Osinergmin
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Informe N° 579-2018-GRT
Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú S.A.A contra la Resolución Osinergmin N° 157-2018-OS/CD que fijó el Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica para el periodo 2018-2022

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

Referencia : a) Recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. mediante documento s/n, recibido el 12/11/2018, según registro GRT N° 9813-2018.

b) Expediente 069-2018-GRT

Fecha : 21 de diciembre de 2018

Resumen Ejecutivo

El presente Informe tiene como finalidad analizar los argumentos jurídicos del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Enel Distribución Perú S.A.A (en adelante ENEL) contra la Resolución Osinergmin N° 157-2018-OS/CD (en adelante Resolución 157), mediante la cual se fijó el Valor Nuevo de Reemplazo (en adelante VNR) de las Instalaciones de Distribución Eléctrica para el periodo 2018-2022.

Con relación a los aspectos más importantes impugnados en el recurso y la opinión legal sobre los mismos, en el presente informe se analiza y opina lo siguiente:

a) ENEL señala diversos conceptos en que considera que, los informes de sustento de la Resolución impugnada han incurrido en **errores materiales** (precio de poste de concreto armado de 9/200/120/255 (Código PPC08, valorización del VNR por el uso de potencia no existente en las tecnologías adaptadas para la subestación compacta pedestal (a nivel), costo de inversión de la subestación seccionadora 1/3S, entre otros) que considera que deben ser corregidos.

   En este tema, en **el presente informe** se explica que conforme a la doctrina el error material es aquel que se atribuye no a la manifestación de voluntad ni al razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene y procede corregirlo cuando no se altera lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

b) ENEL indica que en los informes que sustentan la resolución impugnada encuentra criterios que transgreden las normas vigentes y que no se cumple por ello con el artículo 67 de la LCE, que establece que el regulador debe de considerar el **cumplimiento de todo el ordenamiento vigente** para efectos de determinar la tarifa, en temas como los de subestaciones de seccionamiento con áreas que no contemplan los retiros establecidos por el Reglamento Nacional de Edificaciones, reparación de veredas que no incluyen afirmado

correspondiente exigido en el Reglamento para la Ejecución de Obras Públicas en Lima Metropolitana, incumplimiento de las distancias mínimas de seguridad establecidas en el Código Nacional de Electricidad, entre otras.

Sobre el particular, se explica **en este informe** que, la fijación del VNR debe efectivamente reconocer los criterios exigidos en las normas de carácter obligatorio. En cuanto a la aplicación del Código Nacional de Electricidad, las normas técnicas del Reglamento Nacional de Edificaciones, la Ordenanza 203, Reglamento de Ejecución de Obras en las Áreas de Dominio Público, la Ordenanza 1778 - Sistema Metropolitano de Gestión de Residuos Sólidos, y su Reglamento aprobado por Decreto de Alcaldía 017, entre otras, dado que los detalles respecto a la aplicación en temas como los citados en el párrafo precedente son de carácter técnico (pues no está en discusión la interpretación legal, el contenido o los alcances de ordenanza municipales ni demás normas técnicas), corresponde al área técnica verificar que para la fijación del VNR, se respetan las disposiciones invocadas por ENEL, especialmente al analizar los informes técnicos contenidos en los Anexos de su recurso a efectos de determinar si el recurso resulta fundado, infundado o fundado en parte.

c) ENEL señala que atendiendo la finalidad para la cual fue elaborada la **encuesta "Demanda de Ocupaciones a Nivel Nacional 2018" del Ministerio de Trabajo**, que consistía en la estimación de la demanda futura de puestos laborales, y que no se basaba en datos reales o planilla de salarios, no resulta idónea para sustentar el costo de la mano de obra. Añade que dicho cambio transgrede el principio de confianza legítima y seguridad jurídica, en tanto Osinergmin sin mayor sustento, desconoce los criterios adoptados en periodos tarifarios anteriores, consistentes con el uso de los valores provenientes de CAPECO y que se ha vulnerado el principio del debido procedimiento al no haberse emitido una resolución motivada. ENEL manifiesta que la referida encuesta no puede ser empleada para un objetivo distinto al que fue elaborado. ENEL luego de cuestionar aspectos técnicos de la encuesta señala finalmente que la Encuesta General de Remuneraciones DELOITTE 2018 también es una fuente de datos idónea como referencia para determinar los costos de mano de obra para una empresa de las características de ENEL.

   Sobre el particular, **en el presente informe** se explica que Osinergmin como organismo regulador tiene como finalidad la de fijar la tarifas tratando de arribar a los costos del servicio que se fijarían libremente si existiese un mercado competitivo de distribución eléctrica. El costo real de las empresas es un referente importante, aunque no es decisivo. En el presente caso Osinergmin recurrió como fuente de regulación a la encuesta del Ministerio de Trabajo. El hecho que dicha encuesta no corresponda a costos efectivamente pagados por las empresas (planilla de salarios), sean estas de distribución eléctrica o similares, no la convierte en una fuente de datos que no sea idónea, sino que, de conformidad con el Artículo 16 de la Guía del VNR, los costos estándar de inversión de materiales y recursos deben de considerar diseños óptimos con economías de escala adecuadas y costos de mercado. Es decir, los costos de materiales, así como los de mano de obra considerados para fijar el VNR, deben ser aquellos que reflejen costos eficientes, teniendo ese mismo sentido a lo establecido en el numeral 6.1.7.1 de los Términos de Referencia aplicables al VAD, respecto a que en los costos de operación y mantenimiento, se reconoce que la empresa real solo es un punto de partida o de referencia, y que los costos unitarios de personal, directos o indirectos, deben de surgir del análisis comparativo de los valores reales con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado.

En consecuencia, la información contenida en la mencionada encuesta sí puede calificar como una fuente idónea para sustentar los costos de mano de obra, ya que sería un indicador de dichos costos, considerando que para determinar cuánto se está dispuesto a pagar en un futuro cercano, es lógico que el punto de partida sea lo que se está pagando al momento de ser consultado.

