cabe señalar que otros conceptos deducibles son el pago por remuneraciones, beneficios sociales y vacaciones, que también constituyen obligaciones laborales.

vulnerando los principios de Legalidad y Razonabilidad, además del mandato expreso de la LCE.

35. Es importante indicar que incluso en el supuesto negado que la LCE no exigiese la incorporación del cumplimiento de normas laborales y existiese duda de la incorporación de la PTU, OSINERGMIN debería optar por la inclusión de este concepto en aplicación del artículo 84 de la LPAG. En efecto, de acuerdo con esta disposición, constituye un deber de las autoridades “[i]nterpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.”
36. De acuerdo con el artículo 10 de la LPAG, la vulneración a la Constitución y las leyes constituye un vicio de nulidad del acto administrativo¹². No obstante, en aplicación del artículo 225 de la norma, “[c]onstatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. (...)”
37. Considerando que las disposiciones contenidas en el artículo 29 de la Constitución y el Decreto Legislativo 892 constituyen elementos más que suficientes para acreditar el carácter de obligación de pago de la PTU como consecuencia del cumplimiento de una norma laboral, corresponderá que el Consejo Directivo integre la resolución reconsiderada y declare la incorporación de dicho concepto en los TdR o en todo caso su no exclusión.
38. Si bien lo hasta aquí señalado resulta suficiente para declarar fundado el recurso de reconsideración planteado, a continuación explicaremos cómo la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD también genera una afectación al derecho de defensa, debido proceso y propiedad, los mismos que se encuentran protegidos por la Constitución.

3.2 VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO

39. El artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú¹³ consagra el derecho al debido proceso como parte de los principios y derechos de la función jurisdiccional.

¹² Artículo 10.- Causales de nulidad

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

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

¹³ Constitución Política del Perú.

Artículo 139. Principios de la Administración de Justicia.

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)”

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.”

40. Este derecho fundamental encuentra su expresión en el marco del Derecho Administrativo en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, que establece el principio del debido procedimiento en los siguientes términos:

"Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. 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."

[Énfasis agregado]

41. Como se observa, el derecho al debido procedimiento comprende, también, el derecho de defensa; entendido este como las facultades de invocar pretensiones o formular alegaciones, de presentar pruebas que las sustenten y de contradecir las pretensiones o alegaciones planteadas por la otra parte o la Administración.
42. En este sentido, tanto la Constitución como la ley garantizan al administrado la facultad de contradicción respecto de las actuaciones administrativas que repercutan sobre su situación particular o interés legítimo. Al respecto, el Tribunal Constitucional refiere lo siguiente:

"(...) [E]l derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés."¹⁴

[Énfasis agregado]

43. Este derecho fundamental recogido como principio del derecho administrativo, no es meramente declarativo, sino que además se encuentra expresamente recogido como parte de las obligaciones de la Administración Pública y de los derechos de

¹⁴ STC 8605-2005-AA/TC
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08605-2005-AA%20Aclaracion.pdf>

los administrados. Sobre el particular, los artículos 84 y 64 de la LPAG establecen lo siguiente:

“Artículo 84.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

2. Desempeñar sus funciones siguiendo los principios del procedimiento administrativo previstos en el Título Preliminar de esta Ley.

(...)”

Artículo 64.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)

11. Al ejercicio responsable del derecho de formular análisis, críticas o a cuestionar las decisiones y actuaciones de las entidades.

(...)

15. Los demás derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú o las leyes”

44. En el presente caso la exclusión de la PTU de los TdR imposibilita que ENEL pueda plantear siquiera su incorporación y pertinencia en el marco del procedimiento de fijación de tarifas. En efecto, el análisis que se efectúe tanto en el estudio de costos elaborado por el consultor, como en la revisión del mismo por el supervisor, no podrá considerar cualquier argumento que plantee ENEL sobre la pertinencia de incluir el pago de la PTU como parte de los costos a ser reconocidos en el VAD. Peor aún, ENEL no tendrá oportunidad alguna de exponer sus argumentos y ofrecer las pruebas que respalden el reconocimiento de la PTU como parte de los costos del VAD.
45. Siendo que el proceso de fijación del VAD tomará como premisa que la PTU se encuentra excluida, ENEL tiene recortado de antemano el ejercicio de su derecho de contradicción sobre este punto, cuando OSINERGMIN evalué las propuestas de costos a ser incluidos en el VAD. Es decir, OSINERGMIN ha decidido a priori que ENEL –las otras distribuidoras- carecen del derecho de plantear en el procedimiento de fijación del VAD argumentos para respaldar el reconocimiento de un costo en que se incurre por mandato legal como es la PTU. Ello, claramente afecta el derecho de defensa comprendido en el principio del debido procedimiento.
46. Esta contravención a la Constitución y la LPAG también genera la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD en aplicación del numeral 1 del artículo 10 de la LPAG¹⁵. No obstante, como se indicó en el acápite previo, el

¹⁵ Artículo 10.- Causales de nulidad

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

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

Consejo Directivo tiene la potestad de incorporar la PTU a los TdR al contar con elementos suficientes para acreditar su carácter obligatorio. Esta incorporación también subsanaría la afectación al debido procedimiento en la medida que en dicho supuesto ENEL sí contaría con la oportunidad para ejercitar su derecho de defensa.

47. Como veremos en el siguiente acápite, en el presente caso la afectación a los principios de legalidad, razonabilidad y debido procedimiento, trae como consecuencia la afectación al derecho de propiedad de ENEL.

3.3 VULNERACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD: EXPROPIACION REGULATORIA COMO RESULTADO DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA PTU EN EL VAD

48. La decisión del OSINERGMIN vulnera el derecho constitucional a la propiedad de ENEL, recogido en el artículo 70 de la Constitución Política, pues determina la imposibilidad para nuestra empresa de incluir la PTU como parte de los costos a ser considerados en el VAD, que es entrega en estricto y directo cumplimiento de un mandato legal.
49. La expropiación es entendida como la privación de la propiedad que realiza el Estado a los particulares. La Constitución impone restricciones a esta herramienta, estableciendo que ninguna persona puede ser privada de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio¹⁶.
50. Existen diversas formas de privar a un particular de su propiedad y del goce de los derechos que le son connaturales, siendo una de estas formas la regulación. Este tipo de expropiación, también llamada "expropiación regulatoria o indirecta" se produce cuando mediante una norma o una actuación del Estado se desconoce o limita el derecho de propiedad que el marco legal protege o que el propio Estado reconoció previamente a los particulares. Así, en estos casos, si bien el Estado no priva al sujeto de su derecho a beneficiarse de su propiedad, su intervención a través de decisiones reguladoras determina que en la práctica el titular del derecho

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

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

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

¹⁶ "Artículo 70

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Respecto al derecho de propiedad y la expropiación, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "(...) la Constitución sólo excepcionalmente autoriza la expropiación para los supuestos de salvaguarda de la seguridad nacional o de necesidad pública, lo cual no sólo debe estar plenamente acreditado sino que, además, debe ser declarado por ley. Adicionalmente, debe establecerse y pagarse el justiprecio correspondiente." Resolución recaída en el Expediente 9924-2005-PA/TC.

no pueda ejercerlo plenamente (o no pueda obtener los réditos esperados de su explotación).

51. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en este caso. La decisión del OSINERGMIN de excluir de los TdR de los estudios de costos el concepto de la PTU -que ENEL paga como resultado de un mandato legal- elimina de manera automática la posibilidad de que el referido concepto pueda ser evaluado siquiera como un costo a ser reconocido en el VAD y, por lo tanto, recuperado por nuestra empresa. Por ello, se trata de una decisión del Estado de carácter confiscatorio que contraviene la protección al derecho de propiedad.
52. La figura de la expropiación regulatoria ha sido reconocida no sólo por tribunales internacionales al evaluar controversias en materia de inversiones, sino que ha tenido un amplio desarrollo en la jurisprudencia norteamericana como un mecanismo de los particulares para oponerse a decisiones reguladoras que afectan indirectamente el valor de sus derechos de propiedad. Más aun, existen precedentes en los que esta figura ha sido utilizada contra regulaciones que desconocen una remuneración suficiente para las inversiones de operadores que han recibido licencias para prestar servicios públicos en condiciones de exclusividad, por ejemplo en procesos de fijación de la tasa interna de retorno para remunerar a dichos operadores. Asimismo, esta figura tiene también asidero en el marco constitucional y ha sido ya reconocida y utilizada para proteger derechos de los particulares frente a decisiones reguladoras, tanto por el Tribunal Constitucional como por el INDECOPI.

A) La expropiación regulatoria en la doctrina y jurisprudencia internacional

53. La United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD, recogiendo diversos pronunciamientos de instancias internacionales, ha señalado que las expropiaciones regulatorias pueden ser de dos tipos: (i) actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posesión física de un bien; y (ii) actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes¹⁷.
54. De acuerdo con la doctrina, el factor que diferencia a la expropiación directa de la regulatoria o indirecta es que mientras la primera supone un acto de transferencia obligatoria del título de propiedad u ocupación de un bien en favor del Estado, la segunda implica una limitación por parte de los poderes públicos impuesta sobre el ejercicio privado de cualquiera de los atributos del derecho de propiedad de un bien¹⁸. Así, las expropiaciones regulatorias *“son el resultado de una actividad normativa lícita que, de facto, resulta afectar la esencia del derecho de propiedad regulado. En ellas, a pesar de la buena fe del regulador y de la generalidad y abstracción de la medida, el inversionista puede ser severamente limitado en su inversión y resultar expropiado en los hechos. La limitación al dominio es en este*

¹⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, UNCTAD. *Taking of property*. New York and Geneva, 2000

¹⁸ Faya Rodríguez, Alejandro. ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo. P. 220

*caso demasiado severa, ha ido demasiado lejos, produciendo un efecto equivalente al de la expropiación”*¹⁹.

55. De acuerdo con ello, en virtud de diversos tratados internacionales las inversiones gozan de garantías contra la expropiación indirecta, las cuales tienen como finalidad evitar que el *“Estado frustre mediante actos irrazonables, ilegítimos o inesperados, las razonables expectativas de retorno que han previsto los inversionistas sobre el valor de sus inversiones”*²⁰.
56. La Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido en reiterada jurisprudencia el estándar mediante el cual puede configurarse una expropiación indirecta aun cuando las limitaciones regulatorias impuestas no eliminen completamente el beneficio económico esperado del bien en cuestión. Ello debido a que se debe observar criterios complementarios tales como el efecto económico en el propietario, las expectativas de recuperación de inversión, entre otras²¹. En este sentido, aun cuando no exista una privación total de los atributos de la propiedad, corresponde evaluar si es tal la limitación que es susceptible de generar un efecto económico negativo en el propietario y, particularmente, en sus expectativas de recuperación del capital y beneficios²².
57. Por su parte, existen en la jurisprudencia norteamericana criterios respecto de casos en los que puede producirse una expropiación regulatoria en el marco de procesos de fijación tarifaria para empresas concesionarias de servicios públicos, particularmente empresas que prestan servicios en condiciones de monopolio legal, donde existen restricciones absolutas de entrada, y como correlato, esquemas de regulación tarifaria.
58. Al respecto, se ha hecho énfasis en la lógica regulatoria que sustenta la protección de la propiedad en el contexto de la relación contractual entre los concesionarios y el Estado. Los concesionarios de servicios públicos (prestados en condiciones monopólicas) tienen un mandato regulatorio de prestar el servicio a todo aquel que se lo pida. En cumplimiento de este mandato, las empresas concesionarias realizan determinadas inversiones en activos e incurren en costos asociados la prestación de servicios con dichos activos.
59. La regulación tarifaria es el mecanismo a través del cual el Estado garantiza el retorno de la inversión para los titulares de las concesiones. La jurisprudencia norteamericana ha señalado que las tarifas deben ser suficientes para compensar a los inversionistas. El término suficiente ha sido definido como una medida que permite a la firma regulada *“operar satisfactoriamente, mantener su integridad*

¹⁹ MONTT, Santiago. Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por Tribunales Chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado. Revista Chilena de derecho vol. 32 No.1, 2005

²⁰ AMADO, José Daniel y AMIEL, Bruno. La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras. En: Themis. No. 50.

²¹ Barry Appleton, Regulatory Takings: The International Law Perspective, 11NY.U Envtl L.J. 35 (2002).

²² Rudolf Dolzer, Indirect Expropriations: New Developments, 11 N.Y.U.11NY.U Envtl L.J 64 (2002).

*financiera, atraer capital y compensar a los inversionistas por el riesgo asumido*²³. Si estas condiciones no son satisfechas, esta regulación es susceptible de afectar el valor de la propiedad del concesionario, resultando confiscatoria, y produciéndose por lo tanto un supuesto de expropiación regulatoria.

60. En tal sentido, corresponde al regulador definir desde un inicio cuáles son los tipos de inversiones y costos que se reconocen en la tarifa -para que esta pueda resultar suficientemente compensatoria- y mantener una actuación coherente respecto de su reconocimiento, salvo que medie un cambio de circunstancias que amerite una modificación de estas reglas.
61. Por su parte, uno de los aspectos centrales que evalúan las cortes norteamericanas a efectos de determinar si se ha producido una expropiación regulatoria es la expectativa razonable que la empresa tenía al momento de realizar la inversión en cuanto a que las reglas y premisas bajo las cuales desarrolló esa inversión no serían modificadas. Al respecto, se ha precisado que en el caso de las reglas tarifarias, es legítimo para el concesionario asumir que la autoridad cumplirá con sus obligaciones contractuales y legales dado que se trata de un contrato sujeto a una intensiva supervisión regulatoria y exigibilidad. El contrato y el marco legal deberían poder asegurar la existencia de una estructura institucional de incentivos y seguridades para el inversionista que le permitan realizar inversiones de gran envergadura. Estas seguridades son tan importantes, que de no haberlas tenido, probablemente la inversión no se hubiera realizado²⁴.
62. Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos ha planteado en el caso *Duquesne* que para efectos de determinar si una acción regulatoria puede considerarse expropiatoria no es relevante cual es el método de fijación de las tarifas o de recuperación del capital en un determinado caso, sino la naturaleza de las inversiones que la empresa realiza o de los costos en los que incurre. Para estos efectos, la Corte ha señalado que todas las inversiones realizadas “en forma prudente” por la empresas y que se constituyen en costos hundidos deberían ser reconocidas por el regulador y trasladadas al usuario final, con prescindencia de la forma en la que ese traslado se produzca en las distintas metodologías de fijación tarifaria. Así, la doctrina ha precisado que esta es la regla de protección de la propiedad necesaria para no alterar el esquema de incentivos que está detrás de estos contratos y que garantiza un resultado económicamente eficiente²⁵.

B) La expropiación regulatoria en el marco legal peruano

63. Como se ha señalado previamente, la Constitución Peruana impone restricciones generales a la figura de la expropiación, estableciendo que ninguna persona

²³ Sidak, Gregory y Daniel F. Spulber. *Deregulatory takings and the regulatory contract*. Cambridge University Press, 1998. P.240-272. Entre los casos más representativos de la jurisprudencia norteamericana relacionados con expropiaciones regulatorias en el ámbito de los servicios públicos regulados puede mencionarse los siguientes: *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.* Y *Duquesne Light Co. V. Baras ch.*

²⁴ Sidak y Spulber. Op cit. p 245, comentando la decisión Corte Suprema de los Estados Unidos en : *Penn Central Transportation Co. V. New York City*

²⁵ Goldsmith, Richard, *Utility rates and takings*.

puede ser privada de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio ²⁶.

64. Por un lado, el Decreto Legislativo 757, garantiza la propiedad privada sin más límites que los contenidos en la Constitución; declara de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país²⁷; y, faculta a los inversionistas a celebrar convenios de estabilidad jurídica²⁸.
65. Al respecto, la doctrina nacional ha señalado que: *“si bien dichas normas no se refieren explícitamente a supuestos de expropiación indirecta, en la medida que reconocen el derecho a la propiedad privada y su inviolabilidad, y regulan sus limitaciones y los supuestos en que la misma puede ser expropiada, se puede sostener que éstas contemplan la garantía contra la expropiación indirecta”*²⁹.
66. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido la aplicación de esta figura en el marco de un proceso de amparo, en el que determinó que se había afectado el derecho de propiedad de una empresa minera sobre sus instalaciones, dado que habían transcurrido 3 años desde la suspensión de sus licencias de uso de agua por la autoridad administrativa, sin que se hubiese resuelto los recursos de nulidad que planteó y dado que la Autoridad Nacional del Agua no se había pronunciado sobre el despojo fáctico sufrido por la demandante.
67. Al respecto, el Tribunal Constitucional reconoció la figura de la expropiación indirecta en los siguientes términos: *“si bien los actos desarrollados por la Autoridad Nacional del Agua no generan un despojo formal del título de la empresa sobre sus instalaciones, sí generan un despojo de los atributos que forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad, por lo que la recurrente debe ser tutelada de dicha circunstancia en vía constitucional. Esta situación se enmarca en lo que el INDECOPI ha calificado como expropiación indirecta o regulatoria en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI.*³⁰ **[resaltado agregado]**.

²⁶ Artículo 8.- El Estado garantiza la propiedad privada sin más límites que los que establece la Constitución Política. En aplicación del artículo 131 de la Constitución Política, que reconoce la libertad empresarial, y en concordancia con las disposiciones contempladas en el presente Capítulo, el Estado no expropiará empresas ni acciones o participaciones en ellas, salvo los casos de interés nacional debidamente sustentados mediante Ley del Congreso de la República.

²⁷ Artículo 13.- De conformidad con lo prescrito en el último párrafo del artículo 126 de la Constitución Política, declárase de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. En consecuencia las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país, previa autorización otorgada mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector Correspondiente. Dicha Resolución Suprema podrá establecer las condiciones a las cuales se sujeta a la adquisición o explotación.

Las autoridades sectoriales competentes otorgarán las concesiones y otras formas de autorización para la explotación de recursos naturales ubicados dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país en favor de las personas naturales o jurídicas extranjeras que lo soliciten, previo cumplimiento de las disposiciones legales aplicables y luego de verificar que se hayan expedido la resolución suprema a la que se refiere el párrafo anterior.

²⁸ Título V del Decreto Legislativo 757.

²⁹ AMADO, José Daniel y AMIEL, Bruno. Op cit. p.9

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Exp. 834-2010-PA/TC

C) La falta de reconocimiento de la PTU en el VAD califica como una expropiación regulatoria

68. El Valor Agregado de Distribución es uno de los componentes de la tarifa máxima que cobran las distribuidoras de electricidad y que es fijada por OSINERGMIN, la misma que pagarán los usuarios ubicados dentro de la zona de concesión de cada distribuidora (denominados Usuarios Regulados del Servicio Público de Electricidad por el marco legal)³¹. Para calcular el VAD, el artículo 64° de la LCE obliga al OSINERGMIN a utilizar una metodología denominada "empresa modelo eficiente", según la cual la fijación de las tarifas debe considerar los "*Costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada*" en que incurriría una empresa distribuidora eficiente.
69. La fijación de las tarifas, en ese sentido, debe tomar en consideración los costos en que incurriría necesariamente una empresa modelo (diseñada por el Regulador), para suministrar la electricidad a los usuarios utilizando las tecnologías y procesos productivos eficientes³².
70. El uso de la metodología de la empresa modelo eficiente busca alcanzar dos objetivos fundamentales: (i) que los precios (tarifas) reflejen los costos sociales mínimos de producción (prestación del servicio de suministro eléctrico), de modo que las decisiones de consumo de los usuarios sean óptimas dado ese precio (no se consume ni más ni menos de lo que se está dispuesto a pagar el usuario); y, (ii) que la empresa distribuidora obtenga exactamente la rentabilidad propia de una firma que asume el nivel de riesgo propio del mercado, de modo que existan los incentivos necesarios para llevar a cabo las inversiones requeridas y gastar lo apropiado.

Por su parte, en el expediente 01735-2008-PA/TC en el que Shougan Hierro Perú S.A.A. interpuso una demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Nazca, el magistrado Cesar Landa emitió un voto singular en el que se refirió a la expropiación regulatoria, señalando que esta figura, recogida en el derecho internacional, debe ser también reconocida a nivel interno. Según este magistrado una expropiación indirecta o regulatoria es aquella donde una regulación administrativa priva total o parcialmente al propietario de uno o todos los atributos de la propiedad. Landa señala que la lógica de proteger la propiedad de expropiaciones regulatorias es que ello permite extraer un mayor provecho a los bienes, pues si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad es irrelevante. Al respecto, ver también: Pasquel, Enrique. *Tomando la propiedad en serio Las expropiaciones regulatorias o indirectas*. lus et Veritas 31.

³¹ LCE

"Artículo 63.- Las tarifas máximas a los Usuarios Regulados, comprenden:

- a) Los Precios a Nivel Generación;
- b) Los peajes unitarios de los sistemas de transmisión correspondientes; y,
- c) El Valor Agregado de Distribución."

³² La LCE no permite al OSINERGMIN distinguir, bajo criterios distintos a la utilización del modelo de empresa eficiente, qué costos serán incluidos y cuáles no.

71. Está expresamente reconocido en el modelo de empresa eficiente del VAD en Perú **que las empresas distribuidoras recibirán una rentabilidad de entre 8% y 16% (Tasa Interna de Retorno - TIR)**. Además, según norma legal emitida por el Ministerio de Energía y Minas, la TIR debe ser de 12% Si las empresas no están obteniendo esta rentabilidad el VAD se ajusta para que así sea.
72. Sin embargo, con la decisión de no incluir la PTU en los TdR del estudio de costos del VAD, se afecta directamente el porcentaje de rentabilidad del 12%, pues el mismo se reduce proporcionalmente en función al monto equivalente a la PTU que no se permite considerar en el estudio de costos del VAD, incumplándose así el mandato legal.³³
73. Lo anterior no sólo implica un incumplimiento del marco legal establecido en la LCE, sino que determina el carácter confiscatorio de la medida adoptada por el OSINERGMIN al aprobar los TdR. En efecto, la decisión de excluir la PTU como concepto a ser considerado en el estudio de costos del VAD fuerza a ENEL y a sus accionistas a sufrir un menor recupero de los costos incurridos.
74. Así, dado que la Ley obliga a la PTU, la no inclusión de éstas como concepto a ser considerado en el estudio de costos de la empresa modelo eficiente implicará que ENEL DISTRIBUCIÓN vea reducido el pago a su capital y no pueda cubrir su costo de oportunidad. Lo anterior trae como consecuencia que la siguiente regulación tarifaria subestimaré los costos de explotación de la empresa modelo eficiente e, indirectamente, expropiará parte de la rentabilidad de ENEL, en forma permanente y definitiva.
75. Sin perjuicio del carácter confiscatorio de la medida adoptada por OSINERGMIN - pues tiene un efecto negativo directo sobre la rentabilidad esperada de la empresa para el siguiente proceso de fijación tarifaria-, en el presente caso concurren las condiciones para que se configure un supuesto de expropiación regulatoria.