Respecto a los cuestionamientos de ENEL referidos a que el cambio en el uso de los valores provenientes de CAPECO transgrede los principios de confianza legítima seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, cabe señalar que cuando estos cambios de criterio son debidamente sustentados, son permitidos por la legislación aplicable, tal como lo reconocen los artículos IV.1.15 y VI.2 del TUO de la LPAG. En las páginas 4 y 5 del Anexo 3 del Informe Técnico 377-2018-GRT que sustentó el proyecto de fijación del VNR (Resolución 133-2018-OS/CD) Osinergmin sustentó su posición respecto a las razones por las que cambiaba el criterio de utilizar CAPECO y tomaba la fuente de Ministerio de Trabajo.

Por lo expuesto, Osinergmin no ha vulnerado los principios de confianza legítima, seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad por el solo hecho de utilizar la encuesta del Ministerio de Trabajo ni por haberse apartado de los costos CAPECO, correspondiendo al área técnica que evalúe los cuestionamientos técnicos de ENEL sobre la referida encuesta y de ser necesario, utilice en su propuesta para resolver el recurso impugnatorio, aquellas fuentes de información idóneas que puedan ser empleadas para revisar los costos de mano de obra eficientes de modo que, según el caso, se ratifiquen o se corrijan.

d) ENEL señala que exigirle que acredite los costos de sus contratistas en hora hombres a través de la presentación de sus contratos implicaría exigirle que modifique los mismos para ajustarlos al requerimiento de Osinergmin, vulnerando expresamente el Artículo 62 de la Constitución Política del Perú que no permite que se establezca limitaciones aplicables a los términos que puede ser pactados para este tipo de contratos. Agrega ENEL que la regla ***pacta sunt servanda*** reconocida en el citado artículo garantiza la libertad de contratación y la estabilidad del contenido contractual para las partes, por lo que, Osinergmin estaría desconociendo su libertad de contratar y actuando más allá de sus funciones, contraviniendo el principio de legalidad y normas sobre competencia administrativa.

Sobre el particular, **en el presente informe** se explica que conforme al artículo 79 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM, Osinergmin está facultado a requerir información para ejercer su función regulatoria. La finalidad del requerimiento de información efectuado por Osinergmin no radicó en que se envíe la información necesaria y obligatoriamente expresada en costos hora-hombre, sino que, finalmente se pudiera evaluar de la mejor manera, conjuntamente con los demás referentes que posee Osinergmin, qué montos reflejarían mejor los costos de mercado de la mano de obra de terceros. Por tal razón, en mérito a la respuesta brindada por ENEL, respecto a que sus contratos no especificaban costos hora-hombre por cada actividad, dado que, consideran la valorización de las actividades por precios unitarios, se le volvió a requerir la información, solicitándole ya no la información de costos expresada en horas-hombre, sino, únicamente que remitan la información que consideraban que acredita sus costos de mano de obra, sugiriendo que ésta podría ser i) sus últimos contratos de concursos, licitaciones o adjudicaciones ii) las bases de los concursos de selección respectivos, y iii) el análisis de costos unitarios de las actividades que dieron origen a la elaboración de las bases de los concursos.

En consecuencia, resulta evidente que al requerir información para ejercer su función regulatoria, en ningún momento Osinergmin ha pretendido modificar contratos del concesionario y contrariamente a lo afirmado por ENEL, se verifica que los requerimientos de información que efectuó Osinergmin no vulneran el artículo 62 de la Constitución, no contravienen la libertad contractual de la empresa de distribución eléctrica ni tampoco son acciones que se encuentren fuera de su ámbito de competencia, de modo que los argumentos de ENEL sobre supuesta afectación a la regla der la ***pacta sunt servanda*** son infundados.

e) ENEL señala que, bajo el marco de la Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios, una decisión tarifaria que **modifique un aspecto contenido en el proyecto tarifario**, sin que hubiere sido cuestionado o comentado por los interesados, será nula debido a que esa circunstancia implica que los agentes interesados no tuvieron posibilidad de ejercer su derecho de defensa materializado en los comentarios al proyecto. Para tal efecto, ENEL adjunta como Anexo 4 de su recurso, un informe legal en que se analiza el procedimiento de fijación del VAD, sin los detalles del procedimiento de aprobación del VNR.

No obstante que el informe legal presentado por ENEL en su recurso interpuesto contra la fijación del VNR, no aborda la fijación del VNR sino el procedimiento VAD, damos respuesta a lo indicado en dicho informe, dado que la información que reportó la empresa respecto a los costos estándares de inversión (materiales, mano de obra y recursos) para que sea utilizada en la fijación del VAD, al ser por iniciativa de ella misma la que reporta empleando el sistema SICODI del VNR[1], todo lo ocurrido en las observaciones que se le formularon a dicha información en el procedimiento VAD respecto a dichos costos, le resulta aplicable para la aprobación del VNR .

Sobre el particular, **en este informe** se explica que en el procedimiento no se ha incurrido en la nulidad alegada por ENEL, toda vez que las normas no han establecido con sanción de nulidad, el hecho que se cambie lo publicado como proyecto respecto a lo que se apruebe finalmente, máxime si toda fijación tarifaria involucra abundante información, diversos criterios aplicables e innumerables detalles y cálculos. El sentido de necesidad de una nueva publicación de proyecto o de una nueva audiencia descentralizada para la sustentación de proyecto tarifario del VAD, como lo exige en este último caso el artículo 7 de la Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, solo sería aceptable cuando las modificaciones fueran sustantivas, en otras palabras, de tal naturaleza que el cambio entre proyecto y tarifa aprobada esté en criterios esenciales, modelo económico o metodología sustantiva de la fijación tarifaria, es decir cuando se trate de cambios sustanciales, lo cual no se presentó en el procedimiento del VAD en que esos aspectos sustanciales, aprobados por Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD (Términos de Referencia del VAD), según lo indica el área técnica, no han sido modificados entre la publicación del proyecto y la resolución aprobatoria del VAD sino que han operado a nivel de detalles adjetivos o de cálculo. Asimismo, no es exacto que el derecho de defensa se materialice en la etapa de comentarios y sugerencias, pues el objetivo de la publicación del proyecto tarifario es recoger los aportes de los interesados para una mejor regulación y el derecho de defensa se materializa en los recursos impugnatorios contra la tarifa aprobada.

[1] Según consta en el documento GRyRI-047-2018, con el que ENEL en lo referente a presentación de información, en la Etapa I (Recopilación de Información) prevista en los Términos de Referencia del VAD, optó por remitirse a su SICODI-VNR.