³³ Al respecto, el artículo 2º del Decreto Legislativo 677, promulgado en octubre de 1991, dispuso que los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada participan en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría, en un porcentaje que asciende al 5% para el caso de las empresas eléctricas. Este derecho se mantiene en el artículo 2º del Decreto Legislativo 892, promulgado en noviembre de 1997.

Como consecuencia de la norma antes señalada, la utilidad neta antes de impuestos que obtienen los propietarios de una empresa distribuidora se reduce en 5%. Esta reducción de 5% en las utilidades no reconocida luego como un costo para efectos del VAD conlleva a que la tasa de recuperación del capital de la empresa sobre sus inversiones se reduzca, como se muestra en el siguiente ejemplo:

Esta reducción en la Tasa de Actualización, por decisión del OSINERGMIN en la aprobación de los TdR está además vedada por el marco legal vigente, pues el artículo 79º de la LCE señala expresamente que la Tasa de 12% real anual "sólo puede ser modificada por el Ministerio de Energía y Minas, previo estudio que encargue la Comisión de Tarifas de Energía a consultores especializados, en el que se determine que la tasa fijada es diferente a la Tasa Libre de Riesgo más el premio por riesgo en el país".

76. En primer lugar, ENEL tenía una expectativa legítima de que no se produciría un cambio de reglas respecto del reconocimiento de la PTU como un costo a ser incluido en el VAD. Al momento de realizar su inversión, ENEL asumió un nivel de utilidad y recuperación de su capital de acuerdo con las normas vigentes al momento de otorgarse la concesión que garantizaran justamente sus costos de operación y su tasa de retorno durante todo el plazo de la concesión. En particular, dado que las normas que establecían el pago mandatorio de la PTU fueron emitidas de forma previa a la emisión de la LCE, ENEL asumió válidamente que estas normas estaban incorporadas en el esquema tarifario de empresa eficiente establecido por la LCE.
77. Más aun, tal como se ha señalado, el marco legal establece expresamente la obligación de OSINERGMIN de incluir dentro de los costos de la empresa modelo eficiente todos los “beneficios sociales” sin exclusión de la PTU (Artículo 150 literal b del Reglamento de la LCE “*gastos de personal, incluyéndolos beneficios sociales*”).³⁴ Por su parte, la actuación de OSINERGMIN durante sucesivos procesos de fijación tarifaria fue consistente con este marco legal, pues incluyó el pago de la PTU dentro de los costos a ser reconocidos en el VAD³⁵.
78. De acuerdo con ello, existía una expectativa más que razonable para que ENEL asuma que en el presente caso no se modificarían las reglas sobre el reconocimiento de la PTU como un costo a ser incluido en el VAD, más aun por tratarse de un concepto cuyo pago no es discrecional, sino obligatorio por mandato legal. En tal sentido, el cambio de criterio de OSINERGMIN en relación con este concepto, sin que se haya producido un cambio significativo de circunstancias, es un factor decisivo a considerar para determinar su carácter de expropiación regulatoria.
79. Adicionalmente, el no reconocimiento de inversiones prudentes realizadas por la empresa concesionaria a través de la tarifa se ha considerado un supuesto de expropiación regulatoria. En tal sentido, si para inversiones que la empresa decide efectuar en la esfera de su libre voluntad, se utiliza un criterio de prudencia para verificar si una decisión del regulador que le impide recuperar dichas inversiones califica como expropiación regulatoria, entonces con mayor razón es aplicable

³⁴ Téngase en cuenta que existe una relación de causalidad entre el pago de la PTU y la prestación del servicio de distribución, por lo que este concepto cumple con los requisitos establecidos por el marco legal para ser incluido como un costo a ser reconocido en el VAD. Ello, dado que: (i) el pago de utilidades es un costo necesario para poner en operación el sistema de distribución eléctrica en la medida que es un costo del que la empresa no puede prescindir, pues debe necesariamente cumplir con el pago de utilidades como una obligación de carácter legal, (ii) el cálculo para la distribución del porcentaje que calcula el pago de utilidades se realiza en base a dos factores: (a) 50% en función a los días laborados por cada trabajador, y (a) 50% se distribuye en proporción a las remuneraciones de cada trabajador. Esto demuestra que el pago de utilidades es un elemento del gasto que no puede ser separado del trabajo como un factor productivo en la empresa eficiente.

³⁵ En efecto, bajo la misma regulación que rige para el presente caso, OSINERGMIN fijó las tarifas de distribución en los años 2005 y 2009, comprendiendo dentro de los costos operativos y, específicamente, dentro del rubro “costos de personal”, al pago de la PTU. Esto es, OSINERGMIN, aplicando las mismas normas que en las dos fijaciones tarifarias anteriores - y sin que haya mediado ningún cambio normativo o de circunstancias de hecho- ha decidido que lo que antes era un costo que cumplía con los requisitos establecidos en el marco legal para ser considerado en el VAD, ya no lo es más.

esta figura a una decisión reguladora mediante la cual se impide a una empresa recuperar un costo incurrido en el cumplimiento prudente de un mandato legal, como sucede con el pago de la PTU. No es prudente evadir este costo dadas las consecuencias del incumplimiento, más bien ENEL actuó de modo prudente al incurrir en tal costo, pues daba así cumplimiento a una obligación legal.

80. Por los argumentos expuestos, se concluye que la decisión de OSINERGMIN objeto de reconsideración determina en los hechos eliminar permanente toda posibilidad de incluir en los estudios de costos del VAD el pago de la PTU. Es decir, se priva a nuestra empresa incluso de plantear la pertinencia de incluir ese concepto en los costos a ser reconocidos y remunerados en la fijación tarifaria.
81. Siendo ello así, la decisión objeto de reconsideración califica como una expropiación regulatoria, que determina que en el futuro cercano se reduzca el valor de la concesión de distribución y se afecte el derecho a la explotación de la misma debido a una decisión reguladora.
82. Por todo lo expuesto, corresponderá que el Consejo Directivo declare fundado el presente recurso de reconsideración y vía integración incorpore la PTU dentro de los conceptos a ser evaluados para el cálculo del VAD.

IV. LA INCLUSIÓN DE LA FUNCIONALIDAD “ALERTA DE AUSENCIA DE TENSIÓN”

83. En el numeral 7.2 de los TdR denominado “Plan de Reemplazo Gradual a Sistemas de Medición Inteligente” se indican las funcionalidades mínimas que deben tener los medidores inteligentes dentro de las cuales se incluye en el literal 8 la denominada “Alerta de Ausencia de Tensión”. Habiéndose empleado el término mínimo se entiende que esta funcionalidad es obligatoria. El referido numeral 7.2 señala lo siguiente:

“7.2. Plan de Reemplazo Gradual a Sistemas de Medición Inteligente

*Siendo que las tecnologías de medidores inteligentes cubren una amplia gama de funcionalidades y características, a continuación, se indican algunos criterios sobre las características y funcionalidades **mínimas** que deben tener dichos equipos, considerando siempre que no existe una única solución a aplicable a toda la realidad de Perú. Las condiciones geográficas y de densidad de clientes serán relevantes al momento de seleccionar las tecnologías:*

(...)

8. Alerta de ausencia de tensión: Capacidad de comunicar a la central que el equipo no tiene tensión lo que puede estar asociado a una falla del sistema.”

(El resaltado es agregado)

84. Como fue indicado en la sección previa, el principio de razonabilidad dispone que al crear obligaciones o restricciones para los administrados las autoridades deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se buscan, de modo que tales obligaciones o restricciones respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido³⁶. Como veremos en los siguientes párrafos, la obligatoriedad de la “Alerta de Ausencia de Tensión” genera costos innecesarios que no guardan proporcionalidad con la finalidad de la medida.
85. En efecto, la obligatoriedad de la “Alerta de Ausencia de Tensión” implica implementar en el medidor la comunicación de RF (Radio Frecuencia), que para los sistemas de medición mediante PLC (Power Line Communication) exige implementar dos canales de comunicación (RF y PLC).
86. Esto supone en primer lugar un incremento de costos innecesario, y en segundo lugar la imposibilidad de adquirir del mercado los medidores con comunicación PLC, lo cual contradice además el principio de eficiencia que permite obtener costos más económicos para el cliente final.
87. Cumplir con dicha exigencia mínima, implica adicionar un sobrecosto entre diez (10) a quince (15) dólares americanos por cada medidor, y adicionalmente para su implementación en el reemplazo de medidores en nuestra de concesión implicaría un sobrecosto en el hardware del medidor de catorce (14) a veintiún (21) millones de dólares americanos adicionales.
88. De otra parte, también existirá un sobrecosto por el uso de la señal de RF en la banda de 136-170 Mhz, que es la banda óptima de comunicación de RF, que ascendería a quinientos sesenta y siete (567) millones de soles. Los costos de uso de esta frecuencia son:
- Para sistemas fijo: 48% de la UIT.
 - Para sistemas móviles: 10% de la UIT.
89. Una UIT para el año 2017 está valorada en 4050 soles, y es probable que vaya incrementando de acuerdo a su evolución histórica.
90. En virtud de estos argumentos, estamos frente a una exigencia que vulnera el principio de razonabilidad (e incluso podría calificar como una barrera burocrática³⁷) que imposibilitará la implementación de medidores inteligentes en nuestra zona de concesión.

³⁶ **1.4. Principio de razonabilidad.**- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

³⁷ Las barreras burocráticas han sido definidas por el Decreto Legislativo N° 1256, como la “*exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa*”.

91. Precisamente en este caso, no existe razonabilidad para la incorporación de la obligatoriedad de que los medidores inteligentes cuenten con un sistema de “Alerta de Ausencia de Tensión”, y además el regulador no ha sustentado las razones técnicas que sustentan dicha exigencia.
92. Asimismo, esta imposición arbitraria por parte de OSINERGMIN afecta la libre contratación señalada como derecho fundamental en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, pues mediante una exigencia normativa reduce las posibilidades de obtener en el mercado, los medidores más eficientes y útiles para los fines que persigue la mejora en la calidad de la prestación del servicio eléctrico.
93. Como grupo Enel podemos incorporar la señal de RF en el medidor pero de acuerdo a nuestra experiencia que data desde el año 2001 gestionando sistemas de medición inteligente, con más de 40 millones de medidores inteligentes instalados a nivel mundial, consideramos que es nuestra responsabilidad advertir que esta funcionalidad es innecesaria para los fines que se busca en la mejora del SAIDI.
94. Se debe tener en cuenta que la medición inteligente no es tener un “medidor inteligente” sino tener un sistema de gestión de la medición, el cual está integrado a los demás sistemas de gestión tanto operativos, comerciales y el *call center* de atención al cliente, con el cuál se garantiza que cualquier avería en la red será identificada rápidamente, incluso en el punto de entrega.
95. Cabe precisar que la automatización de la red en media tensión y la función de ausencia de tensión en el concentrador de baja tensión tienen una participación en el 90% del SAIDI.
96. La integración de esta funcionalidad representaría un sobre costo relevante que podría impactar los parámetros económicos relacionados con la masificación de la tecnología a nivel País (la integración de esta función a nivel de medido significaría un impacto directo en la inversión total del sistema afectando una variable directamente proporcional al número de clientes existentes).
97. Además a nivel internacional aun no existen ejemplos de despliegue de sistemas de medición inteligente que implementan esta función a nivel masivo y que puedan confirmar la efectividad operativa de la solución.
98. Finalmente, Grupo ENEL es de la opinión que la calidad del servicio del servicio BT se puede mejorar gracias a un conjunto de sistemas de la red que trabajando en forma coordinada, pueden entregar un valor importante al mercado reduciendo los parámetros de SAIFI/SAIDI y asegurando a los clientes una mejor y más rápida atención en caso de fallas de suministro (ej. Sistemas de telecontrol y telemando).
99. En la actualidad, la ausencia de tensión o falta de suministro eléctrico en el predio es reportado por nuestros clientes mediante el servicio de *call center* que se encuentra a su disposición y el cliente proseguirá actuando de la misma forma aunque tenga un medidor inteligente que de alerta de ausencia de tensión, ya que

su prioridad es que se reponga el servicio lo más pronto posible, con lo cual la funcionalidad de ausencia de tensión es innecesaria ya que solo contribuiría a una redundancia ineficiente.

100. Para explicar en forma más detallada este extremo de la reconsideración remitimos en el Anexo 5 una presentación que explica el proceso de atención en una condición de falla de la red en baja tensión.
101. Siendo que la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión constituye una exigencia que vulnera el Principio de Razonabilidad previsto en la LPAG, se advierte que los TdR incurren en una causal de nulidad por contravención a la ley. No obstante, siendo que el Consejo Directivo cuenta con elementos de juicio para excluir dicho requisito, corresponderá que, en aplicación del artículo 225 de la LPAG, vía integración se elimine la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión de los TdR.
102. Por todo lo expuesto, corresponderá que el Consejo Directivo también declare fundado el presente recurso de reconsideración en este extremo y vía integración excluya la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión de los TdR.
103. Por tanto, solicitamos al Consejo Directivo que declare fundado el presente recurso de reconsideración en todos sus extremos.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 170° del TUO de la LPAG, nos reservamos el derecho de ampliar el petitorio de nuestro recurso así como fundamentarlo con mayor detalle en caso de considerarlo pertinente.

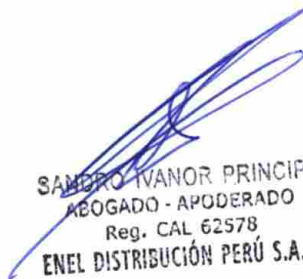
SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Adjuntamos al presente escrito:

1. Copia del documento de identidad del representante legal (Anexo N° 1).
2. Copia del poder del representante legal (Anexo N° N° 2).
3. Copia de la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD (Anexo N° 3).
4. Carta N° 481-2017-BFE del estudio Bullard Falla Escurra “Análisis sobre la procedencia de un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, que aprueba los Términos de Referencia para el cálculo de costos del Valor Agregado de Distribución” (Anexo N° 4).
5. Documento “Discusión Técnica sobre términos de referencia aprobados por OSINERGMIN mediante resolución N°225-2017-OS-CD para la realización del Estudio VAD” (Anexo N° 5).

POR TANTO:

Solicitamos al Consejo Directivo de OSINERGMIN declarar **FUNDADO** el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD. Asimismo solicitamos que vía integración **INCORPORE** en los TdR la PTU como concepto a ser evaluado para el cálculo del VAD, y del mismo modo **ELIMINE** del numeral 7.2 la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión como requisito mínimo para los medidores inteligentes.

Lima, 22 de diciembre de 2017



SANDRO IVANOR PRINCIPE
ABOGADO - APODERADO
Reg. CAL 62578
ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.



ZONA REGISTRAL N° IX - SEDE LIMA
Oficina Registral de Lima



Publicidad N° 2017-07966620
06/12/2017 15:58:39

REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS
LIBRO DE SOCIEDADES ANONIMAS

CERTIFICADO DE VIGENCIA

PATRICIA BLACROS OROS VILLASQUEZ
ABG. 1401 CERTIFICADA
Zona Registral N° IX - Sede Lima

El funcionario que suscribe, **CERTIFICA:**

Que, en la partida electrónica N° 11008737 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, consta registrado y vigente el **NOMBRAMIENTO** a favor de IVANOR PRINCIPE JOEL SANDRO, identificado con D.N.I N° 45006601, cuyos datos se precisan a continuación:

DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL: ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.A

LIBRO: SOCIEDADES ANONIMAS

ASIENTO: C000338 RECTIFICADO EN EL D00037

FICHA: 0000132888

CARGO: APODERADO

FACULTADES:

(...)

(I) **EFFECTUAR** LAS SIGUIENTES MODIFICACIONES AL ÍNDICE GENERAL DE FACULTADES DE LA SOCIEDAD, APROBADO POR LA SESIÓN DE DIRECTORIO LLEVADA A CABO EL 15/12/2015 E INSCRITO EN EL **ASIENTO C000329** DE LA PRESENTE PARTIDA, EN ADELANTE, EL ÍNDICE DE FACULTADES:

1. **INCORPORAR** A LA **SECCIÓN 7.00** ("REPRESENTACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA, JUDICIAL, ARBITRAL Y AFINES") DEL ÍNDICE DE FACULTADES, LA **FACULTAD 7.14 DE LA ESTRUCTURA DE PODERES**, LA CUAL TENDRÁ EL SIGUIENTE TENOR:

"7.14. SUSCRIBIR TRANSACCIONES EXTRAJUDICIALES CON ARREGLO A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 1302 AL 1312 DEL CÓDIGO CIVIL ASÍ COMO TODAS LAS MODIFICACIONES, RECTIFICACIONES, ACLARACIONES Y CUALQUIER OTRO ACTO DERIVADO DE LAS MISMAS QUE, RESULTE NECESARIO PARA SU CORRECTA EJECUCIÓN Y/O ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA, SEGÚN CORRESPONDA".

(...)

(II) **DESIGNAR APODERADOS** Y OTORGAR FACULTADES EN SU FAVOR, CON EFECTIVIDAD A PARTIR DEL 19/05/2017, SOBRE LA BASE DEL ÍNDICE GENERAL DE FACULTADES DE LA SOCIEDAD, APROBADO POR LA SESIÓN DE DIRECTORIO CELEBRADA EL 15/12/2015 E INSCRITO EN EL **ASIENTO N° C000329** DE LA PRESENTE PARTIDA Y POSTERIORMENTE MODIFICADO POR LA SESIÓN DE DIRECTORIO CELEBRADA EL 18/05/2017 (EN ADELANTE, EL ÍNDICE DE FACULTADES), CONFORME AL SIGUIENTE DETALLE, ENTENDIÉNDOSE QUE LA NUMERACIÓN DE LAS FACULTADES QUE SE OTORGA A CONTINUACIÓN CORRESPONDE A LA NUMERACIÓN ASIGNADA A LAS RESPECTIVAS FACULTADES EN EL REFERIDO ÍNDICE DE FACULTADES:

(...)

16. AL SEÑOR **JOEL SANDRO IVANOR PRÍNCIPE**, IDENTIFICADO CON DNI N° 45006601 SE LE OTORGAN LAS SIGUIENTES FACULTADES CONTENIDAS EN EL ÍNDICE DE FACULTADES LAS QUE SERÁN EJERCIDAS EN FORMA INDIVIDUAL Y A SOLA FIRMA: 1.04, 7.01, 7.03 A 7.05, 7.07, 7.10 Y 7.11 A 7.14.

(...)-*****

ASIMISMO, EN EL **ASIENTO C00329** DE LA PARTIDA ANTES CITADA, CONSTAN REGISTRADAS Y VIGENTES LAS COPIAS CERTIFICADAS POR NOTARIO DE LIMA LUIS DANNON BRENDER DEL 01.02.2016 DEL ACTA DE SESIÓN DE DIRECTORIO DEL 15.12.2015, DONDE SE ACORDÓ LO SIGUIENTE:

(...)

APROBAR EL NUEVO RÉGIMEN DE PODERES DE ACUERDO A LO SIGUIENTE:

(I) EL ÍNDICE GENERAL DE FACULTADES (EL "ÍNDICE DE FACULTADES") ES EL QUE SE DETALLA A CONTINUACIÓN:

1.00 FACULTADES ADMINISTRATIVAS GENERALES.

(...)

1.04 SUSCRIBIR COMUNICACIONES Y CORRESPONDENCIA DE LA SOCIEDAD A NIVEL NACIONAL YA SEA ANTE ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS, PUDIENDO USAR EL SELLO DE LA SOCIEDAD.

* LOS CERTIFICADOS QUE EXTIENDEN LAS OFICINAS REGISTRALES ACREDITAN LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES O ANOTACIONES EN EL REGISTRO AL TIEMPO DE SU EXPEDICIÓN (ART. 140° DEL T.U.O DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 126-2012-SUNARP-SN).

(...)

7.0 REPRESENTACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA, JUDICIAL, ARBITRAL Y AFINES.-

7.01 REPRESENTAR A LA SOCIEDAD CON LAS MÁS AMPLIAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES EN MATERIA JUDICIAL, PRE-JUDICIAL O ARBITRAL, ANTE TODA CLASE DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES, ÁRBITROS, TRIBUNALES ARBITRALES Y/O CENTROS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, SEGÚN SEA EL CASO, INCLUSO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, PARA CUYO EFECTO PODRÁ, INTERVENIR EN TODAS LAS INSTANCIAS, GRADOS O ETAPAS PROCESALES, COMO PARTE LEGITIMADA ACTIVA O PASIVAMENTE, O COMO TERCERO CON INTERÉS EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES, EN LOS PROCESOS O ACTOS PROCESALES, CONTENCIOSOS O NO, DE CARÁCTER CIVIL, PENAL, CONSTITUCIONAL, COMERCIAL, AGRARIO, LABORAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, ARBITRAL U OTRA MATERIA; PUDIENDO FORMULAR Y CONTESTAR DENUNCIAS, INTERPONER Y CONTESTAR DEMANDAS, INCLUYENDO DEMANDAS DE REIVINDICACIÓN O ACCIONES POSESORIAS; RECONVENIR; PLANTEAR EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS; OFRECER, TACHAR Y/O OPONERSE A CUALQUIER MEDIO PROBATORIO; DESISTIRSE DE LA DEMANDA, PROCESO, PRETENSIÓN Y/O CUALQUIER TIPO DE RECLAMOS JUDICIALES, ALLANARSE A ELLOS TOTAL O PARCIALMENTE; RECONOCER LA DEMANDA, O TRANSIGIR PRETENSIONES O DERECHOS DEL PROCESO HASTA POR LA SUMA DE € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA; SOMETERLO A ARBITRAJE DE DERECHO O DE CONCIENCIA; NOMBRAR ÁRBITROS, CONCILIAR JUDICIAL O EXTRAJUDICIALMENTE; SER INVITADO A UN PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, PARTICIPAR DE LA AUDIENCIA RESPECTIVA Y DISPONER DEL DERECHO A LA INVITACIÓN A CONCILIAR EXTRAJUDICIALMENTE HASTA POR LA SUMA DE 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA; PRESTAR CONFESIÓN O DECLARACIÓN COMO PARTE O COMO TERCERO; PRESTAR DECLARACIÓN TESTIMONIAL; RECONOCER Y/O EXHIBIR DOCUMENTOS Y ACTUAR O PARTICIPAR EN LA ACTUACIÓN DE TODA CLASE DE MEDIOS PROBATORIOS, INCLUSO DE PRUEBA ANTICIPADA; CONCURRIR Y PARTICIPAR EN TODO TIPO DE AUDIENCIAS JUDICIALES Y EN AUDIENCIAS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL; SOLICITAR LA QUIEBRA, INSOLVENCIA O SUSPENSIÓN DE PAGOS DE TERCEROS Y APERSONARSE EN LOS PROCESOS JUDICIALES O PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE PARA ESE FIN SE HUBIESEN INICIADO, PUDIENDO CONCURRIR A LAS JUNTAS DE ACREEDORES QUE SE CONVOQUEN Y ADOPTAR A SU LIBRE DECISIÓN LAS DETERMINACIONES QUE TENGAN POR CONVENIENTE; APERSONARSE EN DILIGENCIAS O AUDIENCIAS DE CUALQUIER CLASE; INTERPONER RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN, REPOSICIÓN, DE APELACIÓN, DE CASACIÓN, DE QUEJA Y DE NULIDAD Y DEMÁS RECURSOS Y REMEDIOS IMPUGNATORIOS EN CUALQUIER TIPO DE PROCESOS; PLANTEAR DENUNCIAS PENALES Y SEGUIR LOS PROCESOS RESPECTIVOS; SOLICITAR APERTURA Y/O -PROTOCOLIZACIÓN DE TODO TIPO DE ACTOS Y DOCUMENTOS; INTERVENIR EN DIVISIONES Y PARTICIONES, Y TOMAR POSESIÓN DE LOS BIENES QUE SE ADJUDIQUEN; SOLICITAR TODA CLASE DE MEDIDAS CAUTELARES, AMPLIARLAS Y/O MODIFICARLAS Y/O SUSTITUIRLAS Y/O DESISTIRSE DE LAS MISMAS; INCLUSO DESIGNANDO INTERVENTORES, DEPOSITARIOS, CUSTODIOS DE SECUESTRO Y ADMINISTRADORES; OFRECER TODO TIPO DE CONTRACAUTELAS, INCLUIDA LA CAUCIÓN JURATORIA, SOLICITAR EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES FUERA DE PROCESO, ASÍ COMO CONCURRIR A TODO TIPO DE ACTOS PROCESALES, SEAN ESTOS DE REMATE, ADMINISTRACIÓN DE POSESIÓN, LANZAMIENTOS, EMBARGOS; INTERVENIR EN REMATES O SUBASTAS PÚBLICAS PARA ADJUDICARSE AL INTERIOR DE LOS MISMOS BIENES MUEBLES O INMUEBLES, MATERIA DEL RESPECTIVO PROCESO; PLANTEAR LA INHIBICIÓN O RECUSACIÓN DE JUECES, FISCALES, VOCALOS Y/O MAGISTRADOS EN GENERAL, SOLICITAR LA ACUMULACIÓN Y/O DESACUMULACIÓN DE PROCESOS, SOLICITAR EL ABANDONO Y O PRESCRIPCIÓN DE LOS RECURSOS, LA PRETENSIÓN Y O LA ACCIÓN, SOLICITAR LA ACLARACIÓN Y/O CORRECCIÓN Y/O CONSULTA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES; OFRECER Y/O COBRAR DEUDAS, CONSIGNAR JUDICIALMENTE Y RETIRAR CONSIGNACIONES DEJANDO LAS CONSTANCIAS RESPECTIVAS; SUSCRIBIR TODOS LOS ESCRITOS, DOCUMENTOS, ACTAS, MINUTAS, ESCRITURAS PÚBLICAS QUE FUERAN NECESARIAS; SOLICITAR Y OBTENER LA INEFICACIA DE TÍTULOS VALORES EXTRAVIADOS, DETERIORADOS O DESTRUIDOS; EJERCER JUDICIALMENTE TODOS LOS DERECHOS QUE SE DERIVEN DE LA CALIDAD DE SUCESOR EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES; EJERCER EL COBRO DE COSTAS Y COSTOS. FIJAR JURISDICCIÓN Y TRIBUNAL COMPETENTE EN LOS CONTRATOS QUE CELEBRE Y SUSCRIBA EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD.

(...)

7.03 EL PODER INCLUYE LAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES SEÑALADAS EN LOS ARTÍCULOS 74° (LA REPRESENTACIÓN SE ENTIENDE OTORGADA PARA TODO EL PROCESO, INCLUSO PARA LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y EL COBRO DE COSTAS Y COSTOS, LEGITIMANDO AL REPRESENTANTE PARA SU INTERVENCIÓN EN EL PROCESO Y REALIZACIÓN DE TODOS LOS ACTOS DEL MISMO, SALVO AQUELLOS QUE REQUIERAN LA INTERVENCIÓN PERSONAL Y DIRECTA DEL REPRESENTADO) Y 75° (REALIZAR TODOS LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE DERECHOS SUSTANTIVOS Y PARA DEMANDAR, RECONVENIR, CONTESTAR DEMANDAS Y RECONVENCIÓNES, DESISTIRSE DEL PROCESO Y DE LA

* LOS CERTIFICADOS QUE EXTIENDEN LAS OFICINAS REGISTRALES ACREDITAN LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES O ANOTACIONES EN EL REGISTRO AL TIEMPO DE SU EXPEDICIÓN (ART. 140° DEL T.U.O DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 126-2012-SUNARP-SN).

PRETENSIÓN, ALLANARSE A LA PRETENSIÓN, CONCILIAR, TRANSIGIR, SOMETER A ARBITRAJE LAS PRETENSIONES CONTROVERTIDAS EN EL PROCESO, SUSTITUIR O DELEGAR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL) DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

7.04 REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ESPECIALMENTE EN PROCEDIMIENTOS PENALES CON LAS FACULTADES ESPECÍFICAS DE DENUNCIAR CONSTITUIRSE EN PARTE CIVIL, PRESTAR INSTRUCTIVA, PREVENTIVA Y TESTIMONIALES, PUDIENDO ACUDIR A NOMBRE DE LA EMPRESA ANTE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ, FISCALÍA DE LA NACIÓN, MINISTERIO PÚBLICO Y ANTE TODA CLASE DE ÓRGANOS, SIN LÍMITE DE FACULTADES.

7.05 REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE CUALQUIER INSTITUCIÓN PRIVADA O PÚBLICA Y EN ESE SENTIDO, INICIAR, SEGUIR, CONTESTAR O PARTICIPAR EN TODO TIPO DE PROCEDIMIENTOS O RECLAMACIONES ANTE TODOS LOS ÓRGANOS E INSTANCIAS COMPETENTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL, DEPARTAMENTAL, REGIONAL, MUNICIPAL PROVINCIAL, MUNICIPAL DISTRITAL, ENTIDADES U ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y TRIBUNALES O COMISIONES ADMINISTRATIVAS; PUDIENDO PAGAR O DISPONER EL PAGO, O ACTUAR COMO AGENTE DE PAGO DE TODO TIPO DE TRIBUTOS, MULTAS Y RECARGOS; FORMULAR RECLAMACIONES, RECURSOS IMPUGNATORIOS, QUEJAS Y CUALQUIER OTRO RECURSO O ARTICULACIÓN PREVISTA POR LEY, EN TODAS LAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS, SOLICITANDO Y COBRANDO LAS CANTIDADES O DERECHOS CUYA DEVOLUCIÓN FUERA ORDENADA; INTERVENIR EN TODO TIPO DE ACTOS, SOLICITUDES, TRÁMITES Y PROCESOS ANTE LAS AUTORIDADES POLÍTICAS, FISCALES, ADUANERAS, ECLESIASTICAS, MILITARES, POLICIALES, LABORALES ADMINISTRATIVAS, MUNICIPALES Y/O ANTE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS O ADMINISTRATIVAS DE TRIBUTOS O DE RENTAS PÚBLICAS, CON LAS MÁS AMPLIAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES QUE EL TRÁMITE, PROCEDIMIENTO, INTERVENCIÓN O RECLAMO REQUIERAN, TANTO PARA LA TRAMITACIÓN ORDINARIA DE LOS CITADOS PROCEDIMIENTOS, CUANTO PARA EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN O DEL PROCEDIMIENTO, PARA ACOGERSE A LAS FORMAS DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO HASTA POR LA SUMA DE € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA. EN ESE SENTIDO, PODRÁ REPRESENTAR A LA SOCIEDAD, EN SUS ACCIONES Y DERECHOS, ANTE LAS DISTINTAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ESPECIALMENTE, SIN QUE LA SIGUIENTE ENUMERACIÓN SEA RESTRICTIVA O LIMITATIVA, EN PROCEDIMIENTOS ANTE EL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, MINISTERIO DEL INTERIOR, MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN, MINISTERIO DE AGRICULTURA, MINISTERIO DE TRABAJO, MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL, MINISTERIO DEL AMBIENTE, MINISTERIO DE CULTURA, ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA (OSINERGMIN), AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA (ANA), SEDAPAL, ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA), INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI), SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE REGISTROS PÚBLICOS (SUNARP), SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES (SMV), BOLSA DE VALORES DE LIMA, PROVÍAS NACIONAL, SUS ÓRGANOS DEPENDIENTES Y ADSCRITOS, Y LAS ENTIDADES, ORGANISMOS O MINISTERIOS QUE LOS ASUMAN O SUSTITUYAN, ASÍ COMO FRENTE A LA SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA, LA SOCIEDAD NACIONAL DE INDUSTRIA Y CUALQUIER OTRO GREMIO DEL QUE LA SOCIEDAD FORME PARTE.

(...)

7.07 EN GENERAL, REPRESENTAR A LA SOCIEDAD CON ARREGLO A LAS ATRIBUCIONES QUE CONFIERE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADA MEDIANTE LEY Nº 27444 Y SERÁN AUTOMÁTICAMENTE AMPLIADAS CUANDO SE EXPIDAN NUEVAS DISPOSICIONES SOBRE LA MATERIA ADMINISTRATIVA.

(...)

7.10 SUSCRIBIR COMUNICACIONES DE LA SOCIEDAD REQUIRIENDO EL CUMPLIMIENTO DE NORMATIVAS LEGALES VIGENTES.

7.11 CEDER Y ACEPTAR DERECHOS LITIGIOSOS HASTA POR LA SUMA DE € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA; ASUMIR LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD PARA APERSONARSE A LAS AUDIENCIAS DE CONCILIACIÓN, CUALQUIERA SEA SU NATURALEZA, ASÍ COMO SOLICITAR LA INVITACIÓN A AUDIENCIAS Y SER INVITADO A UN PROCESO CONCILIATORIO, PUDIENDO INICIAR PROCESOS DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, CONCILIAR EXTRAJUDICIALMENTE, SUSCRIBIR LAS ACTAS CORRESPONDIENTES Y DISPONER DEL DERECHO MATERIA DE CONCILIACIÓN AL AMPARO DE LA LEY NO. 26872, SUS MODIFICATORIAS Y REGLAMENTO, HASTA POR LA SUMA DE € 1 000 000,00 O SU EQUIVALENTE EN OTRA MONEDA.

7.12 REPRESENTAR A LA SOCIEDAD ANTE EL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS Y/O ANTE EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA (OSINERGMIN), ASÍ COMO ANTE CUALQUIER OTRA ENTIDAD PÚBLICA O PRIVADA A EFECTOS DE ESTABLECER, EXTINGUIR, SOLICITAR,

* LOS CERTIFICADOS QUE EXTIENDEN LAS OFICINAS REGISTRALES ACREDITAN LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES O ANOTACIONES EN EL REGISTRO AL TIEMPO DE SU EXPEDICIÓN (ART. 140° DEL T.U.O DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS APROBADO POR RESOLUCIÓN Nº 126-2012-SUNARP-SN).

MODIFICAR, OBTENER, Oponerse, Reconocer, Renovar, Renunciar, Tramitar y Transferir todo tipo de concesiones y/o autorizaciones para el desarrollo de actividades eléctricas así como servidumbres y cualquier otro tipo de permiso y/o licencia administrativa que fuese conveniente o necesario para tal fin.

7.13 ASIMISMO, PODRÁ INTERPONER O FORMULAR DENUNCIAS ANTE EL FUERO PENAL POR DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHOS DE AUTOR, CON FACULTADES PARA COMPARECER EN EL PROCESO COMO PARTE CIVIL, CON FACULTADES PARA INTERPONER RECURSOS IMPUGNATIVOS Y PARA CELEBRAR TODO TIPO DE ACUERDOS TRANSACCIONALES, SIN RESERVAS NI LIMITACIONES DE NINGUNA CLASE LA ENUMERACIÓN NO ES LIMITATIVA, DE MODO QUE EL PODER SE CONFIERE PARA REPRESENTAR A LA SOCIEDAD EN LA FORMA MAS AMPLIA A FIN DE CAUTELAR SUS INTERESES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, COMPETENCIA DESLEAL, PUBLICIDAD Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. (...).-**

DOCUMENTO QUE DIO MÉRITO A LA INSCRIPCIÓN:

POR COPIA CERTIFICADA DEL 19/06/2017 OTORGADA ANTE DANNON BRENDER, LUIS EN LA CIUDAD DE LIMA Y SESIÓN DE DIRECTORIO DE FECHA 18/05/2017.

II. ANOTACIONES EN EL REGISTRO PERSONAL O EN EL RUBRO OTROS:
NINGUNO.

III. TÍTULOS PENDIENTES:

<u>N° Título</u>	<u>Fecha de Presentación</u>	<u>Actos</u>
1 2017-02669769	12/12/2017	OTORGAMIENTO DE PODER

SE DEJA CONSTANCIA QUE EL PRESENTE CERTIFICADO SE EXPIDE DE ACUERDO AL TERCER PÁRRAFO DEL ART. 140° DEL T.U.O. DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS SEGÚN EL CUAL LA EXISTENCIA DE TÍTULOS PENDIENTES DE INSCRIPCIÓN NO IMPIDE LA EXPEDICIÓN DE UN CERTIFICADO.

IV. DATOS ADICIONALES DE RELEVANCIA PARA CONOCIMIENTO DE TERCEROS:

REGLAMENTO DEL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL : Artículo 81 - Delimitación de la responsabilidad.- El servidor responsable que expide la publicidad formal no asume responsabilidad por los defectos o las inexactitudes de los asientos registrales, índices automatizados, y títulos pendientes que no consten en el sistema informático.

V. PÁGINAS QUE ACOMPAÑAN AL CERTIFICADO:
NINGUNO.

N° de Fojas del Certificado: 4

Derechos Pagados	S/.	24.00	Recibo: 2017-199-00043580
Total de Derechos:	S/.	24.00	

Verificado y expedido por PATRICIA MILAGROS OROS VELASQUEZ, ABOGADO CERTIFICADOR de la Oficina Registral de LIMA, a las 09:58:33 horas del 13 de Diciembre del 2017.

ANEXO N° 3

El Peruano / Jueves 30 de noviembre de 2017

NORMAS LEGALES

43

de Luz del Sur, Cabe señalar que este nuevo consolidado INE no tiene impacto tarifario;

Que, por lo expuesto, el peticionario del recurso, resulta fundado;

Que, finalmente se han emitido el Informe Técnico N° 577-2017-GRT y el Informe Legal N° 579-2017-GRT de la División de Distribución Eléctrica y de la Coordinación Legal de la Gerencia de Regulación Tarifas de Osinergmin respectivamente, los cuales complementan y contienen con mayor detalle técnico y jurídico la motivación que sustenta la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del Artículo 3°, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 010-2016-PCM, y en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 36-2017.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Luz del Sur S.A.A. contra la Resolución Osinergmin N° 198-2017-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Modifíquese las Altas y Bajas de las Instalaciones de distribución eléctrica del período comprendido entre el 01 de julio de 2015 y el 30 de junio de 2016 y medrados existentes al 30 de junio de 2016, contenidas en el Artículo 2 de la Resolución Osinergmin N° 198-2017-OS/CD, según el siguiente detalle:

LUZ DEL SUR				
Unidad	2015	Altas	Bajas	2016
	30/06/2015	01/07/2015 - 30/06/2016	30/06/2016	
RED MEDIA TENSIÓN				
RED AÉREA	km	1 933 796	58 630	21 863
RED SUBTERRÁNEA	km	1 730 220	84 085	15 730
EQUIPOS DE PROTECCIÓN Y SECCIONAMIENTO	Unidad	12 786 005	531 000	393 000
Total Med MT	km	3 664 016	142 715	37 593
SUBESTACIONES DE DISTRIBUCIÓN MEDIO				
S.E.D AEREA MONOPOLAR	Unidad	2 750 000	38 000	12 000
S.E.D AEREA BIPOLAR	Unidad	2 690 000	44 000	17 000
S.E.D CONVENCIONAL	Unidad	863 000	6 000	2 000
S.E.D COMPACTA PEDISTAL	Unidad	826 000	13 000	1 000
S.E.D COMPACTA BÓVEDA	Unidad	865 000	14 000	4 000
Total SED	Unidad	7 894 000	117 000	36 000
RED BAJA TENSIÓN				
RED AÉREA				
SERVICIO PARTICULAR	km	3 144 652	153 063	25 864
ALUMBRADO PÚBLICO	km	3 373 116	322 333	3 462 025
EQUIPOS DE ALUMBRADO PÚBLICO	Unidad	127 014 000	3 747 000	322 000
EQUIPOS DE CONTROL DE ALUMBRADO PÚBLICO	Unidad	2 258 000	69 000	11 000
RED SUBTERRÁNEA				
SERVICIO PARTICULAR	km	8 988 421	265 289	22 758
ALUMBRADO PÚBLICO	km	4 104 285	111 302	11 763
EQUIPOS DE ALUMBRADO PÚBLICO	Unidad	146 203 000	394 000	258 000
EQUIPOS DE CONTROL DE ALUMBRADO PÚBLICO	Unidad	7 080 000	42 000	85 000

Unidad	2015	Altas	Bajas	2016
	30/06/2015	01/07/2015 - 30/06/2016	30/06/2016	
ESTRUCTURAS DE LA RED SUBTERRÁNEA ALUMBRADO PÚBLICO				
Total Red ST SP	km	8 811 073	514 328	45 860
Total Red ST AP	km	7 417 464	313 504	35 130
Total Equipos AP	Unidad	279 214 000	4 741 000	580 000
INSTALACIONES NO ELÉCTRICAS				
TÉRMINOS Y EDIFICIOS	m2	81 730 380	-	-
EQUIPOS RE	Unidad	19 485 000	788 000	-

Artículo 3.- Incorpórese los Informes N° 577-2017-GRT y N° 579-2017-GRT, como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 4.- La presente resolución, deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada en el portal de Internet de Osinergmin: <http://www2.osinerg.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones2017.aspx>, junto con el Informe Técnico N° 577-2017-GRT y el Informe Legal N° 579-2017-GRT.

DANIEL SCHMERLER WAINSTEIN
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN

1591957-3

Aprueban Términos de Referencia para la elaboración del Estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución, a que se refiere la Ley de Concesiones Eléctricas

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN
EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 225-2017-OS/CD

Lima, 27 de noviembre de 2017

CONSIDERANDO:

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 64 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante "LCE"), el Valor Agregado de Distribución (en adelante "VAD") se basa en una empresa modelo eficiente con un nivel de calidad preestablecido en las normas técnicas de calidad y considera como componentes: (i) Costos asociados al usuario, independientes de su demanda de potencia y energía; (ii) Pérdidas estándares de distribución en potencia y energía, y; (iii) Costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada. Adicionalmente al VAD, se incorpora un cargo asociado a la innovación tecnológica en los sistemas de distribución equivalente a un porcentaje máximo de los ingresos anuales que tengan como objetivo el desarrollo de proyectos de innovación tecnológica y/o eficiencia energética, dentro de los límites establecidos en el artículo 144-A del Reglamento de la LCE (en adelante "RLCE").

Que, los VAD fijados mediante Resolución Osinergmin N° 203-2013-OS/CD, se establecieron inicialmente para el período 01 de noviembre de 2013 al 31 de octubre de 2017 y, posteriormente, como consecuencia del Decreto Legislativo N° 1221 fueron prorrogados mediante Resolución Ministerial N° 530-2016-MEM-DM, para un grupo de empresas hasta el 31 de octubre de 2018 y para otro grupo hasta el 31 de octubre de 2019;

Que, el artículo 67 de la LCE dispone que los componentes del VAD se calculan para cada empresa concesionaria de distribución con más de cincuenta mil usuarios y para el resto de concesionarios de distribución se calcula en forma agrupada, mediante estudios de costos presentados por los concesionarios de distribución, de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por Osinergmin. Dichos Términos de Referencia deben ser publicados para recibir comentarios u opiniones de los interesados

CARTA N° 481-2017-BFE

Lima, 19 de diciembre de 2017

Señores

ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.