En el mismo sentido, el procedimiento del VNR involucra abundante información, diversos criterios aplicables e innumerables detalles y cálculos, que para el presente caso han sido los mismos que el VAD y el sentido de necesidad de una nueva publicación de proyecto, solo sería aceptable cuando las modificaciones fueran sustantivas, en otras palabras, de tal naturaleza que el cambio entre proyecto y VNR aprobado esté en criterios esenciales y metodología sustantiva de la fijación del VNR, es decir cuando se trate de cambios sustanciales, lo cual no se presenta en el presente procedimiento en que esos aspectos sustanciales, que son los previstos en la Guía de Elaboración del Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica, aprobada por Resolución Osinergmin N° 232-2017-OS/CD (en adelante "Guía del VNR"), según lo indica el área técnica, no han sido modificados entre la publicación del proyecto y la resolución aprobatoria del VNR sino que han operado a nivel de detalles adjetivos o de cálculo.

f) ENEL manifiesta que existe la aplicación de metodologías distintas entre ella y Luz del Sur, ya sea debido a propuestas efectuadas por ambas o por la aplicación de criterios divergentes por los consultores contratados por Osinergmin lo cual a su entender configura un **trato discriminatorio** en su contra, en la medida que, no media razón alguna para efectuar un tratamiento diferenciado para empresas que atienden al mismo tipo de mercado, sector típico y en la misma ciudad, menos aún si se refieren a cuestiones similares o incluso comunes. Asimismo, debe de tener en cuenta que el principio de no discriminación o imparcialidad es transversal a todo procedimiento de fijación tarifaria, por lo que, Osinergmin se encuentra obligado a aplicarlo en todas sus actuaciones cuando se traten de empresas que operan instalaciones y tengan áreas de concesión con características similares entre sí.

   En el presente informe se explica que el principio general respecto a la no discriminación, es que a la misma razón se aplique el mismo derecho. En consecuencia, la igualdad de trato únicamente puede exigirse ante situaciones muy similares. Por el contrario, cuando se está ante situaciones sustancialmente distintas, el trato puede ser diferenciado y ello de modo alguno supone discriminación. En consecuencia, se concluye que corresponde al área técnica observar el principio de no discriminación o imparcialidad teniendo en cuenta que, conforme a las peculiaridades de la fijación del VNR, la igualdad de trato únicamente puede exigirse ante situaciones muy similares y que solo estará facultada de aplicar trato diferenciado si los supuestos elementales de las empresas materia de comparación, no son sustancialmente iguales.

g) ENEL, alegando una supuesta **expropiación regulatoria**, manifiesta que la contravención de la normativa vigente por parte de Osinergmin reduce sus ingresos en más de 13.5% ya que el impacto de una incorrecta modificación del VNR genera a su vez graves perjuicios a nivel de determinación del VAD de modo que vía VNR el regulador afecta la expectativa de retorno de ENEL. Asimismo, indica que considerando las señales regulatorias contenidas en las metodologías y criterios utilizados por Osinergmin en las fijaciones tarifarias anteriores desde el año 1997 ha realizado importantes inversiones de largo plazo. Indica que además de lo señalado, ha verificado un incremento de demanda y clientes que justifican la realización de mayores inversiones y por lo tanto correspondería un mayor reconocimiento en la tarifa, por lo que, no se justifica la reducción de USD 27 millones de dólares al año (13.5% de su ingreso anual).

   Sobre el particular se explica **en este informe** que el marco legal aplicable a la regulación tarifaria fijación de VNR tiene como criterio esencial, el reconocimiento de costos de

eficiencia, y que las normas y criterios aplicables o interpretativos sobre las mismas, no se congelan en el instante en que un inversionista del sector eléctrico efectúa sus inversiones, de modo que la modificación normativa o el cambio de criterio sustentado, es legalmente admisible y no puede ser tomado como expropiación. ENEL no ha acreditado o especificado cómo llega a la conclusión que esa supuesta reducción de 13,5% en sus ingresos responde a supuestos incumplimientos de aplicaciones normativas en la aprobación del VNR y fijación del VAD ni que haya sido privado de su propiedad por lo que sus argumentos sobre expropiación regulatoria resultan infundados.

El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 26 de diciembre del 2018[2].

[2] Para el cómputo del plazo de resolución del recurso se considera el Decreto Supremo N° 121-2018-PCM, publicado el 12 de diciembre de 2018, que declara el 24 de diciembre 2018 como día no laborable compensable para los trabajadores del sector público

Informe N° 579-2018-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú S.A.A contra la Resolución Osinergmin N° 157-2018-OS/CD que fijó el Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica para el periodo 2018-2022

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

1.1 El 16 de octubre de 2018, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Resolución_Osinergmin N° 157-2018-OS/CD (en adelante "Resolución 157"), mediante la cual se fijó el Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de Distribución Eléctrica al 31 de diciembre de 2017.

1.2 Con fecha 12 de noviembre de 2018, Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante "ENEL") mediante el documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 157, cuyos aspectos legales serán analizados en el presente informe.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

2.1 De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 216.2 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante el TUO de la LPAG), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la publicación de la resolución materia de impugnación.

2.2 Mediante la Resolución Osinergmin N° 177-2018-OS/CD se precisó que el plazo para la interposición de los recursos de reconsideración contra la Resolución 157 vencía el 12 de noviembre de 2018.

2.3 Considerando el plazo señalado precedentemente, se verifica que el recurso impugnatorio interpuesto por ENEL fue presentado dentro del término de Ley, y que resulta admisible, dado que, cumple con los requisitos previstos en los Artículos 122 y 219 del TUO de la LPAG.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

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

3.1. Corrección de errores materiales.
3.2. Principio de legalidad: Normativa de obligatorio cumplimiento
3.3. Utilización de la encuesta Demanda de Ocupaciones a Nivel Nacional 2018, en lugar de CAPECO.
3.4. Supuesto desconocimiento de libertad de contratar y el Pacta Sunt Sevanda
3.5. Cambios a la prepublicación que no fueron materia de comentarios por ENEL.
3.6. Supuesto trato discriminatorio respecto de ENEL.