Jr. César López Rojas N° 201, Maranga

San Miguel.-

Att.: Dra. Soraya Ahomed

Ref.: Análisis sobre la procedencia de un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, que aprueba los Términos de Referencia para el cálculo de costos del Valor Agregado de Distribución

De nuestra consideración:

El presente informe tiene como objeto analizar la procedencia de la interposición de un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD que aprueba los Términos de Referencia (en adelante, TdR) para el cálculo de costos del Valor Agregado de Distribución 2018 - 2022 y 2019 - 2023 (en adelante, VAD).

En particular, se nos ha consultado si resulta procedente cuestionar vía reconsideración la decisión del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) de excluir de las materias a ser evaluadas según los TdR, aquella referida a la Participación de los Trabajadores en las Utilidades (en adelante, PTU), como parte de los costos de operación y mantenimiento a ser reconocidos y remunerados a través del VAD determinado en el proceso de fijación tarifaria.

Luego del correspondiente análisis, nuestra conclusión es que en aplicación del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), modificado mediante Decreto Legislativo 1221, y la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sí resulta procedente la interposición de un recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD que aprueba los TdR, en mérito a las siguientes razones:

- (i) De acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General, para que proceda el derecho de contradicción en sede administrativa deberán concurrir los siguientes requisitos: a) que el acto a cuestionarse sea definitivo o incluso un acto de trámite, siempre que determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión; b) que se afecte un derecho subjetivo o interés legítimo personal, actual y probado; y, c) que sea interpuesto en el plazo de 15 días hábiles.
- (ii) La Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD constituye un acto administrativo definitivo pues emite pronunciamiento de fondo que pone fin al

procedimiento de aprobación de los TdR, regulado en el artículo 67 de la LCE, de modo independiente al procedimiento de fijación tarifaria.

- (iii) Incluso si se le considerase como un acto de trámite dentro del procedimiento de regulación tarifaria –regulado por la Resolución de Consejo Directivo 080-2012-OS-CD–, dicho acto de trámite también sería recurrible, en tanto que genera indefensión a las empresas distribuidoras. En efecto, al tratarse de un acto administrativo que excluye ex profeso la PTU de los estudios de costos de las empresas distribuidoras –que serán realizados por los consultores–, se elimina de facto el derecho de estas concesionarias de discutir la incorporación o exclusión de este concepto dentro de los valores a reconocer y remunerar a través de las tarifas que se fijen en su favor. Esta situación genera indefensión en las distribuidoras quienes ven recortado su derecho de defensa y contradicción, en lo referido a la PTU, en el marco del procedimiento de fijación de tarifas.
- (iv) La Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD afecta el derecho subjetivo que el artículo 67 de la LCE asigna a las empresas distribuidoras al disponer que la evaluación de costos del VAD tome en consideración el cumplimiento de las normas laborales, entre otras. Ello, en tanto los TdR han excluido el concepto de PTU que se encuentra reconocido en normas laborales contenidas tanto en la Constitución como en el Decreto Legislativo 892.
- (v) Incluso si se considerase que la LCE no dispusiera la inclusión de los conceptos contenidos en normas laborales –como la PTU– en la evaluación de costos del VAD, la exclusión de la PTU de los alcances de los TdR también afecta el interés legítimo de las empresas distribuidoras, quienes ven recortado su derecho de defensa en relación con la discusión de la inclusión de la PTU y, con ello, eliminada la posibilidad de reconocimiento de costos en que han incurrido en cumplimiento de un mandato legal.

Cabe señalar que nuestro análisis y conclusiones podrían variar si se presentan cambios en los hechos o en la legislación. Dicho análisis y conclusiones se sustentan en los siguientes argumentos.

I. ANTECEDENTES

1. En noviembre del año 1992 se publicó la LCE, que, entre otros aspectos, estableció reglas para la fijación de tarifas máximas de distribución eléctrica a usuarios regulados¹. Sobre el particular, la norma dispuso que para efectuar el referido cálculo, se debía tomar en consideración el “Valor Agregado de Distribución” (VAD), que comprendía los siguientes componentes: (i) Costos asociados al usuario, independientes de su demanda de potencia y energía; (ii) Pérdidas estándares de distribución en potencia y energía; y, (iii) Costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada.

¹ El artículo 63° de la LCE establece que las tarifas máximas a los Usuarios Regulados del Servicio Público de Electricidad comprenderán los Precios a Nivel Generación, los peajes unitarios de los sistemas de transmisión correspondientes y el Valor Agregado de Distribución (en adelante, el VAD).



2. En setiembre de 2015 se publicó el Decreto Legislativo 1221 (el adelante, el DL 1221), que modificó algunas disposiciones de la LCE. En lo referido al cálculo del VAD, el DL 1221 estableció que adicionalmente a los conceptos señalados en la LCE, se considere un cargo asociado a la innovación tecnológica de los sistemas de distribución². Asimismo, estableció un procedimiento para la elaboración y aprobación de los TdR y dispuso que los mismos sean observados para realizar la evaluación de los estudios de costos.
3. La modificación introducida por el DL 1221 dispuso expresamente que para la evaluación de los referidos costos se tome en cuenta el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, haciendo énfasis en las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras. Asimismo, la modificación dispuso que los TdR sean publicados y puestos en conocimiento de los interesados, para que manifiesten su posición al respecto³.
4. Mediante Resolución de Consejo Directivo 168-2017-OS/CD del 24 de julio de 2017, OSINERGMIN publicó el Proyecto de TdR para la elaboración del Estudio de Costos del VAD 2018-2022 y 2019-2023. Dentro de los términos propuestos, el regulador excluyó el pago de la PTU como concepto a ser considerado en los costos de operación y mantenimiento. El proyecto de TdR fue comentado por ENEL DISTRIBUCIÓN a efectos que se restituya el mencionado concepto, en aplicación del artículo 67 de la LCE.
5. El 30 de noviembre de 2017, OSINERGMIN publicó en el Diario Oficial "El Peruano", la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD del 27 de noviembre de 2017, que aprobó los TdR que deberán seguir las empresas y los evaluadores para la elaboración del Estudio de Costos del VAD. La resolución dispuso la exclusión de la PTU para efectos del cálculo de los costos de operación y mantenimiento. La sección 6.1.7 denominada "Optimización de los costos de operación y mantenimiento técnico" señala lo siguiente:

"Las remuneraciones a utilizar serán totales, y no incluirán los eventuales ingresos por repartos de utilidades a los trabajadores."
6. Sobre este punto, el Informe Técnico 578-2017-GRT y el Informe Legal 580-2017-GRT, que sustentaron la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, se remitieron a los fundamentos expuestos en los Informes 430-2013-GART y 432-2013 GART, que sustentaron la fijación del VAD del año 2013, aprobada mediante Resolución OSINERGMIN 203-2013-OS/CD. En particular,

² Ver artículo 1 del DL 1221 que modifica el artículo 64 de la LCE.

³ Artículo 67.- Los componentes señalados en el artículo 64, se calculan para cada empresa concesionaria de distribución con más de cincuenta mil usuarios y para el resto de concesionarios de distribución conforme se señala en el artículo precedente, mediante estudios de costos presentados por los concesionarios de distribución, de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por OSINERGMIN. Dichos Términos de Referencia deben ser publicados para recibir comentarios u opiniones de los interesados por un plazo de hasta cuarenta y cinco días hábiles, debiendo ser aprobados a los noventa días hábiles desde su publicación, acompañándose la matriz de comentarios recibidos y la evaluación de cada uno de los mismos.

OSINERGMIN deberá realizar la evaluación de los estudios de costos considerando criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras.

OSINERGMIN puede modificar sólo aquellos aspectos de los estudios de costos presentados que habiendo sido oportunamente observadas no hubiesen sido absueltos por concesionarios de distribución. Para ello acompañará el sustento de la evaluación a cada una de las observaciones realizadas

señalaron que no correspondía que la PTU sea reconocida como un costo de operación y mantenimiento dado que no guardaría relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución eléctrica.

7. Se nos ha consultado si es procedente interponer algún recurso impugnatorio contra la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, en la medida que OSINERGMIN habría excluido conceptos que la LCE incluiría para la evaluación de costos del VAD, hecho que tendría un impacto en las tarifas máximas que se fijarán a para las empresas distribuidoras.

II. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LCE: SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL VAD

8. De acuerdo con el artículo 63 de la LCE, las tarifas máximas que una empresa distribuidora puede cobrar a los usuarios regulados, comprenden: (i) los precios a nivel generación; (ii) los peajes unitarios de los sistemas de transmisión correspondientes; y, (iii) el Valor Agregado de Distribución (VAD)⁴. Según el artículo 64 de la norma, el VAD se basa en una empresa modelo eficiente y considera los siguientes componentes⁵:

- a) Costos asociados al usuario, independientes de su demanda de potencia y energía;
- b) Pérdidas estándares de distribución en potencia y energía, y;
- c) Costos estándares de inversión mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada.

9. De acuerdo con el artículo 67 de la LCE, los componentes del VAD señalados en el artículo 64 son calculados mediante estudios de costos presentados por los concesionarios de distribución, los mismos que son elaborados por los consultores que contratan las distribuidoras en función a los TdR que aprueba OSINERGMIN. La modificación efectuada por el DL 1221 introduce un procedimiento para la aprobación de tales términos de referencia, el mismo que comprende la publicación de un proyecto de TdR para comentarios de los interesados, la evaluación y absolución de los mismos y la publicación de los TdR finales. El artículo 67 vigente establece lo siguiente:

⁴ Artículo 63.- Las tarifas máximas a los Usuarios Regulados, comprenden:

- a) Los Precios a Nivel Generación;
- b) Los peajes unitarios de los sistemas de transmisión correspondientes; y,
- c) El Valor Agregado de Distribución.

⁵ Artículo 64.- El Valor Agregado de Distribución (VAD) se basa en una empresa modelo eficiente con un nivel de calidad preestablecido en las normas técnicas de calidad y considera los siguientes componentes:

- a) Costos asociados al usuario, independientes de su demanda de potencia y energía;
- b) Pérdidas estándares de distribución en potencia y energía, y;
- c) Costos estándares de inversión mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada.

Adicionalmente al VAD, se incorpora un cargo asociado a la innovación tecnológica en los sistemas de distribución equivalente a un porcentaje máximo de los ingresos anuales que tengan como objetivo el desarrollo de proyectos de innovación tecnológica y/o eficiencia energética, los cuales son propuestos y sustentados por las empresas y aprobados por OSINERGMIN, debiéndose garantizar la rentabilidad de los mismos durante su vida útil considerando la tasa a la que se refiere el artículo 79 de la presente Ley. Tratándose de proyectos que reemplacen a instalaciones existentes deberá garantizarse el reconocimiento de los costos remanentes de estos últimos en caso no hayan cumplido su vida útil.

El Reglamento define los límites para este rubro, así como los criterios técnicos y económicos, oportunidad, compensaciones tarifarias y el plazo de duración de la compensación tarifaria.

“Artículo 67.- Los componentes señalados en el artículo 64, se calculan para cada empresa concesionaria de distribución con más de cincuenta mil usuarios y para el resto de concesionarios de distribución conforme se señala en el artículo precedente, mediante estudios de costos presentados por los concesionarios de distribución, de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por OSINERGMIN. Dichos Términos de Referencia deben ser publicados para recibir comentarios u opiniones de los interesados por un plazo de hasta cuarenta y cinco días hábiles, debiendo ser aprobados a los noventa días hábiles desde su publicación, acompañándose la matriz de comentarios recibidos y la evaluación de cada uno de los mismos.

OSINERGMIN deberá realizar la evaluación de los estudios de costos considerando criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras.

OSINERGMIN puede modificar sólo aquellos aspectos de los estudios de costos presentados que habiendo sido oportunamente observadas no hubiesen sido absueltos por concesionarios de distribución. Para ello acompañará el sustento de la evaluación a cada una de las observaciones realizadas.”

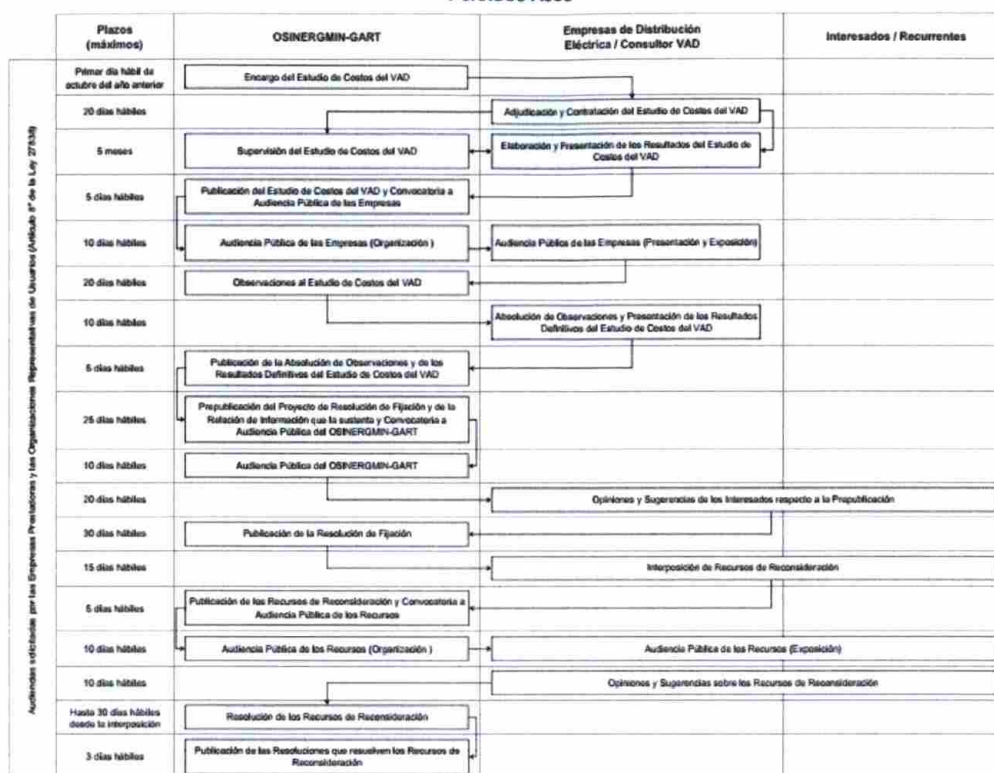
[Énfasis agregado]

10. De acuerdo con la Resolución de Consejo Directivo 080-2012-OS-CD, Texto Único Ordenado y Concordado de la Norma de Procedimientos para Fijación de Precios Regulados, la elaboración y determinación de TdR no forma parte del procedimiento para la fijación de tarifas de distribución eléctrica. No obstante, el estudio de costos del VAD que permite el inicio de dicho procedimiento sí se basa necesariamente en los referidos TdR aprobados en mérito al procedimiento regulado en el artículo 67 de la LCE.
11. Como se aprecia del flujograma contenido en el Anexo B.1 de la Resolución de Consejo Directivo 080-2012-OS-CD, el procedimiento de fijación de tarifas parte de la elaboración de un estudio de costos del VAD a cargo del consultor contratado por la empresa distribuidora, luego de lo cual dicho documento es evaluado por el supervisor designado por OSINERGMIN:



Privilegiado y confidencial
Producto de trabajo de abogado

FLUJOGRAMA DEL ANEXO B.1
PROCEDIMIENTO PARA LA FIJACIÓN DE LAS TARIFAS DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA: VALOR AGREGADO DE DISTRIBUCIÓN (VAD) Y CARGOS FIJOS



12. Por tanto, la elaboración y aprobación de los TdR para el cálculo de costos del VAD se realiza en el marco del procedimiento regulado en el artículo 67 de la LCE, el mismo que es independiente del procedimiento de fijación de tarifas regulado en la Resolución de Consejo Directivo 080-2012-OS-CD. En el primer caso, el procedimiento culmina con la fijación los TdR, siendo que en el último el procedimiento culmina con la fijación de tarifas.
13. El hecho que el procedimiento de fijación de tarifas se base en el pronunciamiento emitido en el procedimiento de aprobación de los TdR no contradice el carácter definitivo de este acto administrativo (TdR), ni convierte el procedimiento de aprobación de TdR en parte del procedimiento de fijación de tarifas, tal como se aprecia del flujograma establecido en la Resolución de Consejo Directivo 080-2012-OS-CD.
14. Finalmente, siendo que en el procedimiento de aprobación de TdR se determina los criterios bajo los cuales se elaborará el estudio de costos del VAD y que en el procedimiento de fijación de tarifas se determina los montos máximos a cobrar por las distribuidoras, en ambos procedimientos administrativos el pronunciamiento de OSINERGMIN impacta en los derechos subjetivos e intereses legítimos de las empresas distribuidoras.

III. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

15. El artículo 118 del Decreto Supremo 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante,

LPAG), contempla el derecho de contradicción de los administrados frente a actos que afectan, desconocen o lesionan un derecho o un interés legítimo. La norma agrega que para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, éste debe ser legítimo, personal, actual y probado. Asimismo, el interés puede ser material o moral. Como consecuencia del derecho de contradicción, el acto puede ser revocado, modificado, anulado o suspenderse sus efectos⁶.

16. Según Morón, un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando *"alguna norma jurídica asigna un determinado derecho que debe ser reconocido en el procedimiento (...) o, cuando, poseyendo ya un derecho reconocido administrativamente, debe acudir a la Administración para remover un obstáculo que se opone a él (...)"*⁷. De otro lado, existe un interés legítimo cuando *"el acto administrativo dictado le reporte un beneficio (si le determina una situación positiva o le elimina una restricción), o, por el contrario, le originara un perjuicio (esa violación, afectación, desconocimiento o lesión que habla la ley)."*⁸
17. En lo referido al "interés legítimo", el autor sostiene que debe concurrir tres elementos subjetivos-formales: (i) Ser un interés personal: el beneficio o afectación debe tener repercusión en el ámbito privado de quien lo alegue; (ii) Ser un interés actual: el beneficio o afectación debe tener una repercusión o incidencia efectiva e inmediata en la esfera del titular del interés reclamado; y, (iii) Ser un interés probado: el beneficio o afectación que el contenido del acto produce debe estar acreditado sin que baste una mera alegación⁹.
18. Por su lado, Gordillo diferencia al "interés legítimo", que habilita el ejercicio del derecho de contradicción, del "interés simple", señalando que en el primero hay por lo general una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial, mientras que el interés simple incumbe a todos los habitantes. Agrega que *"[l]as circunstancias que rodean al acto o hecho cuestionado deben trazar un círculo de interés, definido con precisión suficiente; puede así tratarse de una medida administrativa que afecte a todos los comerciantes, o a todos los usuarios de un servicio público, etc. pero no a todos los contribuyentes del Estado, o a todos los ciudadanos o habitantes (...) "*¹⁰.
19. En cuanto al acto objeto del derecho de contradicción, el artículo 225 de la LPAG establece que *"son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión."*¹¹

⁶ Artículo 118.- Facultad de contradicción administrativa

118.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.

118.2 Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado. El interés puede ser material o moral.

118.3 La recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo.

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 610.

⁸ Ibidem.

⁹ Ídem, p. 611-612.

¹⁰ GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. P. 183-184.

¹¹ Artículo 215. Facultad de contradicción



20. Danós, citando a Canosa, indica que los actos administrativos definitivos son *"aquellos que ponen fin a una instancia del procedimiento administrativo, sea la primera o una ulterior, decidiendo sobre el fondo de la cuestión planteada."*, mientras que los actos de trámite *"son actos instrumentales para el dictado de otro acto administrativo final, al que preparan y hacen posible (...) no ponen término al procedimiento administrativo porque carecen de contenido decisorio y voluntad resolutive sobre el tema de fondo"*¹².
21. El autor señala que los actos administrativos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, frustran o clausuran dicho procedimiento de manera que no puede dictarse un acto definitivo. Asimismo, citando a Cierco, Danós indica que los actos administrativos de trámite que causan indefensión son *"aquellos actos intermedios que ora impidan a los sujetos afectados adquirir la condición de interesados (piénsese, por ejemplo, en la negativa de la Administración a admitir la personación del titular de un interés legítimo vinculado al objeto del procedimiento), ora liquiden o limiten el ejercicio de los poderes instrumentales que a los mismos asisten en el seno del iter administrativo (impidiendo el acceso a un determinado documento, reduciendo el plazo previsto para la presentación de alegaciones, rechazando la práctica de una prueba, omitiendo el trámite de audiencia, entre otras hipótesis)..."*¹³.
22. De acuerdo con el artículo 216 de la LPAG, los recursos impugnativos pueden ser clasificados en: (i) apelación; (ii) reconsideración; y, eventualmente, (iii) revisión, cuando así lo dispone la ley o decreto legislativo¹⁴. El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho¹⁵, mientras que el recurso de reconsideración deberá sustentarse en nueva prueba y se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación. Sin perjuicio de ello, el recurso de reconsideración también procede en los casos de actos administrativos emitidos

215.1 Conforme a lo señalado en el artículo 118, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo.

215.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

215.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

215.4 Cabe la acumulación de pretensiones impugnatorias en forma subsidiaria, cuando en las instancias anteriores se haya analizado los hechos y/o fundamentos en que se sustenta la referida pretensión subsidiaria.

¹² DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "La Impugnación de los Actos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja". Derecho & Sociedad. Lima, 28, p. 268.

¹³ Ídem, p. 269.

¹⁴ Artículo 216. Recursos administrativos

216.1 Los recursos administrativos son:

a) Recurso de reconsideración

b) Recurso de apelación

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

216.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

¹⁵ Artículo 218.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

por órganos que constituyen única instancia, no requiriéndose en tal caso de nueva prueba¹⁶.