3.7. Supuesta expropiación regulatoria.

Los petitorios concretos del recurso de reconsideración de ENEL, debido a la naturaleza de los mismos, son detallados en el informe del área técnica que analiza dicho recurso, el cual se complementa con los conceptos expuestos en el presente informe.

4) Argumento de ENEL y análisis legal

A continuación, se resumen y analizan los argumentos legales contenidos en el recurso e informes adjuntos al mismo, elaborados el estudio Payet, Rey, Cauvi, Perez; Deloitte y Miranda & Amado Abogados, los cuales complementan el referido recurso. Corresponde al área técnica el análisis de los aspectos técnicos del petitorio y de cada uno de los rubros cuestionados en el Informe Técnico de ENEL cuyo detalle se encuentra en el Anexo 3 de su recurso.

4.1. Corrección de errores materiales

a) Argumentos de ENEL

Enel manifiesta que de la revisión de los informes que sustentan la Resolución 157 ha identificado errores materiales, que considera que deben ser corregidos, entre otros, en los siguientes puntos: a) precio de poste de concreto armado de 9/200/120/255 (Código PPC08 b) precio de poste de concreto armado de 13/200/140/355 (Código PPC43) c) valorización del VNR por el uso de potencia no existente en las tecnologías adaptadas para la subestación compacta pedestal (a nivel) d) costo de inversión de la subestación seccionadora 1/3S y, f) valorización en el VNR por el uso de potencia no existente en las tecnologías adaptadas para la subestación compacta bóveda (subterránea).

b) Análisis legal

Los errores materiales o aritméticos del acto administrativo, es decir aquellos que solo residen en la forma y no en el fondo, pueden ser corregidos por la autoridad administrativa sin requerir sustento o análisis para ello, siempre que se cumpla con las condiciones que establece el artículo 210 del TUO de la LPAG, es decir, que no se altere lo sustancial del contenido del acto administrativo ni el sentido de la decisión.

Para calificar si nos encontramos o no frente a un error material o aritmético, resultan útiles los siguientes conceptos expuestos por el jurista Juan Carlos Morón:

> "La doctrina es conforme al sostener que el error material atiende a un 'error de transcripción', un 'error de mecanografía', un 'error de expresión´, en la 'redacción del documento´. En otras palabras, un error atribuible no a la manifestación de voluntad o razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene…los errores materiales para poder ser rectificados por la Administración Pública, deben, en primer lugar evidenciarse por sí solos sin necesidad de mayores razonamientos…en segundo lugar el error debe ser tal que para su corrección solamente sea necesario un mero cotejo de datos que indefectiblemente se desprendan del expediente administrativo y que por consiguiente no requieran de mayor análisis. Asimismo, estos errores se caracterizan por ser de carácter intrascendente por

> dos razones: de un lado, no conllevan a la nulidad del acto administrativo en tanto no constituyen vicios de este y de otro, no afectan al sentido de la decisión o la esencia del acto administrativo (…) Por su lado, el error aritmético es cuando la autoridad incurre en una inexactitud o discordancia con la realidad al consignar una cifra en una determinada resolución o en alguna operación aritmética contenida en esta. Ese error de cálculo, error de cuenta, error aritmético o simplemente discrepancia numérica, ha sido definido por la doctrina como la operación aritmética equivocada que tiene como presupuesto esencial la inalterabilidad de los datos o conceptos que se manipulan aritméticamente…para evitar la distorsión en la aplicación del error material, la norma acoge como límite que dicha corrección no pueda implicar cambiar lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión".[3]

De acuerdo con la norma y criterios explicados en los párrafos anteriores, corresponde al área técnica, de ser el caso, incluir en su informe la corrección de los errores materiales invocados por el impugnante, caso contrario sustentar por qué resulta infundado o fundado en parte aquellos que no se consideren materia de corrección.

4.2. Principio de legalidad: Normativa de obligatorio cumplimiento

a) Argumentos de ENEL

ENEL señala que la Resolución que fijó el VNR se ha vulnerado el principio de legalidad al transgredirse normas técnicas y sectoriales, que el regulador contraviene el Reglamento Nacional de Edificaciones, Disposiciones municipales y normas técnicas aplicables a ENEL y cita como ejemplos supuestas transgresiones a normas técnicas sobre parámetros urbanísticos vinculadas a subestaciones seccionadoras y retiros, Código Nacional de Electricidad y altura de postes y ordenanzas municipales sobre afirmado de veredas. Agrega que se vulnera el principio de debido procedimiento al no haberse motivado decisiones, nuevos elementos incluidos o suprimidos en la Resolución de fijación del VNR y falta de sustento de modificaciones.

b) Análisis legal

El Artículo IV.1.1 del Título Preliminar del TUO de la LPAG establece que, las autoridades administrativas deben actuar conforme a la Constitución, a la ley y al Derecho. De conformidad con dicho principio, la fijación del VAD debe reconocer criterios exigidos en las normas de carácter obligatorio, como lo son: la LCE y su Reglamento, el TUO de la LPAG, el Código Nacional de Electricidad, la Norma Técnica de Calidad y Servicios Eléctricos, el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo con Electricidad, aprobado por Resolución Ministerial 111-2013-MEM/DM (RESESATE), el Reglamento Nacional de Tránsito aprobado por Decreto Supremo 016-2009-MTC, la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, las normas técnicas del Reglamento Nacional de Edificaciones aprobadas por el Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA y el Código Penal u otras disposiciones generales en el ámbito de aplicación de la concesión de distribución.

[3] MORON URBINA, Juan Carlos; "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444"; Gaceta Jurídica, Lima, 2018, 13ª Edición. Tomo II, Páginas 145-147.

En tal sentido, y dado que los detalles respecto a la aplicación de las referidas normas son de carácter técnico, corresponde al área técnica verificar que para la fijación del VAD, se respetan las disposiciones invocadas por ENEL, especialmente al analizar los informes técnicos contenidos en los Anexos de su recurso.

4.3. Utilización de la encuesta Demanda de Ocupaciones a Nivel Nacional 2018, en lugar de CAPECO

a) Argumentos de ENEL

ENEL señala que atendiendo la finalidad para la cual fue elaborada la encuesta "Demanda de Ocupaciones a Nivel Nacional 2018" (en adelante Encuesta MINTRA)[4], que consistía en la estimación de la demanda futura de puestos laborales, y que no se basaba en datos reales o planilla de salarios, no resulta idónea para sustentar el costo de la mano de obra. Añade que dicho cambio transgrede el principio de confianza legítima y seguridad jurídica, en tanto Osinergmin sin mayor sustento, desconoce los criterios adoptados en periodos tarifarios anteriores, consistentes con el uso de los valores provenientes de CAPECO.