23. Cabe señalar que de acuerdo con lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar de la LPAG, las disposiciones contenidas en dicha norma son aplicables a todos los procedimientos administrativos, incluidos los especiales, siendo que las leyes que regulen tales procedimientos particulares no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados¹⁷. En tal sentido, aunque el artículo 155 del Reglamento de la LCE –aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM– exija la presentación de estudios técnicos y/o documentación sustentatoria con la interposición del recurso de reconsideración, dicho requisito ya no resulta oponible a los administrados cuando cuestionen actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia.
24. Finalmente, de acuerdo con la LPAG, el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días hábiles, y deberán ser resueltos por la autoridad en el plazo de treinta (30) días¹⁸.
25. Por tanto, para que proceda el derecho de contradicción en sede administrativa deberán concurrir los siguientes requisitos:
 - (i) Que el acto a cuestionarse sea definitivo o de trámite siempre que determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión;
 - (ii) Que se afecte un derecho subjetivo o interés legítimo;
 - (iii) Que sea interpuesto en el plazo de 15 días hábiles.

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

26. Según la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, que aprobó los TdR para el cálculo de costos del VAD que será utilizado en el procedimiento de fijación de tarifas 2018-2022 y 2019-2023, los costos de operación y mantenimiento no incluirán la PTU. Esta regla deberá ser aplicada por los consultores contratados por las empresas distribuidoras en la elaboración de los respectivos estudios de costos, tal como se aprecia en el último párrafo de la sección 2 del referido acto administrativo:

“En consecuencia, se requiere establecer el VAD para el periodo 2018-2022 para el primer grupo de empresas y para el periodo 2019-2023 para el segundo grupo. En ese sentido, se requiere establecer

¹⁶ Artículo 217.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

¹⁷ Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.

¹⁸ Ver Artículo 216.2 antes citado.



*Privilegiado y confidencial
Producto de trabajo de abogado*

*los Términos de Referencia que utilizarán las empresas para la
Elaboración del Estudio de Costos del VAD (Estudio VAD)."*

27. Como veremos en los siguientes párrafos en el presente caso concurren los requisitos establecidos en la LPAG para que las empresas distribuidoras interpongan un recurso de reconsideración.

A) Existencia de un Acto Definitivo

28. La Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD constituye un acto definitivo pues, pone fin al procedimiento regulado en el artículo 67 de la LCE mediante la aprobación de los TdR.
29. Como fue demostrado previamente, este procedimiento consta de diversas etapas y comprende la emisión de actos de trámite. Así, antes de la emisión de la resolución que aprueba los TdR, el regulador debe emitir un proyecto de TdR, publicar dicho acto administrativo para conocimiento de los sectores interesados, otorgar un plazo de hasta 45 días hábiles para el envío de comentarios y evaluar y responder cada uno de ellos. Solo después de ello se emite un pronunciamiento de fondo que pone fin a la materia de discusión en el procedimiento.
30. Así, en el presente caso es la Resolución de Consejo Directivo 168-2017-OS/CD que dispuso la publicación del proyecto de TdR para comentarios la que eventualmente puede calzar como un acto de trámite, siendo la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, que aprueba los TdR, el pronunciamiento final sobre el fondo en discusión, esto es, los términos de referencia a aprobarse para el cálculo de los costos del VAD de distribución.
31. Finalmente, es importante notar que a diferencia de lo señalado en la Resolución de Consejo Directivo 168-2017-OS/CD que dispuso la publicación del proyecto de TdR, el texto expreso de la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD hace referencia al cumplimiento de los requisitos de validez de los actos administrativos:

*"Que, finalmente se han emitido el Informe Técnico N° 578-2017-GRT elaborado por la División de Distribución Eléctrica y el Informe Legal N° 580-2017-GRT de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación de Tarifas, **los cuales complementan la motivación que sustenta la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos** a que se refiere el numeral 4 del Artículo 3°, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS;"*

[Énfasis agregado]

32. Por tanto, la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD constituye un acto definitivo que tiene contenido decisorio y voluntad resolutoria sobre el tema



de fondo, poniendo fin a la instancia en el marco del procedimiento establecido por el artículo 67 de la LCE. En tal sentido el referido acto administrativo es susceptible de ser impugnado en mérito al artículo 225 de la LPAG.

B) Acto de Trámite que genera indefensión o imposibilita la continuación del procedimiento

33. Sin perjuicio de la clara naturaleza de acto definitivo, incluso en el supuesto negado que se considerase que los TdR no son emitidos en un procedimiento administrativo independiente al procedimiento de fijación de tarifas –aun cuando ambos procedimientos son regulados por normas distintas–, dicho pronunciamiento podría ser calificado como un acto de trámite que genera indefensión en las distribuidoras y hasta en cierta forma determina la imposibilidad de continuar el procedimiento en lo referido a la discusión del reconocimiento de la PTU.
34. Como fue mencionado, los TdR establecen las reglas que las empresas distribuidoras deben observar para el cálculo de costos del VAD. Al tratarse de un acto administrativo que excluye ex profeso la PTU de los estudios de costos de las empresas distribuidoras –que serán realizados por los consultores–, se elimina de facto el derecho de estas concesionarias de discutir la incorporación o exclusión de este concepto dentro de los valores a reconocer y remunerar a través de las tarifas que se fijen en su favor.
35. Esta situación genera indefensión en las distribuidoras quienes ven recortado su derecho de defensa y contradicción, en lo referido a la PTU, en el marco del procedimiento de fijación de tarifas. Así, de considerarse que la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD constituye un acto de trámite, éste sería susceptible de ser impugnado en tanto causa indefensión a las empresas distribuidoras.
36. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en consideración que con la exclusión de la PTU de los TdR, se impide la continuación de esta discusión en el procedimiento de fijación de tarifas. Siendo que la resolución que fije tarifas no abordará el reconocimiento de la PTU, lo resuelto por la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD, que aprueba los TdR, frustraría la posibilidad de que se emita un acto definitivo sobre este extremo.
37. Por tanto, incluso en el escenario que se considerase a la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD como un acto de trámite, dicho acto administrativo también calzaría en el presupuesto establecido por el artículo 225 de la LPAG para determinar la procedencia de un recurso impugnatorio.

C) Afectación de un derecho subjetivo

38. La exclusión de la PTU afecta el derecho subjetivo que el artículo 67 de la LCE asigna a las empresas distribuidoras. Como fue señalado en la sección II, el referido artículo dispone expresamente que la evaluación de costos considere las normas laborales. Así, el segundo párrafo señala lo siguiente:

“OSINERGMIN deberá realizar la evaluación de los estudios de costos considerando criterios de eficiencia de las inversiones y de la

*gestión de un concesionario operando en el país, **considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas** ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, **laborales**, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras.”*

39. Como se observa del artículo 67, la evaluación de los estudios de costos que debe efectuar OSINERGMIN debe considerar el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general y especialmente de las normas laborales, entre otras disposiciones. Si el Regulador debe considerar el cumplimiento de las normas laborales al evaluar los costos a considerar en el VAD, es claro que el estudio de costos que elaborarán los consultores contratados por las distribuidoras, en función a los TdR aprobados por OSINERGMIN, tiene que considerar también el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general y especialmente de las normas laborales.
40. Sobre el particular, el artículo 29 de la Constitución reconoce el derecho de los trabajadores –y la correlativa obligación de las empresas– a participar en las utilidades de las empresas, en los siguientes términos: *“El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.”*
41. En la misma línea, a nivel legal, el Decreto Legislativo 892, regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría¹⁹. Al respecto, el artículo 2 establece que *“[l]os 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. (...)”*²⁰.

¹⁹ Artículo 1.- El presente Decreto Legislativo regula el derecho de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría.

²⁰ Artículo 2.- 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. El porcentaje referido es como sigue:

- Empresas Pesqueras 10%
- Empresas de Telecomunicaciones 10%
- Empresas Industriales 10%
- Empresas Mineras 8%
- Empresas de Comercio al por mayor y al por menor y Restaurantes 8%
- Empresas que realizan otras actividades 5%
- Dicho porcentaje se distribuye en la forma siguiente:
 - a) 50% será distribuido en función a los días laborados por cada trabajador, entendiéndose como tal los días real y efectivamente trabajados.
 - A ese efecto, se dividirá dicho monto entre la suma total de días laborados por todos los trabajadores, y el resultado que se obtenga se multiplicará por el número de días laborados por cada trabajador
 - b) 50% se distribuirá en proporción a las remuneraciones de cada trabajador.
 - A ese efecto, se dividirá dicho monto entre la suma total de las remuneraciones de todos los trabajadores que correspondan al ejercicio y el resultado obtenido se multiplicará por el total de las remuneraciones que corresponda a cada trabajador en el ejercicio.
 - La participación que pueda corresponderle a los trabajadores tendrá respecto de cada trabajador, como límite máximo, el equivalente a 18 (dieciocho) remuneraciones mensuales que se encuentren vigentes al cierre del ejercicio.
 - Se entiende por remuneración la prevista en los Artículos 39 y 40 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo.



42. Asimismo, el artículo 10 del Decreto Legislativo 892 establece que “[l]a participación en las utilidades fijadas en este Decreto Legislativo y las que el empleador otorgue unilateralmente a sus trabajadores o por convenio individual o convención colectiva, constituyen gastos deducibles para la determinación de la renta imponible de tercera categoría.”
43. Siendo que la norma laboral y la propia Constitución en una disposición de esta materia establece la obligatoriedad de la PTU, este concepto deber ser considerado para el cálculo de costos, en aplicación el artículo 67 de la LCE. De este modo, la exclusión de la PTU determinada por los TdR desconoce el derecho subjetivo de reconocimiento previsto por el marco legal.
44. Por tanto, la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD genera la afectación de un derecho subjetivo de las empresas distribuidoras, lo que las legitima a interponer un recurso de reconsideración contra dicho acto administrativo.

D) Afectación de un interés legítimo

45. Incluso si la LCE no dispusiera la inclusión de los conceptos laborales en la evaluación de costos, la exclusión de la PTU determinada por los TdR afectaría el interés legítimo de las empresas distribuidoras, quienes verían recortado su derecho de defensa y con ello reducido el reconocimiento de los pagos que efectuaron.
46. En efecto, en el presente caso concurren los tres elementos subjetivos-formales requeridos para la comprobación de la existencia de un interés legítimo.
47. Se trata de un interés personal, pues la afectación en el derecho de defensa y reconocimiento de costos solo repercute en las empresas distribuidoras obligadas a aplicar las reglas establecidas en los TdR, como es el caso de ENEL DISTRIBUCIÓN, sin que se trate de una disposición que afecte a todos los ciudadanos, como ocurre en los casos de interés simple.
48. Asimismo, se trata de un interés actual y probado en tanto la repercusión es inmediata en la esfera del titular del interés reclamado, pues las distribuidoras ya se encuentran en la obligación de contratar a los consultores para que elaboren los estudios de costos según los TdR, excluyendo la PTU, tal como lo dispone el artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD²¹. En efecto, el plazo para efectuar los estudios de costos de acuerdo con lo señalado por los TdR ya ha empezado a correr, por lo que a la fecha ha quedado acreditada la afectación al derecho de defensa pues ya no es posible discutir la pertinencia de la inclusión de la PTU.
49. Así, la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD priva a las distribuidoras incluso de plantear la posibilidad de que se reconozca el pago

²¹ Artículo 3.- Establecer que el plazo para la presentación de los Estudios de Costos del Valor Agregado de Distribución, previsto en el ítem a) del Anexo B.1.1 de la Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 080-2012-OS/CD, correspondiente a la fijación del Valor Agregado de Distribución para el periodo 2018 – 2022, respecto de las empresas Enel Distribución Perú, Luz del Sur, Electro Dunas, Electro Tocache, Emseusa, Proyecto Especial Chavimochic, Emsemsa, Sersa, Eilhicha, Coelvisac, Egepsa, Electro Pangoa, Esempat y Edelsa, será a más tardar, el primer día útil del mes de mayo de 2018.

realizado por concepto de PTU como un costo del VAD. Como es evidente, en una etapa posterior el OSINEGMIN ni siquiera tendría que pronunciarse al respecto al fijar el VAD, pues aquel concepto habría sido descartado en origen, por la propia decisión del OSINERGMIN en contra de lo que dispone el artículo 67 de la LCE (considerando el cumplimiento de las normas laborales).

50. Sin perjuicio de lo anterior, es importante notar que la afectación que generan los TdR sobre los intereses de las distribuidoras queda acreditada en la modificación introducida por el DL 1221. En efecto, al haberse dispuesto la publicación de los TdR y haber otorgado un plazo de 45 días hábiles *"para recibir comentarios u opiniones de los interesados"*, además de haberse dispuesto la evaluación y respuesta de los mismos; se deja en evidencia que estos términos de referencia sí afectan los intereses de las empresas obligadas a su cumplimiento. De no ser ello así, no se habría establecido un procedimiento que garantice su participación.
51. Siendo que la Resolución de Consejo Directivo 225-2017-OS/CD: (i) constituye un acto administrativo definitivo; o, en el peor de los casos, un acto de trámite que genera indefensión y hasta determinaría la imposibilidad de continuar el procedimiento en lo referido a la PTU; y, (ii) que afecta un derecho subjetivo reconocido por el artículo 67 de la LCE; o en el peor de los casos, un interés legítimo personal, actual y probado; la interposición de un recurso impugnatorio en su contra sería procedente siempre que el mismo se presente dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en la LPAG.
52. Considerando que el Consejo Directivo de OSINGERMIN constituye instancia única, al no contar con un superior jerárquico, el recurso que se interponga será el de reconsideración, sin que sea necesario adjuntar nueva prueba.

V. CONCLUSIONES

Nuestras conclusiones son las que han sido expresadas al inicio del presente documento.

Quedamos a su disposición para cualquier aclaración o ampliación sobre el particular.

Atentamente,



Alejandro Falla J.



Eduardo Quintana S.



Fiorella Zumaeta C.



Discusión Técnica sobre términos de referencia aprobados por Osinergmin
mediante resolución N° 225-2017-OS-CD para la realización del Estudio VAD

Numeral 7.2 “Plan de Reemplazo Gradual a Sistemas de Medición
Inteligente”

Literal 8 “Alerta de ausencia de tensión”

Discusión Técnica

- *Consideraciones relacionadas a la gestión de cortes de energía en la red de BT*

En relación al numeral 7.2 “Plan de Reemplazo Gradual a Sistemas de Medición Inteligente”, literal 8, el Grupo ENEL es de la opinión que la integración de una funcionalidad de “Alerta de ausencia de tensión” a nivel de medidores no resulta sostenible comparado con los beneficios que la misma función puede ofrecer al mercado.

La integración de esta funcionalidad representaría un sobre costo relevante que podría impactar los parámetros económicos relacionados con la masificación de la tecnología a nivel País (la integración de esta función a nivel de medidor significaría un impacto directo en la inversión total del sistema afectando una variable directamente proporcional al número de clientes existentes).

Además, a nivel internacional, aun no existen ejemplos de despliegue de sistemas de Medición Inteligente que implementan esta función a nivel masivo y que puedan confirmar la efectividad operativa de la solución.

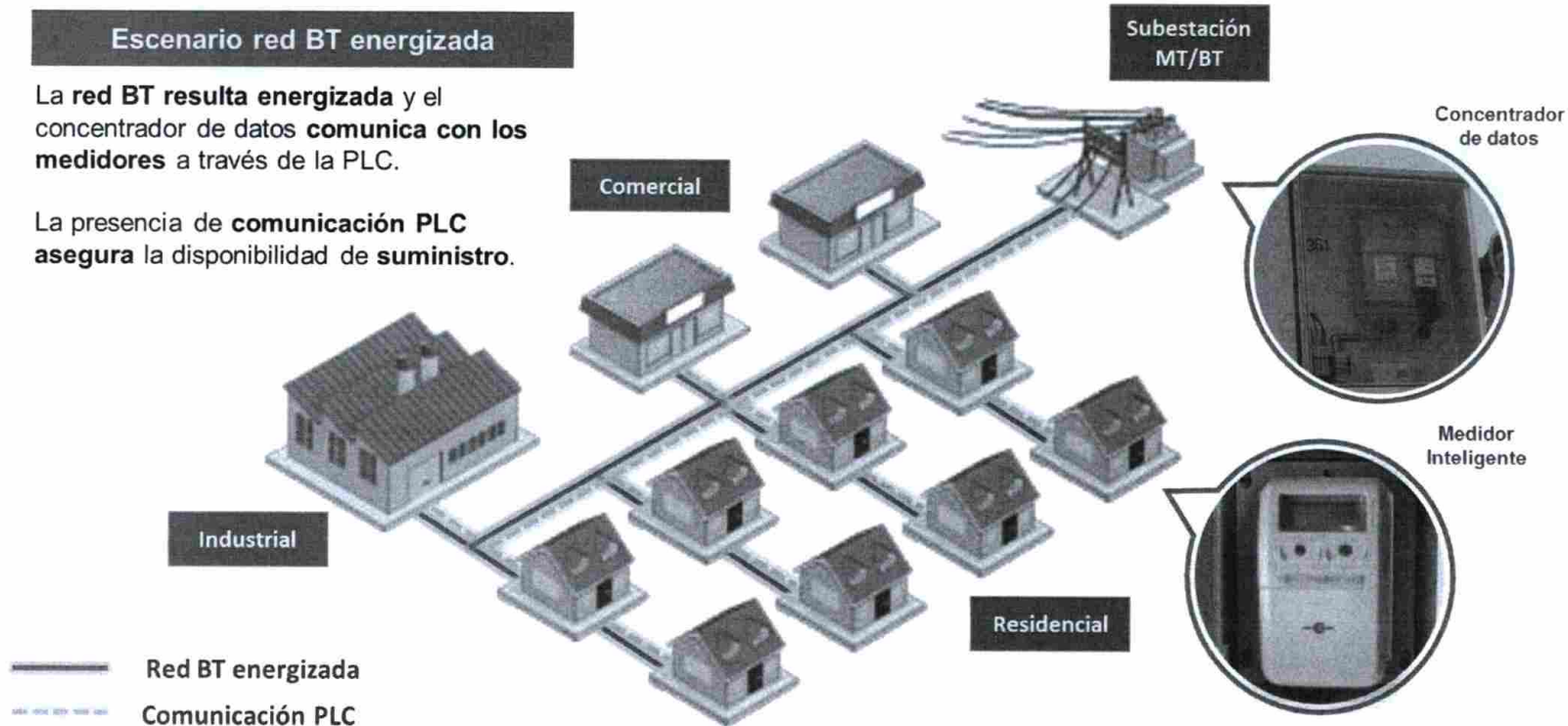
Finalmente, Grupo ENEL es de la opinión que la calidad del servicio BT se puede mejorar gracias a un conjunto de sistemas de la red que, trabajando en forma coordinada, pueden entregar un valor importante al mercado reduciendo los parámetros de SAIDI/SAIFI y asegurando a los clientes una mejor y mas rápida atención en caso de falla de suministro (ej. Sistemas de telecontrol y telemando).

Confirmando la gran importancia que la calidad del servicio representa en el mercado de la energía eléctrica, Grupo ENEL recomienda considerar como requerimiento funcional mínimo del Anexo Técnico **una curva de re-establecimiento del servicio de suministro en función del tiempo y del número total de clientes afectados por parte de un corte masivo de energía**. En esta forma, las empresas podrán establecer sistemas y estrategias para cumplir la curva requerida y ocupando las tecnologías mas en línea con sus operaciones. Al mismo tiempo, se podría asegurar al mercado la garantía de una mayor agilidad en las operaciones de reposición del servicio desde el momento que eventuales condiciones excepcionales que han generado un corte masivo del suministro se encuentren resueltas.

Discusión Técnica

- Consideraciones relacionadas a la gestión de cortes de energía en la red de BT*

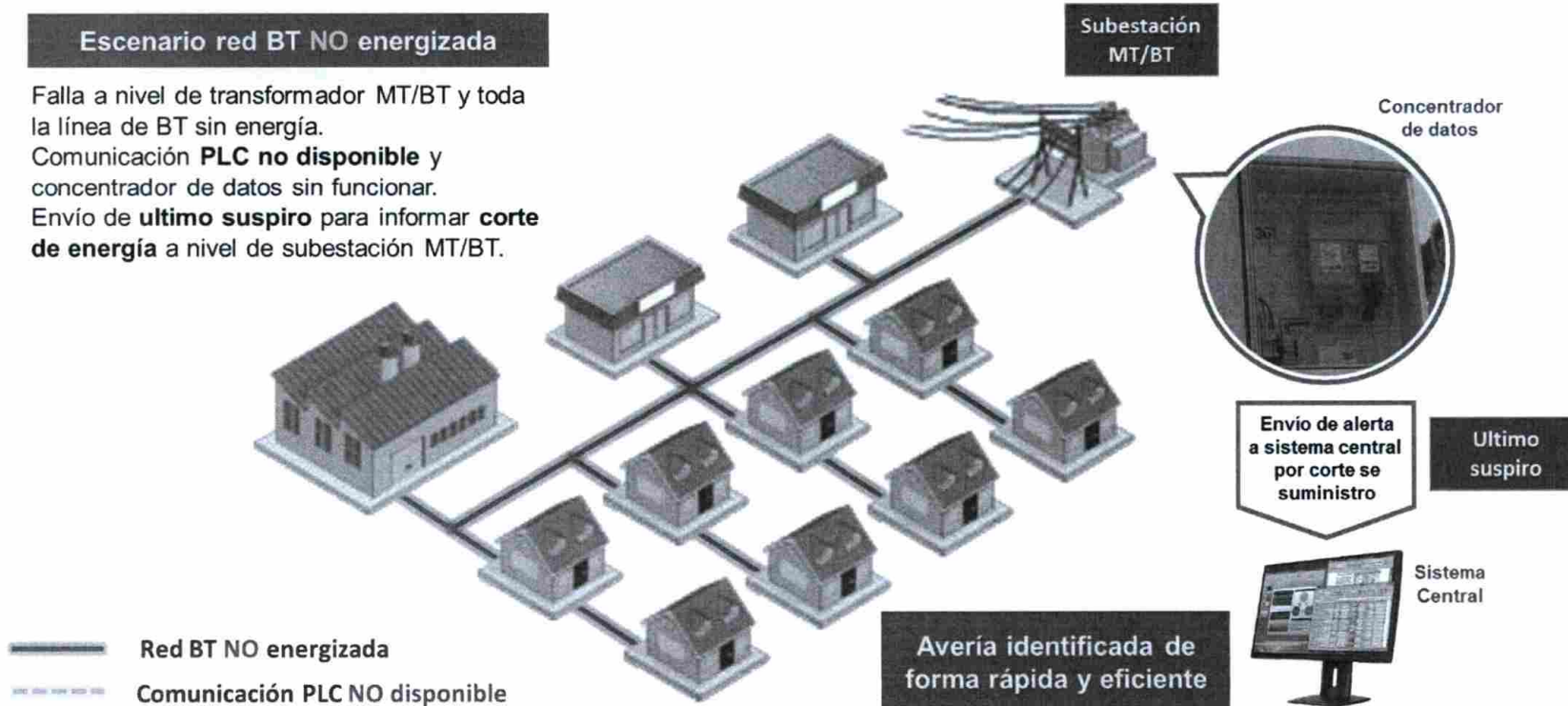
Para asegurar la máxima agilidad en la reposición del servicio en caso de cortes excepcionales, Grupo ENEL propone las siguientes estrategias que consideran funciones ofrecidas por parte de un sistema de Medición Inteligente.