ENEL indica que los riesgos y especialización el sector eléctrico son mayores de los del sector construcción, por ello, una disminución en el reconocimiento de los costos de mano de obra solo perjudicará al servicio y los clientes, debido a que por el costo de oportunidad los trabajadores del sector eléctrico optarán por orientarse al sector de construcción civil, perdiendo el sector eléctrico disponibilidad de oferta de mano de obra, lo que en el corto plazo encarecería los costos para la prestación del servicio.

ENEL además indica que, Osinergmin no ha sustentado la legalidad de la utilización de una encuesta que no se basa en información salarial real, remitiéndose en el informe legal al informe técnico, sin embargo, dicho informe técnico en ningún extremo se desarrolla la idoneidad de la referida encuesta, únicamente señala como sustento para su utilización que i) se trata de una encuesta actualizada ii) que incluía a ciertas empresas de distribución eléctrica y, iii) era una encuesta de alcance nacional. No obstante, las citadas alegaciones no convierten los valores manifestados por los encuestados en valores reales del sector eléctrico, además de que, no son suficientes para invalidar otras referencias técnicas, que sí contienen información real y actualizada, como la de CAPECO. Asimismo, Osinergmin tampoco explica cuál ha sido su proceso previo de indagación del mercado a fin de obtener la mejor información posible para efectos tarifarios, únicamente señalan que la información de CAPECO responde a un objeto o rubro económico distinto al referirse a la actividad de construcción desconociendo que en las principales instalaciones de distribución eléctrica, como redes aéreas, subterráneas en media y baja tensión, subestaciones, entre otras, se requiere de un alto porcentaje de obras civiles que precisamente se asocian a actividades de construcción civil. Por tal razón, en todas las regulaciones anteriores la referencia válida siempre fue CAPECO.

Por lo señalado, ENEL considera que se vulnera el principio del debido procedimiento establecido en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, en

[4] La referida encuesta fue realizada con información a noviembre de 2016, por ello sus valores se actualizaron a diciembre de 2017, de conformidad con lo establecido en la Guía del VNR.

tanto no se ha emitido una resolución motivada. Asimismo, Osinergmin tampoco ha tenido en cuenta el Artículo 67 de la LCE que exige que la evaluación de los estudios de costos se realice considerando criterios de eficiencia, dado que, no ha merituado ni justificado suficientemente las razones de eficiencia por las cuales emplea la encuesta del Ministerio del Trabajo dejando de lado una fuente idónea y aplicable como la de CAPECO, contraviniéndose también el principio de legalidad.

Además, ENEL manifiesta que el empleo de la referida encuesta transgrede el principio de verdad material reconocido en el TUO de la LPAG, en la medida que Osinergmin no ha desplegado todo su accionar en pro de la determinación más precisa y confiable del VAD, debido a que dicha encuesta no reúne las condiciones mínimas para servir en la determinación de costos regulados, y, asimismo, atenta contra los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, reconocidos por el Tribunal Constitucional.

ENEL sustenta su posición explicando la finalidad de los principios de seguridad jurídica, predictibilidad o confianza legítima en las acciones de la administración pública, así como lo referido al principio de interdicción de la arbitrariedad y el derecho al debido procedimiento y el deber de motivación que además buscan limitar las situaciones de indefensión que se generan en nuevos procedimientos o ante la aplicación de nuevas reglas que generan afectaciones a los derechos de los administrados, que carecen de justificación. ENEL concluye que la línea argumentativa, conducta, aplicación de criterios o similares, sostenidas de manera consistente en el tiempo por un pronunciamiento emitido por la administración, que no califica como precedente de observancia obligatoria, también puede encontrar cobertura bajo los principios de confianza legítima o seguridad jurídica.

ENEL indica que el Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo ha señalado en respuesta a un requerimiento de información que le efectuó respecto de la referida encuesta que, la misma tiene un objetivo que no se corresponde con un proceso de fijación tarifaria, en la medida que se señala como respuesta, que su finalidad era la de determinar únicamente las expectativas de ocupaciones que serían demandadas por empresas formales. Por ese motivo, ENEL concluye que dicha encuesta no constituye una de remuneraciones a partir de la cual se pueda determinar los costos de hora hombre en el sector eléctrico.

ENEL también indica que, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha definido cuál es el objetivo de la encuesta que elaboró, por lo que, se genera en los administrados una expectativa razonable sobre su utilización, en ese sentido, salvo que el ordenamiento especial contemple expresamente la posibilidad de su utilización como parte de los elementos a tomar en cuenta para la toma de decisiones regulatorias, la referida encuesta no puede ser empleada para cualquier objetivo, finalidad o proceso, distinto de aquel para el que fue elaborado, sin que sea relevante que quien haga uso de la misma sea un ente o entidad administrativa distinta al citado ministerio, de conformidad con el principio de indivisibilidad del Estado. Por tal razón, si bien existe un riesgo regulatorio a la que están sometidas las empresas de distribución eléctrica, ello no puede significar que el regulador puede cambiar de criterios sin fundamento suficiente, vulnerado los principios reconocidos en el ordenamiento, puesto que, sus decisiones devendrían en arbitrarias. Siendo así, para el caso concreto ENEL señala que, el uso de la encuesta del Ministerio de Trabajo no forma parte del riesgo regulatorio

debido a que i) no cuenta con amparo legal suficiente, en tanto que, recurrir a los Términos de Referencia como justificación para sustentar el cambio de criterio, tampoco es una razón acorde con el ordenamiento, en la medida que dichos términos también están sujetos a un control de legalidad por lo que no pueden contradecir principios superiores que regulan todo el ordenamiento jurídico, y ii) Osinergmin no ha sustentado debidamente el apartamiento de su actuación pasada con argumentos sólidos y mediando una debida ponderación de las situaciones para sustentar la idoneidad de la encuesta laboral y su mejor condición ante otras posibles opciones.

ENEL resume la metodología empleada para determinar los costos de mano de obra y remuneraciones de otros procesos tarifarios llevados a cabo por Osinergmin, indicando que, Osinergmin, así como los consultores contratados, en los procesos regulatorios de: Importe de Corte y Reconexión, Costos de Conexión de la Red de Distribución Eléctrica, Regulación de tarifas distribución de Gas Natural, Nuevo Plan Quinquenal 2018 – 2022 del Sector Gasista, Multa por incumplimiento de normativa de seguridad (sector minero) y Costos de Transmisión Eléctrica, han considerado que los costos hora-hombre proporcionados por CAPECO son razonables y asimilables tanto a la actividad de distribución eléctrica como de la distribución de gas natural. Por lo tanto, ENEL considera que el uso de los costos CAPECO en el presente procedimiento regulatorio es apropiado.

Asimismo, ENEL señala que, la encuesta empleada por Osinergmin constituye información genérica y no representativa, en la medida que, no se basa en las planillas electrónicas de las empresas estudiadas, y entre detalles técnicos señala que carece de coherencia en cargos ubicados en familias ocupacionales diversas, no se indica la metodología de homologación de puestos utilizada para la elaboración de la información, a pesar de que ello es fundamental para generar un análisis de competitividad en un sistema profesional de gestión de compensación, no especifica tamaño, sector y procedencia de las empresas consultadas, solo muestra valores mínimo, promedio y máximo, no muestran tamaño ni estadígrafos de tipo Mínimo, Q1, Mediana, Promedio, Q3 o Máximo, ni criterios recomendados y necesarios para una correcta designación de bandas salariales de acuerdo a los cargos de cada empresa. Además, las metodologías empleadas por Osinergmin para la determinación de las distintas categorías no parecieran cumplir con los principios regulatorios y buenas practicas necesarias para ser usadas como referencias de costos de mano de obra para empresas reguladas de las características de ENEL.

Por el contrario, ENEL indica que, la información salarial de CAPECO es desagregada y variada respecto a los grupos de familias ocupacionales requeridas para el presente procedimiento regulatorio, además de que, cuenta con un enfoque de costos eficientes el cual puede ser aplicable al modelo eficiente de Osinergmin, ha sido usada históricamente como fuente referente de información, bajo la misma estructura y sin cambios en la metodología de investigación y publicación, y contiene cargos de similar magnitud y complejidad a los puestos del sector eléctrico. Además, CAPECO reporta información estadística respecto a los cambios y aumentos salariales de cada año, desde el 2004, valor que se ha incrementado en más de 100%, sustentado con información inflacionaria y de costo de vida. Por ello, CAPECO posee una base metodológica suficiente para ser considerada representativa y ser usada como parte de los factores de composición de los costos de mano de obra para la regulación.

Asimismo, de una comparación de los costos de mano de obra usados en los últimos procedimientos tarifarios, considerando el efecto de usar la encuesta propuesta por Osinergmin, se observa claramente un descenso significativo que atenta de forma directa contra los principios y buenas practicas que deben de aplicarse en el procedimiento regulatorio, en las que, la seguridad jurídica y la consistencia en la regulación son condiciones indispensables para garantizar su estabilidad, lo cual sí sucede si se utiliza la información histórica de CAPECO. Además, ENEL señala que, si se analiza el comportamiento histórico de indicadores macroeconómicos del país, como el Índice de Precios al Consumidor y la Remuneración Mínima Vital, se puede advertir crecimientos continuos en los últimos veinte años que no se condice con los costos propuestos por la encuesta usada por Osinergmin, advirtiéndose una clara discrepancia entre los mismos. Agrega ENEL, que en efecto los agentes pueden ser afectados por cambios en variables exógenas como el precio de los materiales, costos de la mano de obra, entre otros, así como el cambio en los criterios metodológicos, por lo que, las variables exógenas pueden ser asumidas como parte del modelo y de ese modo, ser anticipadas por las empresas distribuidoras, sin embargo, el cambio en la metodología debe ser predecible y justificado de forma consistente, sino, como en el caso de la encuesta usada por Osinergmin, se genera una discontinuidad temporal en el tratamiento de los costos de mano de obra, no prevista por los agentes que podría poner en riesgo la calidad del servicio prestado, incrementando la incertidumbre sobre el marco y lineamiento bajo los cuales se dará su retribución futura.

Adicionalmente a CAPECO, ENEL señala que la Encuesta General de Remuneraciones DELOITTE 2018 también es una fuente de datos idónea como referencia para determinar los costos de mano de obra, dada la amplitud de empresas que forman parte de su base de datos, su alcance sectorial y desagregación de estadígrafos, que la diferencian y otorgan valor agregado a la efectiva asignación de bandas salariales para una empresa de las características de ENEL.

Finalmente, ENEL agrega en su recurso que para estimar los costos de mano de obra de la empresa modelo no se puede utilizar los datos incluidos en los contratos de las empresas de distribución, debido a que dichos contratos se celebran bajo esquemas de tercerización laboral, por lo que, de acuerdo al régimen legal de dicho tipo de contratos, ENEL no tiene control sobre la cantidad del personal ni sobre las horas – hombres efectivos que son dedicadas a cada obra o instalación.

b) Análisis legal

Respecto al argumento de ENEL referido a que la encuesta MINTRA, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, no era idónea debido a que no se basaba en datos reales o planilla de salarios y no correspondía a una encuesta de remuneraciones, cabe señalar que, tal como se indicó en el Anexo 2 del Informe N° 0447-2018-GRT “Análisis de Opiniones y/o Sugerencias a la Publicación del Proyecto de Resolución”, que sustentó la Resolución Osinergmin N° 157-2018-OS/CD, de acuerdo con el Oficio N° 1243-2018-MTPE/3/17, la encuesta MINTRA **contiene información sobre la remuneración mensual mínima, promedio y máxima** para técnicos en electricidad, electrónica y telecomunicaciones, por ello fue considerada como una referencia válida para la determinación de los costos de mano de obra.