Discusión Técnica

- Consideraciones relacionadas a la gestión de cortes de energía en la red de BT*

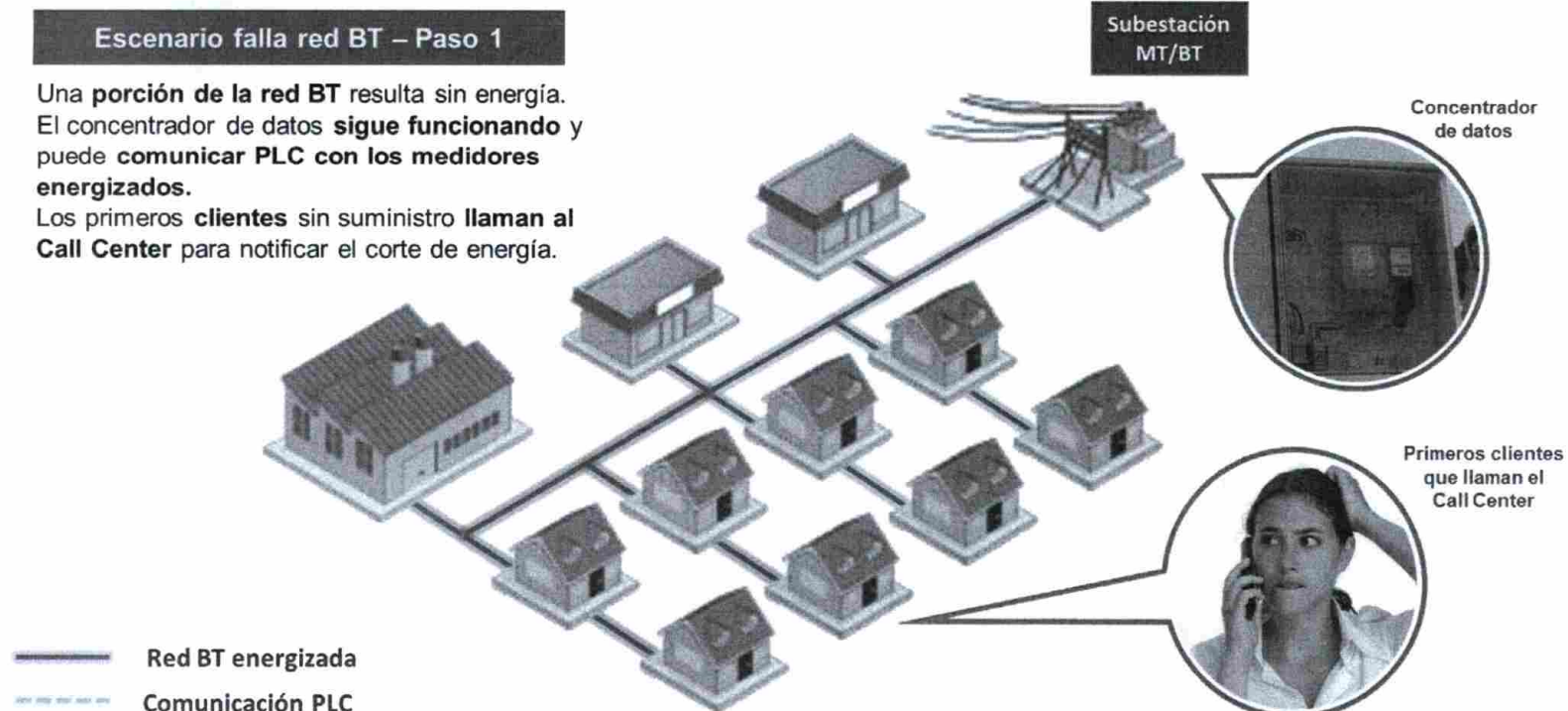
El primero escenario de falla de energía a nivel de red BT considera el uso de la función de ultimo suspiro implementada a nivel de concentrador de datos. Los concentradores de datos implementan, en la mayoría de los casos, todas las tecnologías necesarias para ofrecer funciones de ultimo suspiro de forma directa y económicamente sustentable.



Discusión Técnica

- *Consideraciones relacionadas a la gestión de cortes de energía en la red de BT*

El segundo escenario de falla de energía a nivel de red BT considera el uso de la comunicación PLC para identificar las porciones de red BT afectadas por parte de un corte de suministro a partir de los primeros llamados de los clientes sin energía al call center. La información suministrada por parte del sistema de Medición Inteligente ayuda a la Empresa Distribuidora a gestionar de forma mas ágil y eficiente las cuadrillas involucradas en la resolución de la emergencia.

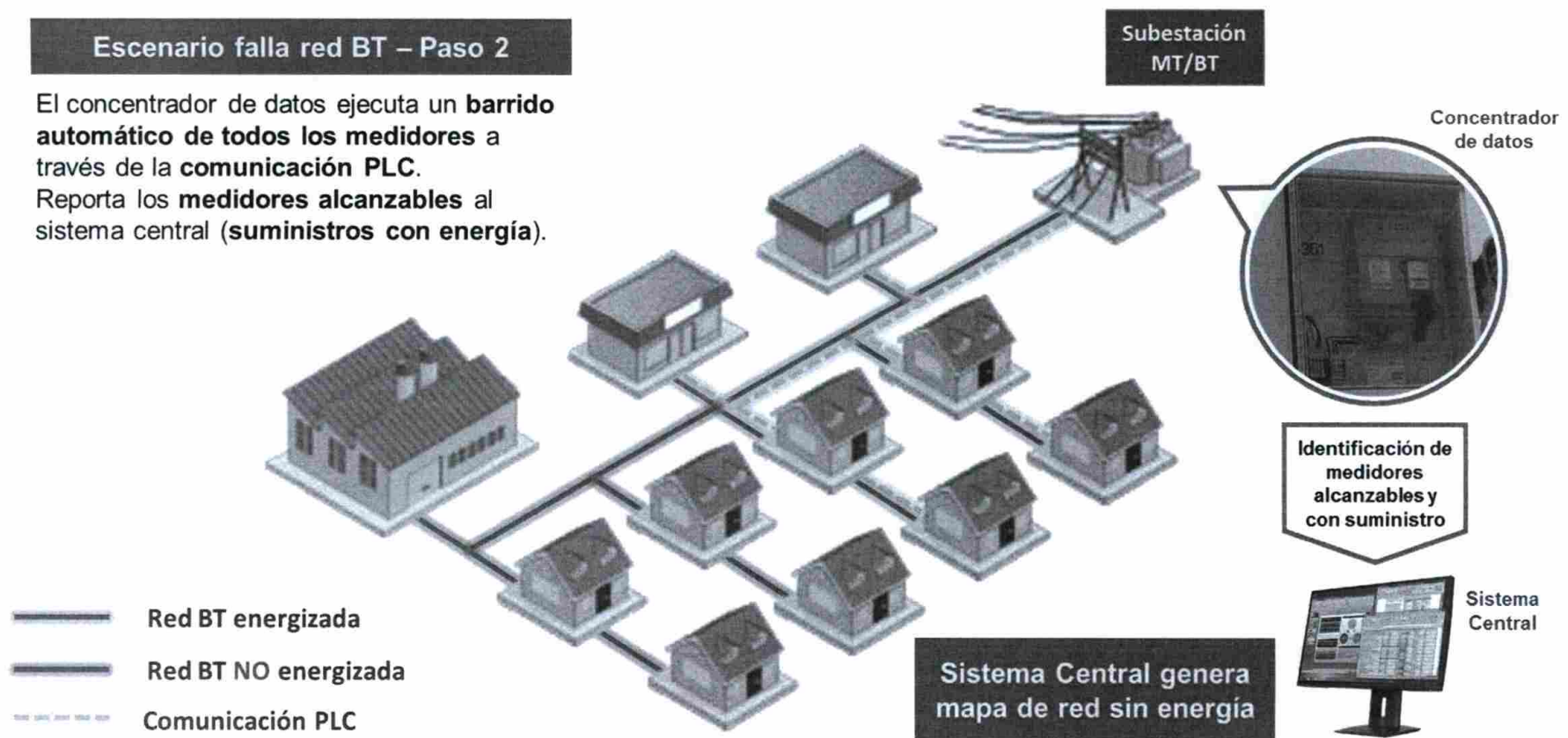


Discusión Técnica

- *Consideraciones relacionadas a la gestión de cortes de energía en la red de BT*

Escenario falla red BT – Paso 2

El concentrador de datos ejecuta un **barrido automático de todos los medidores** a través de la **comunicación PLC**.
Reporta los **medidores alcanzables** al sistema central (**suministros con energía**).

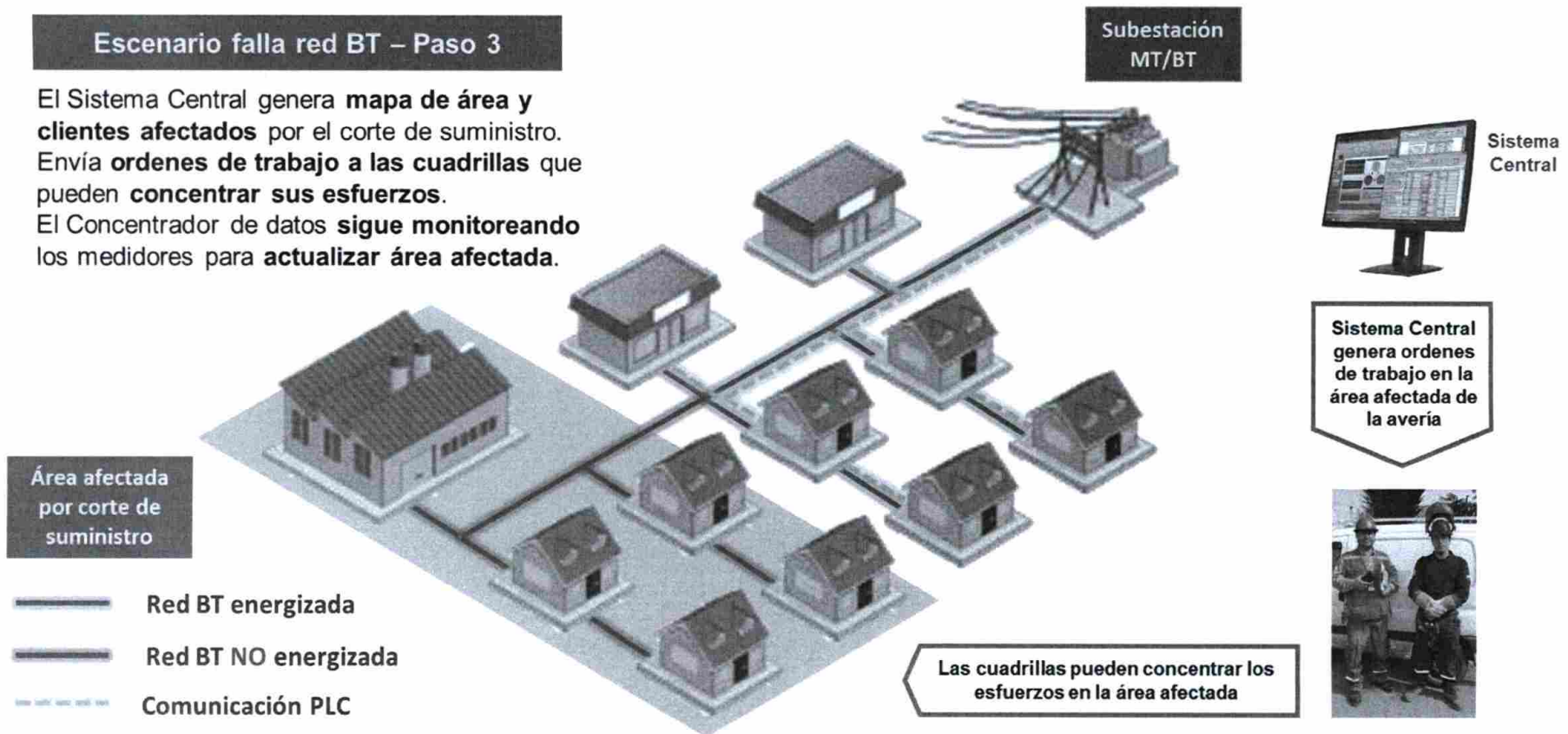


Discusión Técnica

- *Consideraciones relacionadas a la gestión de cortes de energía en la red de BT*

Escenario falla red BT – Paso 3

El Sistema Central genera **mapa de área y clientes afectados** por el corte de suministro. Envía **órdenes de trabajo** a las **cuadrillas** que pueden **concentrar sus esfuerzos**. El Concentrador de datos **sigue monitoreando** los medidores para **actualizar área afectada**.



Anexo N° 2

**Informes Técnicos N° 029-2013-OEE/OS, N° 054-
2013-OEE/OS y N° 067-2013-OEE/OS**

**Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
Oficina de Estudios Económicos - OEE
Informe Técnico N° 029-2013-OEE/OS**

**Opinión respecto a la Participación de los Trabajadores en las Utilidades en el cálculo del
Valor Agregado de Distribución**

1. Antecedentes

De acuerdo a la Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE), y el Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la LCE, el OSINERGMIN fija cada 4 años el Valor Agregado de Distribución (en adelante, VAD) requiriéndose establecer este valor para el periodo del 1 de noviembre de 2013 hasta octubre de 2017.

En el proceso regulatorio del VAD, la empresa consultora del Sector Típico 1 propuso en su Informe Final del Estudio de Costos del VAD 2013-2017 considerar como parte de los costos de operación y mantenimiento, en el rubro de costos de personal, la participación de los trabajadores en las utilidades, sustentado el pedido en tres informes legales. Al respecto, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (en adelante, GART) solicitó la opinión de la Oficina de Estudios Económicos. En tal sentido, en el presente Informe Técnico se emite la opinión solicitada respecto de los aspectos regulatorios desde la perspectiva económica.

2. Informes legales

La GART remitió los informes legales de los estudios “Rodrigo, Elías & Medrano”, “Echecopar” y “Bullard, Falla y Ezcurra”. El informe del estudio “Rodrigo, Elías & Medrano” sustenta que la participación de los trabajadores en las utilidades debe ser considerado como costos del personal en el cálculo del VAD. Específicamente, se señala que la participación de los trabajadores en la utilidad de la empresa es un derecho que está normado por el D. L. N° 892, siendo un pago obligatorio a favor de los trabajadores y constituyéndose parte de los ingresos de los mismos como lo indica la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00750-2011-PA/TC. Asimismo, desde el enfoque tributario se considera un gasto que es deducible del pago por impuesto a la renta de tercera categoría, como lo establece el D. L. N° 892 y el informe N° 033-2010-SUNAT/4B0000.



Adicionalmente, el informe indica que el pago de utilidades a los trabajadores fue reconocido como costo de personal en fijaciones tarifarias anteriores (2005 y 2009).

El informe del estudio “Echecopar” también indica que la participación de los trabajadores en las utilidades es un derecho del trabajador y una obligación del empleador, de acuerdo al D. L. 892. Asimismo, el informe precisa que en la fijación tarifaria se debe reconocer todos los costos que debe asumir una empresa prestadora de servicios públicos. En ese sentido, se debe incluir en la determinación del VAD la participación de los trabajadores en las utilidades al ser un costo laboral que debe asumir la empresa. Por su parte, el informe del estudio “Bullard, Falla y Ezcurra” señala que la participación de los trabajadores en las utilidades constituye un beneficio social, similar a otros beneficios como las vacaciones y gratificaciones, al ser una obligación y formar parte de la política remunerativa de las empresas del sector. Asimismo, el informe indica que la forma como se calcula la participación de los trabajadores no debería ser un criterio para determinar que dicho costo no se debe de reconocer, precisando que en otras jurisdicciones se suele considerar como parte de los costos de la empresa modelo eficiente. Por último, se señala que no reconocer la participación de los trabajadores en las utilidades sería inconsistente con pronunciamientos previos de OSINERGMIN.

3. Análisis

La LCE y el RLCE establecen los criterios para determinar las tarifas máximas reguladas de los servicios provistos en la red de distribución eléctrica, siendo la tarifa máxima equivalente al VAD. El cálculo del VAD considera una empresa modelo eficiente y los costos que son incurridos para la provisión del servicio vinculados a los costos fijos (asociados a los usuarios); costos de inversión, operación y mantenimiento; y las pérdidas de distribución. En el cálculo del VAD se considera la definición de sectores típicos de distribución, para realizar comparaciones entre empresas que tienen distintas características, obteniendo valores representativos. El VAD se valida con el cálculo de la TIR del flujo de caja de los ingresos y costos asociado a los grupos de empresas que tienen VAD con diferencias no mayores a 10%.

El esquema implementado busca reconocer los costos eficientes asociados a las actividades de distribución incurridos por las empresas. Asimismo, se incorporan aspectos de la regulación por comparación (*yardstick regulation*) al considerar las empresas modelo por sectores típicos y el



A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized loops and strokes.

criterio de agrupación al calcular la TIR. Cabe señalar que la regulación por comparación provee a las empresas incentivos para la reducción de sus costos.^{1 2}

La consulta de la GART está relacionada al reconocimiento de la participación de los trabajadores en las utilidades como un costo de la empresa eficiente para el cálculo del VAD. Específicamente, el Supervisor del Sector Típico 1 señaló en las observaciones respecto al cálculo de los costos de personal que:

“(…) En la determinación de los costos de personal de la Empresa Modelo se debe incluir todas las bonificaciones y beneficios establecidos, pero no corresponde que se consideren las utilidades, ya que no son un costo para la empresa sino que surgen y dependen de los resultados económicos de la operación.”³

Al respecto, desde la perspectiva regulatoria, se debe tener especial cuidado en incluir costos no eficientes para no distorsionar la señal económica del esquema propuesto, que busca incentivar la provisión eficiente del servicio de distribución. En ese sentido, si se incluyen costos no eficientes o si se consideran costos no relacionados con la provisión de los servicios en la red de distribución, el esquema de incentivos pierde robustez permitiendo a empresas ineficientes ofrecer el servicio. Por ello, se deben considerar los costos que incurriría la empresa modelo eficiente en la distribución eléctrica.

Los informes legales referidos en la Sección 2 son claros en señalar que la participación de los trabajadores en las utilidades es una obligación a la que están sujetas las empresas de distribución eléctrica. Es decir, cualquier empresa de distribución que presente saldos positivos para la renta imponible (utilidad antes de impuestos) está sujeta a una tasa aplicable por participación de los trabajadores. Asimismo, los informes detallan que dichos pagos son a favor de los trabajadores, formando parte sus ingresos por su participación en la generación de valor de la empresa.

¹ Un esquema regulatorio tiene incentivos de alto poder en la medida que induce la participación de empresas eficientes. En el caso que se implemente un menú de contratos lineales con pagos fijos y variables, contingentes a los costos, las empresas eficientes elegirán aquel contrato que le provea un pago fijo. Así, un esquema con incentivos de alto poder es aquel que no está relacionado a los costos incurridos por las empresas. Ver Laffont, J-J y J. Tirole (1993), *A Theory of Incentives in Regulation and Procurement*, Cambridge, MA: MIT Press.

² Los esquemas de incentivos de alto poder más utilizados son las tarifas tope, ingreso tope y regulación por comparación (*yardstick regulation*). Dichos esquemas buscan reducir el problema de información asimétrica que enfrenta el regulador. Ver Jamasb T. y M. Pollitt (2007), "Incentive Regulation of Electricity Distribution Networks: Lessons of Experience from Britain" *Energy Policy*, 35: pp. 6163–6187

³ BA Energy Solutions (2013), "Informe de observaciones al informe final del Estudio VAD", pp. 28.



El pago por la participación de los trabajadores al ser obligatorio se convierte en un gasto que incurriría una empresa al realizar las actividades de distribución. Dicho pago no se establece en función a un criterio eficiente, técnico o económico, en la provisión de los servicios de distribución, sino que es parte de los gastos adicionales establecidos por el marco normativo y que no son controlados por las empresas. Un similar tratamiento recibiría otras cargas asociadas a los gastos de la empresa como impuestos o subvenciones que son de cumplimiento obligatorio para la operación de la red de distribución.

La participación de los trabajadores en las utilidades es una obligación que tienen las empresas de distribución y que forma parte de los ingresos variables de los trabajadores, y de esta forma a los costos del personal. En ese sentido, es que el informe del estudio “Bullard, Falla y Ezcurra” lo considera como un beneficio a favor de los trabajadores y que es pasible de ser reconocido en la regulación tarifaria. Sin embargo, dicha obligación solo ocurre en el caso que la empresa presente resultados netos positivos antes de impuestos. La participación de los trabajadores en las utilidades es un gasto que depende del desempeño económico y financiero de las empresas ya que se calcula a partir del resultado neto antes de impuestos, considerando dicho saldo luego de compensar las pérdidas de ejercicios anteriores,⁴ siendo una obligación contingente al resultado obtenido. Es decir, no es un gasto asociado directamente a la operación de la empresa. En ese sentido, se diferencia de otros beneficios a los trabajadores como gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, entre otros, los cuales no dependen directamente del resultado de la empresa.