Cabe aclarar que, la actividad de distribución eléctrica se brinda en condiciones de monopolio natural, por ello, Osinergmin debe de determinar el costo del servicio eficiente a fin de establecer una tarifa que también lo sea. Para llevar a cabo dicha labor, es necesario tener en cuenta que, la función de Osinergmin como organismo regulador es la de fijar dichos costos tratando de arribar a aquellos que se fijarían libremente si existiese un mercado competitivo de distribución eléctrica. El costo real de las empresas es un referente importante, aunque no es decisivo. En el presente caso cabe recordar que ENEL no remitió su información de costos reales, ni globales ni por hora hombre, y Osinergmin recurrió a otra fuente como lo fue la encuesta MINTRA.

Se sabe que como el mercado competitivo no existe, los costos reales de la empresa de distribución eléctrica, no pueden ser considerados como costos definitivos, debiendo recurrirse también a otras referencias como encuestas de mercado para poder determinarlos. Por tal razón, el hecho de que la encuesta MINTRA no corresponda a costos efectivamente pagados por las empresas (planilla de salarios), sean estas de distribución eléctrica o similares, no la convierte en una fuente de datos que no sea idónea como señala ENEL, sino que, en el mismo sentido a lo establecido en el numeral 6.1.7.1 de los Términos de Referencia, respecto de los costos de operación y mantenimiento, se reconoce que la empresa real solo es un punto de partida o de referencia, y que los costos unitarios de personal, directos o indirectos, deben de surgir del análisis comparativo de los valores reales con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado.

En consecuencia, la información contenida en la encuesta MINTRA sí puede calificar como una fuente idónea para sustentar los costos de mano de obra, ya que sería un indicador de dichos costos, considerando que para determinar cuánto se está dispuesto a pagar en un futuro cercano, es lógico que el punto de partida sea lo que se está pagando al momento de ser consultado.

Por ello, para la determinación de los costos de mano de obra eficientes no corresponde que se tomen necesariamente los costos reales de la empresa, los costos propuestos por CAPECO o los costos de la Encuesta General de Remuneraciones DELOITTE 2018, sino que, Osinergmin debe de evaluar dichas fuentes de información, así como otras que pueda obtener, a fin de determinar los valores que representen dichos costos, correspondiéndole al área técnica realizar el análisis técnico respectivo, revisando con ocasión de resolver el recurso impugnatorio, los costos cuestionados de la Resolución 157, de ser el caso, con la información contenida en tales referentes y los que resulten idóneos, y considerando en su análisis los argumentos técnicos de ENEL expuestos en su recurso.

Respecto a los cuestionamientos de ENEL referidos a que el cambio en el uso de los valores provenientes de CAPECO transgrede los principios de confianza legítima seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, reconocidos por el Tribunal Constitucional, en tanto Osinergmin sin mayor sustento, desconoce los criterios adoptados en periodos tarifarios anteriores, cabe reiterar que, los cambios de criterio de la autoridad administrativa sobre aspectos que no están expresamente detallados en las normas o porque hayan existido anteriormente errores de interpretación, cuando estos cambios de criterio son debidamente sustentados, son permitidos por la legislación aplicable cuando se cuenta con el debido sustento, tal como lo reconocen los artículos IV.1.15 y VI.2 del TUO de la LPAG.

Cabe recordar también que en las páginas 4 y 5 del Anexo 3 del Informe Técnico 377-2018-GRT que sustentó el proyecto de fijación del VNR (Resolución 133-2018-OS/CD)[5] Osinergmin sustentó su posición respecto a las razones por las que cambiaba el criterio de utilizar CAPECO y tomaba la fuente de Ministerio de Trabajo. Allí se señaló lo siguiente:

> "El reconocimiento de los costos de recursos (mano de obra, transporte y equipos) no puede estar determinado únicamente por los costos en los que efectivamente incurren la empresa concesionaria, dado que, estos no corresponden a los costos en los que incurrían si enfrentase presión competitiva. Por ello, es necesario usar referentes que puedan representar dicho valor. En regulaciones anteriores, para el caso de la mano de obra, se usó los costos de hora hombre de la revista CAPECO, en la medida que se consideraban los más representativos del costo eficiente. Sin que ello significase que se ignoraban las diferencias referidas a dichos costos correspondían a obras de construcción civil y no a obras de instalaciones eléctricas.
>
> Para determinar el costo eficiente de los recursos, siempre se evalúo el uso de las encuestas elaboradas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Sin embargo, en las regulaciones anteriores se advertía que éstas estaban desactualizadas y carecían de representatividad del sector por considerar únicamente a un grupo reducido de empresas de distribución eléctrico, como consecuencia de ello, se prefirió emplear como referente los Costos de la revista CAPECO.
>
> Para la presente regulación tarifaria, se ha verificado que el referido ministerio ha actualizado la información de su encuesta laboral (boletín "Demanda de Ocupaciones Nacional 2018 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo", Anexo N° 1.3 Perú: Personal a Contratar y Remuneración Promedio Mensual, según grupo ocupacional y principales ocupaciones 2018) con información hasta el año 2016 e incluyendo además a empresas concesionarias de distribución eléctrica y a las empresas terceras que les brindan servicios. Por tal razón, teniendo en cuenta que los Costos de la revista CAPECO, en su calidad de referencias propuestas por la Cámara Peruana de la Construcción, reflejan únicamente los costos propios de la industria de la construcción civil (que incluso consideran bonos, beneficios y otros conceptos propios de dicho sector) se ha decidido tomar como referente la encuesta elaborada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en la medida que, conforme a lo señalada en el párrafo precedente, la información del boletín mencionado se elaboró en base a encuestas de las empresas por grupo ocupacional a nivel nacional, dentro de las cuales se encuentran las empresas de distribución eléctrica, convirtiéndose el boletín en una fuente de información que refleja la realidad de los costos de las empresas de distribución eléctrica, y por ende, es la más adecuada para la determinación de las hora hombre de actividades eléctricas".

Como se explicó en el Informe Legal 381-2018-OS/CD, de conformidad con el Artículo 67 de la LCE, Osinergmin está facultado a elaborar los Términos de Referencia que servirán para que las empresas concesionarias elaboren sus Estudios de Costos del VAD. Mediante la Resolución N° 225-2017-OS/CD, en ejercicio de dicha facultad, aprobó los Términos de Referencia para la elaboración de los Estudios de Costos del VAD. En dichos términos, en el numeral 6.1.7.1 "Optimización de los costos de operación y mantenimiento técnico" se indica que los costos unitarios del personal propio (directos e indirectos) surgirán del análisis comparativo de los valores reales, con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado, adoptándose los valores que resulten más eficientes. Del mismo modo, de conformidad con el Artículo 16 de la Guía del VNR, los costos estándar de inversión de materiales y recursos deben de considerar diseños óptimos con economías de escala adecuadas y costos de mercado. Es decir, los costos de materiales, así como los de mano de obra considerados para fijar el VNR, deben ser aquellos que reflejen costos eficientes.