En relación al marco regulatorio, la LCE y el RLCE no indican explícitamente el reconocimiento de la participación de los trabajadores en las utilidades como un gasto de la empresa modelo eficiente. Asimismo, el Manual de Costos para Empresas de Electricidad Concesionarias y/o Autorizadas aprobado por R.M. N° 197-94-EN/VME no hace referencia explícita a que dicho gasto forme parte de los costos del personal.

Como se señaló, los informes legales sustentan que la participación de los trabajadores en las utilidades es un gasto que enfrentan las empresas de distribución y por lo tanto debe ser reconocido en el cálculo del VAD. Es decir, se indica que debido a que es un gasto que enfrentan las distribuidoras la empresa modelo eficiente también lo incurriría. Al respecto, se debe tomar en

⁴ En el artículo 4 del D. L. 892 indica que “La participación en las utilidades a que se refiere el Artículo 2 del presente Decreto, se calculará sobre el saldo de la renta Imponible del ejercicio gravable que resulte después de haber compensado pérdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta.”



A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized loops and strokes.

cuenta que para la empresa modelo eficiente, la participación de los trabajadores en las utilidades sería un gasto que incurriría si registra un resultado neto positivo antes de impuestos. Sin embargo, este no sería un costo operativo sino un gasto cuyo cálculo no tiene relación con el uso de la empresa modelo eficiente en el marco regulatorio, que es el de calcular los costos de inversión y operación y mantenimiento de dar el servicio de distribución.

La empresa modelo eficiente se considera para estimar los costos fijos, los costos de inversión, operación y mantenimiento y las pérdidas de distribución (en adelante, CEME), tomando en cuenta criterios de eficiencia técnica (tecnologías óptimas de diseño) y económica (menor costo).

En la LCE y su Reglamento no se establece ningún tipo de procedimiento que implique calcular los resultados económicos de la empresa modelo. Más bien los costos estimados se usan para calcular solo los ingresos de las empresas distribuidoras reguladas para la verificación de la TIR. El objetivo del uso de la empresa modelo eficiente es la provisión del servicio de distribución al mínimo costo para los usuarios.

En efecto, en la fijación tarifaria parte de un flujo cuyos ingresos están en función del VAD promedio (que se calcula considerando el CEME), menos los costos por operación y mantenimiento estándares⁵ (incluyendo las pérdidas) y como costo de inversión el valor nuevo de reemplazo de las instalaciones adaptadas de las empresas distribuidoras (con un valor residual igual a cero)⁶ en un horizonte de 25 años previamente evaluados.^{7 8} Es a partir de dicho flujo de caja regulatorio (en

⁵ El artículo 150 de la RLCE indica que “Los costos que se reconozcan para el cálculo de la Tasa Interna de Retorno serán los siguientes:

- a) Energía adquirida a terceros;
- b) Gastos de personal, incluyendo los beneficios sociales;
- c) Suministro diversos;
- d) Servicios prestados por terceros;
- e) Cargas diversas de gestión; y,
- f) Pérdidas estándares, calculadas de acuerdo a lo establecido en el Artículo 143 del Reglamento.

Corresponde a la Comisión 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.”

⁶ Se considera las instalaciones eléctricas y no eléctricas adaptadas, como se establece en la Guía de Elaboración del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las Instalaciones de Distribución Eléctrica, aprobada por Resolución N° 329-2004-OS/CD.

⁷ El artículo 70 de la LCE señala que “La Comisión de Tarifas de Energía calculará la Tasa Interna de Retorno para conjuntos de concesionarios considerando un período de análisis de 25 años y evaluando:

- a) Los ingresos que habrían percibido si se hubiesen aplicado los Precios Básicos a la totalidad de los suministros en el ejercicio inmediato anterior;
- b) Los costos de operación y mantenimiento exclusivamente del sistema de distribución, para el ejercicio inmediato anterior, incluyendo las pérdidas; y,



adelante, FCR) que se determina el VAD definitivo de las empresas, comparando la TIR resultante con un rango que está en función a la tasa de actualización 12%, que se considera la tasa necesaria para cubrir el costo de oportunidad del capital y las otras obligaciones de la empresa. De esta forma, el esquema considera la sostenibilidad del servicio tomando en cuenta los costos de las empresas de distribución y el resultado implícito en el FCR.

4. Conclusiones y recomendaciones

La Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria solicitó la opinión de la Oficina de Estudios Económicos respecto a la inclusión de la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa modelo eficiente, para lo cual adjuntó tres informes legales.

En términos generales, el esquema regulatorio en distribución busca reconocer los costos eficientes asociados a la actividad de distribución eléctrica. Asimismo, considera un flujo de caja de las empresas agrupadas y un rango de entre 8% y 16% de la TIR para la fijación VAD.

La participación de las utilidades de los trabajadores es una obligación de las empresas de distribución según lo señalado en los informes legales. En ese sentido, tendría un tratamiento similar a otros rubros como los impuestos y las subvenciones o subsidios.

La Oficina de Estudios Económicos considera que la inclusión de la participación de los trabajadores en las utilidades como costo de la empresa modelo eficiente no es correcta. El esquema regulatorio considera a la empresa modelo eficiente para que se provea el servicio de distribución al mínimo costo para los usuarios. La participación no sería un costo operativo sino un gasto cuyo cálculo no tiene relación con el uso de la empresa modelo eficiente en el marco regulatorio, que es el de calcular los costos de inversión y operación y mantenimiento de dar el servicio de distribución. En la LCE y su Reglamento no se establece ningún tipo de procedimiento que

c) El Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de cada empresa, con un valor residual igual a cero.”

⁸ El artículo 149 del RCLE indica que: “Para el cálculo de la Tasa Interna de Retorno, la Comisión procederá de la siguiente manera:

a) Conformará conjuntos de concesiones en los que sus Valores Agregados de Distribución no difieran en más de 10%; y,

b) Obtendrá, para cada conjunto, valores totales de ingresos, de costos y de Valores Nuevos de Reemplazo de las concesiones conformantes.

Para efectos del cálculo de la Tasa Interna de Retorno, los ingresos y costos de compra de electricidad derivados de suministros no sujetos a regulación de precios, se determinarán con las tarifas aplicables a los usuarios regulados.”



implique calcular los resultados económicos de la empresa modelo. El proceso de fijación tarifaria parte del flujo regulatorio (FCR) resultante de los ingresos, que están en función de los costos de la empresa modelo eficiente, menos los costos por operación y mantenimiento (incluyendo las pérdidas) y el valor nuevo de reemplazo de las instalaciones de las empresas.



Arturo Vásquez Cordano
Gerente de Estudios Económicos

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
Oficina de Estudios Económicos - OEE
Informe Técnico N° 054-2013-OEE/OS

Opinión sobre el tratamiento regulatorio de la Participación de los Trabajadores en las Utilidades

1. Antecedentes

Mediante memorando OEE-100-2013 la Oficina de Estudios Económicos (en adelante, la OEE) remitió el Informe Técnico N° 029-2013-OEE/OS a la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (en adelante, GART) donde se emitió opinión respecto a la inclusión de la participación de los trabajadores en las utilidades (en adelante, Participación) dentro de los costos reconocidos para la fijación del Valor Agregado de Distribución (en adelante, VAD).

Mediante memorando 0687-2013-GART la GART remitió las opiniones y sugerencias al proyecto de Resolución de Fijación del VAD y Cargos Fijos 2013-2017 en relación la inclusión de la Participación en los costos de la empresa modelo eficiente, solicitando la opinión económica a la OEE. Al respecto, la GART remitió los documentos elaborados por Edelnor, Luz del Sur, Distriluz, Electropuno, Electro Sur Este y Electrodunas; que se basan en informes de los estudios Bullard, Falla y Ezcurra; Miranda y Amado; Cassagne Abogados; Eche copar; Rodrigo, Elias y Medrano Asociados; Santiváñez y la consultora Pricewaterhouse Coopers.

En el presente Informe Técnico se emite la opinión solicitada. En primer lugar se describen las principales opiniones y sugerencias de las empresas. Posteriormente, la OEE realiza el análisis respectivo considerando los aspectos económicos de las cuestiones en discusión y emite su opinión técnica, no abordando aspectos legales o contables mencionados en los documentos remitidos.

2. Sobre las opiniones y sugerencias

En esta sección se resumen los principales argumentos expresados en las opiniones de los estudios de abogados remitidos por las entidades administradas. Los informes remitidos señalan una serie de argumentos en relación al reconocimiento de la Participación como costos de la empresa modelo eficiente. La Participación es un costo que incurren las empresas del sector eléctrico por

mandato legal, siendo un derecho de los trabajadores (Echecopar). Asimismo, la Participación es un beneficio social a favor de los trabajadores reconocido por la Constitución Política del Perú (Cassagne Abogados) y considerado por el Tribunal Constitucional y por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Miranda y Amado), constituyéndose en un derecho que se origina de la relación entre concesionario y el trabajador (Bullard, Falla y Ezcurra). El costo debe ser reconocido ya que la empresa modelo eficiente incorpora los costos eficientes de la operación considerando las características propias del mercado peruano (Santiváñez).

Los informes señalan que la Participación se encuentra directamente vinculada con la prestación del servicio. La actividad de distribución genera las utilidades y así la obligación de pagar las participaciones, dado el ordenamiento legal (Echecopar). La naturaleza contingente del pago no afecta dicha relación, ya que cuando esta se genera es producto de la provisión del servicio (Bullard, Falla y Ezcurra). La prestación del servicio requiere la contratación de trabajadores lo que genera el pago de beneficios sociales que incluye la Participación (Bullard, Falla y Ezcurra). Es un tipo de gasto que la empresa no pueda evitar pagar, similar a las remuneraciones u otro beneficio social (Santiváñez). Adicionalmente, las normas tributarias reflejan la existencia de una relación causal entre la Participación y la actividad de distribución, siendo un concepto deducible para el cálculo del impuesto a la renta (Echecopar y Rodrigo, Elias y Medrano Asociados).

Las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) califican a la Participación como un componente del gasto. La Participación viene a ser un beneficio a favor de los trabajadores, siendo un gasto de personal y un pasivo para el empleador (Santiváñez). De esta forma, la Participación se ubica contablemente antes de la utilidad operativa (Bullard, Falla y Ezcurra). Las NIC son de cumplimiento obligatorio para las empresas de distribución (Santiváñez).

La Ley de Concesiones Eléctricas reconoce una tasa de rentabilidad al inversionista, y así una rentabilidad positiva de la actividad de distribución. Asimismo, la empresa modelo eficiente obtiene utilidades debido a que maximiza la producción usando el mínimo de recursos (Santiváñez).

El cálculo de la Participación y su distribución a los trabajadores se realiza antes que se anuncien los beneficios de la empresa, lo que repercute en el resultado económico de la empresa (Miranda y Amado). Al respecto, las empresas pueden estimar el importe de la Participación en base a resultados pasados de forma tal que registren sus obligaciones con anticipación (Pricewaterhouse Coopers).



En el caso que no se registren saldos positivos antes de impuestos, las empresas utilizan usualmente otros mecanismos, como bonificaciones, para compensar la falta del beneficio social. De esta forma, los trabajadores obtienen un beneficio derivado de la Participación o de otro mecanismo sustituto que forma parte de sus ingresos, siendo costos para las empresas (Miranda y Amado).

En otros esquemas regulatorios se reconocen rubros similares a la Participación. En Argentina, el manual de contabilidad para las empresas de distribución considera como pasivos laborales por costos laborales las compensaciones que incluye como concepto los beneficios complementarios, entre ellos la Participación (Cassagne Abogados). En Chile se reconocen las gratificaciones las cuales se calculan en función de las utilidades de las empresas (Bullard, Falla y Ezcurra), asimismo se reconocen bonos por gestión y la participación de los trabajadores (Cassagne Abogados).

Por último, la exclusión de la Participación generaría que no se cumpla el principio de sustentabilidad, impidiendo que las tarifas remuneren todos los costos y proporcionen al prestador una utilidad razonable (Cassagne Abogados). La exclusión haría que las empresas disminuyan su rentabilidad debido a que se paga la Participación pero no hay contraprestación, afectando los incentivos a innovar (Bullard, Falla y Ezcurra).

3. Análisis

En primer lugar, conviene recordar que el esquema regulatorio de la empresa modelo eficiente considera a una empresa ficticia (modelo) que provee el servicio minimizando los costos eficientes, es decir una empresa eficiente que opera con la mejor tecnología disponible. El esquema parte del principio de sustentabilidad donde el valor presente del flujo de caja que recibe la empresa por los activos invertidos debe compensar los costos que esta incurre.¹ En el caso de un monopolio, considerando un modelo simple y si la empresa se autofinancia, se puede plantear lo siguiente:

$$p = c + \frac{K(q)}{Q(p) * R}, \quad (1)$$

¹ Bustos, A. y A. Galetovic (2002), Regulación por Empresa Eficiente: ¿Quién es Realmente Usted? Centro de Estudios Públicos, N° 86, pp. 145-182.

donde p es el precio, Q las cantidades, c el costo de operación (unitario), K el costo fijo asociado a la inversión y R viene ser el factor de descuento considerando una tasa de descuento r . Al igualar el precio al costo de operación (c) y a la anualidad de la inversión ($K(q)/Q(p)*R$) se obtiene un resultado óptimo. La particularidad del esquema es que se considera los costos de operación e inversión de una empresa ficticia eficiente. Sin embargo, para obtener la estimación de dichos costos se requiere la información de la empresa real que opera en el mercado.² Ello conlleva a un problema de información asimétrica donde el regulador busca acercar los precios al costo medio de largo plazo impidiendo que las ineficiencias se trasladen a los precios. La empresa tendrá incentivos a ser eficiente dado el rezago regulatorio entre cada revisión tarifaria. El periodo fijo, determinado exógenamente, incrementa el poder del mecanismo de incentivos.³

La cuestión en discusión gira en torno al reconocimiento de la Participación como un costo para la empresa modelo eficiente. Al respecto, las observaciones y sugerencias señaladas en la Sección 2 indican que la Participación sería un beneficio a favor de los trabajadores y un costo para la empresa de distribución que se deriva de la aplicación de la normativa vigente, siendo un pago adicional que enfrentarían las empresas que presten el servicio. Asimismo, se indica que la Participación es un costo asociado directamente a la prestación del servicio.

La Participación es un pago que se deriva del marco normativo. Según el D.L. 892 la Participación es un pago que se calcula a partir del saldo de la renta imponible del ejercicio gravable neto de las pérdidas de ejercicios anteriores.⁴ Dicho saldo se calcula considerando los ingresos y gastos propios de la actividad, incluyendo gastos por intereses por deuda,⁵ depreciación,⁶ entre otros, compensando los saldos negativos obtenidos anteriormente por la empresa. Así, la Participación se calcula sobre el saldo o resultado de la empresa antes del pago de impuestos. Si bien en términos contables la Participación se puede ubicar como un componente del costo de ventas, ello no afecta su forma de cálculo de acuerdo al marco legal.

² Ibíd p 151.

³ Joskow, P. L. (2006), Incentive Regulation in Theory and Practice: Electricity Distribution and Transmission Networks. Cambridge Working Papers in Economics N°. 0607 and Electricity Policy Research Group Working Paper Series N° 0511.

⁴ El artículo 4 de la D. L. N° 892 señala que:

“La participación en las utilidades a que se refiere el Artículo 2 del presente Decreto, se calculará sobre el saldo de la renta Imponible del ejercicio gravable que resulte después de haber compensado pérdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta.”

⁵ Artículo 37 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por D.S N° 179-2004-EF y normas modificatorias, y artículo 21 del reglamento, aprobado por D.S. N° 122-94-EF y normas modificatorias.

⁶ Artículos 38 al 43 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por D.S N° 179-2004-EF y normas modificatorias, y artículo 22 del reglamento, aprobado por D.S. N° 122-94-EF y normas modificatorias.

El esquema regulatorio peruano establece que las tarifas a nivel de distribución se fijan a través del VAD de la empresa modelo eficiente considerando los costos asociados al usuario, las pérdidas estándares (físicas y comerciales) y los costos estándares de inversión, mantenimiento y operación.⁷ El costo de inversión es igual a la anualidad del valor nuevo de reemplazo (VNR) del sistema económicamente adaptado considerando la tecnología y precios vigentes, y una tasa de actualización del 12%.^{8 9 10} Así, el VAD se determina considerando los costos de operación y mantenimiento (o explotación) y la anualidad del VNR, como también lo señala el informe de Bullard, Falla y Ezcurra. De esta forma, el precio se determina en función al costo medio de largo plazo de la empresa modelo eficiente, el cual considera el modelo simple descrito en la ecuación (1).

La Participación es un pago que se realiza sobre el resultado antes de impuestos de la empresa, requiriéndose para su cálculo otros rubros de gasto como intereses por deuda y depreciación, por ejemplo, que no se consideran en la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, LCE) y en su reglamento. Para el cálculo de los intereses por deuda se tendría que estimar el ratio de deuda óptimo o usar información histórica de las empresas, aspectos que deberían ser detallados con precisión dada su implicancia en el esquema tarifario. En el caso de la depreciación, su tratamiento debe ser explícito ya que algunas metodologías pueden generar trayectorias de precios no

⁷ El artículo 64 de la LCE indica que:

“El Valor Agregado de Distribución se basará en una empresa modelo eficiente y considerará los siguientes componentes:

- a) Costos asociados al usuario, independiente de su demanda de potencia y energía;
- b) Pérdidas estándares de distribución en potencia y energía; y,
- c) Costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada.”

⁸ El artículo 65 de la LCE señala que

“El costo de inversión será la anualidad del Valor Nuevo de Reemplazo del Sistema Económicamente Adaptado, considerando su vida útil y la Tasa de Actualización establecida en el artículo 79° de la presente Ley.”

⁹ El artículo 76 de la LCE señala que

“El Valor Nuevo de Reemplazo, para fines de la presente Ley, representa el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes, considerando además:

- a) Los gastos financieros durante el periodo de la construcción, calculados con una tasa de interés que no podrá ser superior a la Tasa de Actualización, fijada en el Artículo 79 de la presente Ley;
- b) Los gastos y compensaciones por el establecimiento de las servidumbres utilizadas; y,
- c) Los gastos por concepto de estudios y supervisión.

Para la fijación del Valor Nuevo de Reemplazo, los concesionarios presentarán la información sustentatoria, pudiendo la Comisión de Tarifas de Energía rechazar fundadamente la incorporación de bienes innecesarios.”

¹⁰ El artículo 144 de la LCE indica que

“La anualidad de la inversión a que se refiere el Artículo 65° de la Ley, será calculada multiplicando al monto de la inversión el factor de recuperación de capital, obtenido éste con una vida útil de 30 años y la Tasa de Actualización establecida en el Artículo 79° de la Ley.”



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

compatibles con el principio de suficiencia y la rentabilidad considerada para los activos afectando de manera negativa el diseño regulatorio.¹¹

Como se señaló en el Informe Técnico N° 029-2013-OEE/OS, se debe tomar en cuenta que el marco normativo no establece el cálculo de un resultado para la empresa modelo eficiente. El esquema regulatorio se centra en el flujo que considera los costos de operación y mantenimiento y la inversión para la determinación de los ingresos de la empresa modelo eficiente, y no toma en cuenta los costos por deuda o gastos por depreciación. En función a dicho flujo se establece una tasa de actualización o rentabilidad para los activos invertidos por la empresa modelo eficiente.

Al respecto, merece la pena recordar que existe una vinculación entre la tasa de rentabilidad y el flujo considerado en la valoración de los activos. Desde la perspectiva económica y financiera se pueden utilizar distintos tipos de tasas de descuento o costos de oportunidad del capital dependiendo de los flujos de caja a valorizar. Por ejemplo, si el costo de oportunidad del capital es igual al costo de capital promedio ponderado (WACC por sus siglas en inglés) se consideraría el flujo de caja libre, es decir el efectivo que tiene la empresa para remunerar a accionistas y pagar a prestamistas.¹² En el caso de tomar como costo de oportunidad el rendimiento del capital propio se consideraría el flujo de caja del capital (neto de deuda) ya que sólo se requería compensar a los propietarios del capital.¹³ En ese sentido, si se incluyen gastos que no son compatibles con el flujo considerado para la empresa modelo eficiente se distorsionaría el esquema, dada la tasa de actualización.

La Participación podría entrar como un costo de la empresa modelo eficiente si el esquema buscara remunerar el resultado antes de impuestos, para lo cual se requeriría introducir conceptos de gastos que no están considerados explícitamente en el marco legal, como interés por deuda y la depreciación. Por ello, se considera que la Participación no entraría como un costo de la empresa modelo eficiente. Sin embargo, ello no implica que la Participación no se reconozca dentro del esquema regulatorio, considerando que es una restricción impuesta por el marco legal. Dicho costo



8

P

¹¹ Bustos y Galetovic (2002), Op. cit. p155-157. Asimismo, se puede especificar cualquier trayectoria para la depreciación compatible con la restricción que los ingresos netos de costos operativos cubran el retorno del capital y la depreciación. Newbery, D. M. (1997), Determining the Regulatory Asset Base for Utility Price Regulation. Utilities Policy, 6(1), pp. 1-8.

¹² El flujo de caja libre es el flujo operativo después de impuestos, reinversión en activos fijos y capital de trabajo. Brealey R. A., S. C. Myers, y A. J. Marcus (2003), Fundamentals of Corporate Finance. McGraw-Hill, pp. 639.

¹³ Fernandez, P (2002), Valuation Methods and Shareholder Value Creation, California: Academic Press, pp. 631.

estaría implícito en la tasa de actualización considerada para remunerar las inversiones dentro de la LCE.

Adicionalmente, se debe considerar que la Participación es un costo asociado directamente al resultado de la empresa. La Participación se calcularía en función de las participaciones de los trabajadores en las utilidades históricas que se toman para su determinación de manera anticipada, como lo señalaron los informes descritos en la Sección 2. En este caso, al incorporar la Participación en el costo de la empresa modelo eficiente se estaría introduciendo en la tarifa los resultados y la eficiencia histórica de la empresa, lo que generaría efectos negativos. El esquema regulatorio considera un periodo tarifario fijo que permite a la empresa obtener beneficios adicionales producto de su mayor eficiencia. Dichas rentas son necesarias para limitar los problemas derivados de la asimetría de información que enfrenta el regulador. Sin embargo, luego del periodo tarifario se realiza un ajuste a las tarifas de forma tal que se trasladen las eficiencias obtenidas a los usuarios estableciendo menores costos para la empresa modelo, que se reflejarían en menores tarifas. Al reconocer la Participación como un costo de la empresa modelo se limita el traslado de las eficiencias a los usuarios, manteniendo un porcentaje de la renta obtenida.

Debido a lo señalado, en otras industrias se recomienda no considerar rubros de costos que dependan de la eficiencia de la empresa. Por ejemplo, en el sector de saneamiento chileno se excluyen como parte de los costos de la empresa modelo eficiente los bonos por desempeño.¹⁴ En ese sentido, no existe un tratamiento estándar respecto al reconocimiento de conceptos similares a la Participación a nivel internacional.

Por último, en las opiniones y sugerencias descritas en la Sección 2 se indica que en caso no se registre un resultado positivo que permita pagar las Participaciones se suele considerar otros mecanismos sustitutos de forma tal de mantener el ingreso de los trabajadores inalterado. Ante ello, se recomienda revisar la información de las remuneraciones de forma tal de identificar dichos conceptos sustitutos que no dependen del resultado de la empresa.

¹⁴ No se reconocen los bonos por desempeño ya que las empresas estarían obteniendo un doble ingreso: la que se incluye en la tarifa y la que se obtendría producto del mejor desempeño o eficiencia. Superintendencia de Servicios Sanitarios (2008), Estudio Tarifario Empresa de Servicios Sanitarios del Bío Bío S.A. Informe Final. IV Proceso de Fijación de Tarifas. Dicha recomendación también es señalada en el informe GDO Consultores Ltda. (2008), Análisis de Costos de Remuneraciones en la Empresa Eficiente Sometida a Regulación Tarifaria”, Subsecretaría de Economía.

4. Conclusiones y recomendaciones

La Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria solicitó la opinión de la Oficina de Estudios Económicos respecto a las opiniones y sugerencias realizadas por las empresas en relación al reconocimiento como un costo de la empresa modelo eficiente de la participación de los trabajadores en las utilidades. La Oficina de Estudios Económicos emite su opinión técnica de los aspectos económicos de las cuestiones en discusión y no se pronuncia sobre aspectos legales o contables.

La Oficina de Estudios Económicos opina que la participación de los trabajadores en las utilidades no debe ser incorporada como un costo de la empresa modelo eficiente ya que no es compatible con el esquema regulatorio especificado en la Ley de Concesiones Eléctricas y su reglamento. La participación de los trabajadores en las utilidades es un pago que se calcula a partir del saldo de la renta imponible del ejercicio gravable neto de las pérdidas de ejercicios anteriores, siendo necesario calcular los gastos por intereses por deuda, depreciación, entre otros. El marco normativo no establece los criterios para el cálculo de dichos gastos y no determina un resultado específico para la empresa modelo. El esquema regulatorio se centra en el flujo de la empresa modelo considerando únicamente los costos de operación y mantenimiento y la inversión, el cual se toma en cuenta para la determinación de los ingresos de la empresa modelo.

Adicionalmente, no sería correcto incluir la participación de los trabajadores en las utilidades. La inclusión de la participación como parte del costo de la empresa modelo eficiente implicaría limitar el traslado de la eficiencia obtenida por la empresa en el periodo tarifario, dado que la participación se calcula en función del resultado y eficiencia histórica. La exclusión de la participación de los trabajadores en las utilidades no implica que no se reconozca en la tarifa, aspecto relevante si se toma en cuenta que es una restricción impuesta por el marco legal. Dicho costo estaría implícito en la tasa de actualización considerada para remunerar las inversiones. Por último, se recomienda la revisión de las remuneraciones consideradas en el presente proceso tarifario e identificar si se utilizan otros mecanismos que sustituyan al pago de la participación de los trabajadores y que no estén en función de la eficiencia histórica de la empresa y que sean fijos.



Dr. Arturo L. Vásquez Cordano
Gerente de Estudios Económicos
HOR/RGC

**Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
Oficina de Estudios Económicos - OEE
Informe Técnico N° 067-2013-OEE/OS**

**Análisis y respuesta a los Recursos de Reconsideración contra la Resolución OSINERGMIN
N° 203-2013-OS/CD respecto al Reconocimiento de la Participación de los Trabajadores a las
Utilidades**

1. Antecedentes

Mediante memorando 0687-2013-GART la Oficina de Estudios Económicos (en adelante, la OEE) remitió el Informe Técnico N° 054-2013-OEE/OS (en adelante, IT) donde se emitió opinión a los comentarios y sugerencias de las empresas realizadas sobre el reconocimiento de la participación de los trabajadores a las utilidades (en adelante, Participación) como un costo de la empresa eficiente para el cálculo del Valor Agregado de Distribución (en adelante, VAD).

Mediante memorando 0856-2013-GART se solicitó el análisis y respuesta a la OEE sobre los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución OSINERGMIN N° 203-2013-OS/CD (en adelante, Resolución) que fijó el VAD y Cargos Fijos 2013-2017 en el extremo referido a la Participación. Al respecto, se remiten los recursos de reconsideración presentados por Edelnor, Luz del Sur, Edecañete, Distriluz, y Electrodonas.

En el presente Informe Técnico se evalúan los recursos de reconsideración respecto a la exclusión de la Participación de los gastos de personal reconocidos para el cálculo del VAD fijados mediante la Resolución. En el Informe Técnico se analiza los aspectos económicos de las cuestiones en discusión y se emite la respuesta a los argumentos presentados. Se emite opinión únicamente de los extremos relacionados a aspectos económicos de los mismos. El resto de extremos serán absueltos por la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria.

2. Recursos de reconsideración

2.1. Edelnor

Se indica que la Participación es un costo que se suele considerar en la experiencia internacional y que debe ser asumido por la empresa modelo eficiente (numeral 18). En la Ley de Concesiones

Eléctricas (en adelante, LCE) y el reglamento (en adelante, RCLE) se señala expresamente que se debe tomar en cuenta estándares internacionales (numeral 19). Al respecto, se señala que el caso citado en el IT no es aplicable ya que se trata de beneficios de los trabajadores que son voluntariamente entregados por la empresa, mientras que la Participación un costo asumido obligatoriamente (numerales 33 y 34 del informe del estudio Bullar, Falla y Asociados).

Se señala que la Participación no debe incluirse dentro de la tasa de descuento ya que desequilibraría el modelo. Se considera que la tasa de descuento fijada en la LCE no permite recuperar los gastos asociados a la Participación (numeral 40 del informe del estudio Bullar, Falla y Asociados). Incluir las Participaciones implicaría reducir el pago del capital de las empresas, lo que impediría cubrir su costo de oportunidad (numeral 42 del informe del estudio Bullar, Falla y Asociados).

2.2. Luz del Sur

No presenta argumentos que requieran opinión de la OEE.

2.3. Edecañete

No presenta argumentos que requieran opinión de la OEE.

2.4. Distriluz

La Participación no forma parte de la rentabilidad de las empresas de distribución ya que es un derecho a favor del trabajador y no del accionista (numeral 16 y 17). La Participación es una obligación legal independiente de la distribución de dividendos a favor de los accionistas (numeral 19).

2.5. Electrodonas

Presenta un argumento similar a Distriluz.

3. Análisis

3.1. Edelnor

a. Sobre la experiencia internacional

En relación a la experiencia internacional, en el IT se hace referencia al tratamiento de los bonos por desempeño en el esquema regulatorio chileno del sector saneamiento.

El caso de los bonos por desempeño resulta relevante debido a que es un gasto que depende de los resultados económicos de la empresa, característica que es común a la Participación. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el D.L. 892 la Participación es un pago que se calcula a partir de la renta imponible del ejercicio gravable neto,¹ es decir del resultado que está en función del nivel de eficiencia que se obtenga de la empresa en su conjunto.

El sustento de la exclusión de los bonos de las remuneraciones de la empresa modelo eficiente no gira en torno a si el gasto es voluntario o no, como lo señala el informe Bullard, Falla y Ezcurra que forma parte de recursos de reconsideración de Edelnor. Los bonos por desempeño no son considerados como un costo debido a los problemas asociados a compensar un gasto de la empresa que depende de sus resultados y del nivel de eficiencia alcanzado. Es así que en las conclusiones del documento de BDO Consultores se realiza la siguiente recomendación:²

“(...) se recomienda que los bonos por desempeño que se consideran renta variable no se incluyan como parte de las remuneraciones de una empresa eficiente, pues existen argumentos económicos y antecedentes de estudios tarifarios que sugieren su exclusión (...)”

En efecto, en ningún caso una empresa premiará una gestión o acto de eficiencia en un monto superior a los beneficios percibidos por dicho evento que hizo más eficiente a la empresa, ello implica que de ser financiado por la tarifa (por el usuario), la empresa

¹ El artículo 4 de la D. L. N° 892 señala que:

“La participación en las utilidades a que se refiere el Artículo 2 del presente Decreto, se calculará sobre el saldo de la renta Imponible del ejercicio gravable que resulte después de haber compensado pérdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta.”

² GDO Consultores Ltda. (2008), Análisis de Costos de Remuneraciones en la Empresa Eficiente Sometida a Regulación Tarifaria”, Subsecretaría de Economía, pág. 194-195.

tendría doble ingreso a su eficiencia; aquella incluida en la tarifa y otra producto de su mejor desempeño.

Es evidente que el pago de bonos por desempeño buscan mejorar la eficiencia de la empresa y con ello mejorar sus ingresos, luego si el dueño estuviese dispuesto a traspasar parte de dicha ganancia al usuario cuando se produjesen, sería razonable incluir como parte de la tarifa el costo de alcanzar dichos beneficios, situación sobre la cual no se encontraron evidencias durante el desarrollo del presente estudio.”

Es decir, los bonos por desempeño no son considerados como un costo de personal de la empresa eficiente debido a que su inclusión generaría una doble fuente de ingresos. Si se reconoce en la tarifa la empresa recibiría un ingreso por dicha fuente y otro por la eficiencia asociada al gasto.

El argumento anterior también resulta aplicable a las Participaciones. Si se incluye la Participación dentro de los costos de personal de la empresa modelo eficiente, la empresa concesionaria obtendría un ingreso por la tarifa reconocida y otro asociado a la eficiencia obtenida a la cual está relacionada a dicho gasto.

Adicionalmente, como se indicó en el IT, la Participación se calcularía en función a los resultados históricos de las empresas. En este caso, si se considera la Participación como un costo de la empresa modelo eficiente se estaría incluyendo en la tarifa los resultados históricos, distorsionando el esquema de incentivos al limitar el traslado de las ganancias en eficiencia de un periodo a otro. Si se incorpora la Participación dentro del costo de personal se estaría reconociendo las eficiencias de periodos regulatorios pasados, los cuales deberían ser trasladados a los usuarios, generando un rezago en el traslado de la eficiencia obtenida. Por ello, la Participación no se debería considerar como parte de los costos de la empresa modelo eficiente.

b. Gastos de Participación implícitos en la tasa de actualización

El esquema regulatorio considera un flujo de caja que tiene como ingresos la inversión (anualidad del valor nuevo de reemplazo) y los costos de operación y mantenimiento de la empresa modelo eficiente, buscando que se cumpla con el principio de sustentabilidad (equilibrio

financiero). La tasa de actualización se utiliza para obtener la anualidad de la inversión³ y evaluar el flujo de caja.⁴ La tasa de actualización está vinculada a un flujo de caja que toma en cuenta los costos de inversión y de operación y mantenimiento, y no se consideran otros gastos posibles que puede incurrir una empresa concesionaria como los intereses por deuda, los gastos por depreciación o el pago de impuestos. La tasa de descuento establecida considera la naturaleza del flujo de caja señalado.

Hay un vínculo entre el flujo de caja y la tasa de actualización a utilizar. En el caso de un monopolio, si se asume que la empresa se autofinancia y se consideran los gastos antes de la depreciación de los activos, la empresa recupera sus costos de largo plazo si se cumple:

$$p = c + \frac{K(q)}{Q(p) * R(r)} \quad (1)$$

donde p es el precio, Q la cantidad, c el costo de operación (unitario), K el costo fijo asociado a la inversión y R viene ser el factor que considera la tasa de actualización r .⁵

Por otro lado, en el caso que se considere el pago de impuestos y el efecto de la depreciación de los activos en el flujo de caja, la empresa recupera sus costos de largo plazo si se cumple:

$$p = c + \frac{K(q) - G(D_t, r, \tau)}{Q(p) * R(r') * (1 - \tau)} \dots\dots\dots (2)$$

³ El artículo 65 de la Ley de Concesiones Eléctricas señala:

“El costo de inversión será la anualidad del Valor Nuevo de Reemplazo del Sistema Económicamente Adaptado, considerando su vida útil y la Tasa de Actualización establecida en el artículo 79 de la presente Ley.”

El artículo 144 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas indica:

“La anualidad de la inversión a que se refiere el artículo 65° de la Ley, será calculada ,multiplicando al monto de la inversión el factor de recuperación de capital, obtenido éste con una vida útil de 30 años y la Tasa de Actualización establecida en el artículo 79° de la Ley.”

⁴ El artículo 71 de la Ley de Concesiones Eléctricas señala:

“Si las tasas, antes calculadas, no difieren en más de cuatro puntos porcentuales de la tasa de Actualización señalada en el artículo 79 de la presente Ley, los Valores Agregados de Distribución, que les dan origen, serán definitivos. En caso contrario, estos valores deberán ser ajustados proporcionalmente, de modo de alcanzar el límite más próximo superior o inferior.”

⁵ Bustos, A. y A. Galetovic (2002), Regulación por Empresa Eficiente: ¿Quién es Realmente Usted? Centro de Estudios Públicos, N° 86, p145-182.

donde $G(.)$ incorpora el efecto de los gastos de depreciación sobre el flujo de caja,⁶ D_t es la depreciación tributaria, τ es la tasa impositiva, y r' es la tasa de actualización después de impuestos.⁷

La tasa de actualización a utilizar depende del tipo de flujo. Si no se considera la depreciación y ni los impuestos la tasa de actualización es r (ecuación 1), y si se toman en cuenta estos dos aspectos la tasa de actualización es r' (ecuación 2) que es igual a $r(1-\tau)$. Luego, si se utiliza la tasa de actualización r y se incluyen los efectos de la depreciación e impuestos (ecuación 2) se compensaría en exceso al capital, dado que $R(r) < R(r')$, generando distorsiones al esquema regulatorio y generando posibles incentivos a la sobreinversión.

La Participación es un gasto que se calcula sobre el saldo de la renta imponible, es decir del resultado antes de impuestos. Asimismo, el impuesto se calcula sobre el saldo descontado del pago de la Participación. Por ello, la Participación se incluiría como una tasa que afecta el flujo de caja de los activos, similar al tratamiento de la tasa impositiva (ecuación 2). De esta forma la Participación está relacionada a la tasa de actualización.

En el marco regulatorio no se considera el cálculo de un flujo de caja que incluya explícitamente la Participación. El esquema parte del modelo simple de la ecuación 1. La inclusión de la Participación requeriría el cálculo de otros rubros como la depreciación cuyo tratamiento no se especifica en el marco regulatorio. Como se señaló en el IT, la forma de cálculo de la depreciación es un aspecto importante por los efectos que pueden tener la aplicación de ciertas metodologías. Al respecto, se pueden generar trayectorias de precios no compatibles con el principio de suficiencia y la rentabilidad considerada para los activos afectando de manera negativa el diseño regulatorio.⁸

Debido a que no existe un tratamiento explícito de la Participación y no se incluyen rubros relevantes para su cálculo en el marco regulatorio, en el IT se señaló que en la tasa de actualización se reconoce implícitamente la Participación. Un tratamiento similar recibirían los gastos por impuestos los cuales no están incluidos explícitamente en la LCE ni en el RCLE.

⁶ La depreciación genera ahorros a la empresa derivados del menor pago de impuestos.

⁷ Bustos, A. y A. Galetovic (2002), Op Cit., p164.

⁸ Bustos y Galetovic (2002), Op. cit. Asimismo, se puede especificar cualquier trayectoria para la depreciación compatible con la restricción que los ingresos netos de costos operativos cubran el retorno del capital y la depreciación. Newbery, D. M. (1997), Determining the Regulatory Asset Base for Utility Price Regulation. Utilities Policy, 6(1), p1-8.

Adicionalmente, la tasa de actualización compatible con un flujo de caja que incorpore los gastos por Participaciones debería ser menor a la utilizada en la ecuación 1 y a la reconocida en la LCE. Si se incluye las Participaciones como gasto y no se ajusta la tasa de actualización se estaría pagando en exceso al capital, lo que podría generar efectos de sobre inversión y las ineficiencias asociadas.

Edelnor sostiene que la tasa de actualización no permitiría recuperar los gastos asociados a la Participación, impidiendo recuperar su costo de oportunidad. Al respecto, merece mencionar que la tasa de actualización fijada en la LCE es compatible con un flujo asociado a la ecuación 1. En ese sentido, dicha tasa permite remunerar las inversiones. En el caso de considerar las Participaciones como parte del costo de la empresa modelo eficiente, se tendría que calcular una tasa de actualización compatible con dicho flujo, la cual sería menor a la especificada en la LCE.⁹ En otro caso, se generarían problemas de sobreinversión e ineficiencia.

3.2. Distriluz

La Participación se determina en función al saldo de la renta imponible de acuerdo al D. L. N° 892, requiriéndose para su cálculo considerar costos no señalados en el marco regulatorio vigente. El cálculo de la Participación está vinculado al resultado de la empresa, recibiendo un tratamiento similar a los gastos por impuestos. Si se incluye los gastos por Participación se tendría que considerar una tasa de actualización que incorpore el efecto de las mismas en el flujo de caja.

La Participación se puede considerar un derecho a favor del trabajador. Sin embargo, dicho aspecto no afecta la forma como se calcula la Participación de acuerdo a lo dispuesto en el D. L. N° 892 y sus implicancias económicas-financieras en el flujo de caja de la empresa modelo eficiente. Asimismo, la tasa de actualización referida en la LCE considera implícitamente la Participación, de manera similar a otros gastos como los impuestos.

⁹ En el artículo 79 de la LCE indica:

“La Tasa de Actualización a utilizar en la presente Ley será de 12% real anual. Esta tasa sólo podrá ser modificada por el Ministerio de Energía y Minas, previo estudio que encargue la Comisión de Tarifas de Energía a consultores especializados, en el que se determine que la tasa fijada es diferente a la Tasa Libre de Riesgo más el premio por riesgo en el país. En cualquier caso, la nueva Tasa de Actualización fijada por el Ministerio de Energía y Minas, no podrá diferir en más de dos puntos porcentuales de la tasa vigente.”

4. Conclusiones y recomendaciones

La Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria solicitó la opinión de la Oficina de Estudios Económicos respecto a los recursos de reconsideración presentados por Edelnor, Luz del Sur, Edecañete, Distriluz, y Electrochunab en el extremo referido reconocimiento de la participación de los trabajadores a las utilidades como un costo de la empresa eficiente para el cálculo del Valor Agregado de Distribución.

En éste Informe Técnico la Oficina de Estudios Económicos analiza los aspectos económicos de los recursos presentados y se emite la respuesta técnica.

En relación al extremo del recurso presentado por Edelnor respecto a la experiencia internacional, la Oficina de Estudios Económicos opina que el caso de los bonos por desempeño en el esquema regulatorio chileno del sector saneamiento resulta relevante debido a que es un gasto que depende de los resultados económicos de la empresa, característica que es común a la participación de los trabajadores en las utilidades. El sustento de la exclusión de los bonos de las remuneraciones de la empresa modelo eficiente no gira en torno a si el gasto es voluntario o no. Los bonos por desempeño no son considerados como un costo debido a los problemas asociados a compensar un gasto de la empresa que depende de sus resultados. En particular, su inclusión generaría una doble fuente de ingresos. Si se reconoce en la tarifa la empresa recibiría un ingreso por dicha fuente y otro por la eficiencia asociada al gasto. Dicho argumento también es aplicable al pago por participación de los trabajadores en las utilidades.

En relación al extremo del recurso de Edelnor referido a la inclusión de los gastos por participación de los trabajadores en las utilidades, la Oficina de Estudios Económicos opina que la tasa de actualización, fijada en la Ley de Concesiones Eléctricas, considera un flujo de caja de la empresa modelo eficiente que no incluye rubros relevantes para el cálculo de la participación de los trabajadores en las utilidades, y que no existe un tratamiento explícito del mismo. Por otro lado, debido a que la participación de los trabajadores en las utilidades se calcula sobre el saldo de la renta imponible, es decir del resultado antes de impuestos, recibiría un tratamiento similar al gasto tributario. La participación de los trabajadores en las utilidades está relacionada a la tasa de actualización. En el caso que se considere su inclusión como parte del costo de la empresa modelo eficiente, se tendría que calcular una tasa de actualización compatible con dicho flujo, la cual sería

menor a la especificada en la Ley de Concesiones Eléctricas. En otro caso, se generarían problemas de sobreinversión e ineficiencia.

Por último, respecto al extremo del recurso de Distriluz, la Oficina de Estudios Económicos opina que la participación de los trabajadores en las utilidades se puede considerar un derecho a favor del trabajador. Sin embargo, dicho aspecto no afecta la forma como se calcula la Participación de acuerdo a lo dispuesto en el D. L. N° 892 y sus implicancias económicas-financieras en el flujo de caja de la empresa modelo eficiente. La tasa de actualización referida en la LCE considera implícitamente la Participación, de manera similar a otros gastos como el impuesto a la renta.



Dr. Arturo Vásquez Cordano
Gerente de Estudios Económicos



Eco. Humberto Ortiz Ruiz
Especialista I – Estudios Económicos