[5] En el literal a) del numeral 3.1 del Informe Legal 449-2018-GRT se explica que los costos VNR resultaban aplicables para determinar costos de la fijación del VAD.

De acuerdo con las citadas disposiciones de los Términos de Referencia y Guía del VNR, al mencionarse "otras referencias" y a que finalmente se adopten los valores "más eficientes", se evidencia que el texto de los mismos no buscan ser concluyentes respecto a qué referencia se va a emplear para hacer la comparación, previendo como una posibilidad las encuestas de mercado, sin que ello signifique que cualquier encuesta sea la idónea para la regulación, lo cual es coherente con lo dispuesto en los artículos 8 y 42 de la LCE; habiendo encontrado el área técnica antes de la publicación del proyecto de fijación del VNR y VAD y al aprobar VNR y VAD, que la encuesta de salarios del Ministerio de Trabajo resultaba ser más representativa y con niveles de costos más eficientes para los costos de mano de obra de los contratistas. Ante ello, ENEL ha presentado en su recurso impugnatorio argumentos técnicos que cuestionan nuevamente la idoneidad de dicha fuente y que deben ser técnicamente analizados por Osinergmin, de modo que esté debidamente sustentada la fuente que se utiliza para la regulación, toda vez que conforme al artículo IV.1.2 y artículo 3 numeral 4) de la LPAG, obtener una decisión motivada es un derecho de los administrados y a la vez un requisito de validez del acto administrativo, pudiendo conservarse el acto administrativo en caso la motivación haya sido insuficiente, procediendo que de ser el caso, con ocasión de resolver el recurso se exprese en el análisis técnico el sustento debido. Corresponde al área técnica el análisis y sustento respectivo respecto a lo expuesto por ENEL en su recurso impugnatorio.

ENEL señala que no reconocer los costos de CAPECO perjudicaría al servicio y a los clientes, debido a que los trabajadores del sector eléctrico optarían por orientarse al sector de construcción civil al ser las remuneraciones mayores en dicho sector, perdiendo el sector eléctrico disponibilidad de oferta de mano de obra, lo que en el corto plazo encarecería los costos para la prestación del servicio. No obstante, para que los supuestos de dicha afirmación puedan ser considerados como válidos, el costo de mano de obra efectivamente pagado por ENEL debería ser igual a los determinados por CAPECO, sin embargo, ENEL no ha acreditado sus costos reales no haciendo posible realizar dicha comprobación. Únicamente ha manifestado que los contratos celebrados con sus contratistas los realiza valorizando las actividades contratadas por precios unitarios, y no por costos hora hombre como le fue requerido por Osinergmin.

Sin perjuicio de lo señalado, respecto a la justificación efectuada por ENEL para no remitir sus contratos celebrados con los terceros conviene precisar que la misma no es una justificación válida, en la medida que, así sus contratos estén celebrados en costos unitarios, horas hombres u otros términos, el requerimiento de información de Osinergmin tenía como finalidad tomar conocimiento de los mismos en cualquier termino en los que estos se hubiesen celebrado, a fin de que puedan ser tomados en cuenta como puntos de referencia para realizar el análisis de costos eficientes, de acuerdo a los Términos de Referencia.

Las tarifas se fijan en función de los criterios establecidos en el Título V de la LCE y su Reglamento (sistema de precios de la electricidad en función de costos eficientes) de modo que la solo alegación de la reducción de ingresos entre procedimientos regulatorios como fundamento para sustentar que las decisiones o cambios de criterios de Osinergmin son indebidos no es un argumento válido, sin perjuicio del deber que tiene Osinergmin de sustentar debidamente sus decisiones, correspondan estas a criterios antes acogidos o cambios en los mismos.

Por lo expuesto, Osinergmin no ha vulnerado los principios de confianza legítima, seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad por el solo hecho de utilizar la encuesta MINTRA o apartarse de los costos CAPECO, correspondiendo al área técnica que evalúe los cuestionamientos de ENEL sobre la referida encuesta y de ser necesario, utilice en su propuesta para resolver el recurso impugnatorio, aquellas fuentes de información idóneas que puedan ser empleadas para revisar los costos de mano de obra eficientes de modo que, según el caso, se ratifiquen o se corrijan.

4.4. Sobre supuesto desconocimiento de libertad de contratar y el Pacta Sunt Sevanda

a) Argumentos de ENEL

ENEL manifiesta que si bien la función del regulador es la simular un mercado cuando se dan condiciones de monopolio natural, ello no significa que pueda justificar la imposición de un criterio sancionador para el reconocimiento de costos, pues en los casos en los que los contratos de la empresa real no cuenten con la forma e información requerida por el regulador aplique criterios de una encuesta que no refleja valores reales del mercado. Lo señalado sería desconocer que el regulador cuenta con todas las herramientas para conseguir información en el mercado, que refleje de manera objetiva, los costos eficientes para una empresa modelo de distribución que opere en el país. Lo contrario implicaría limitar sus libertades contractuales, en la medida que, ser una empresa regulada no supone que Osinergmin pueda interferir en las decisiones operativas y comerciales propias de la empresa real, imponiendo el cumplimiento de requerimientos, inversiones, formas de contratación, materiales, entre otros, simulados para la empresa modelo. Hacerlo significaría una vulneración a la garantía prevista en el Artículo 9 del Decreto Legislativo N° 757 que establece que toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente, quedando derogada toda disposición legal que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrolla.

De ese modo, señala ENEL que exigirle que acredite los costos de sus contratistas en hora hombres a través de la presentación de sus contratos implicaría exigirle que modifique los mismos para ajustarlos al requerimiento de Osinergmin, vulnerando expresamente la garantía establecida en el Artículo 62 de la Constitución Política del Perú que no permite que se establezca limitaciones aplicables a los términos que puede ser pactados para este tipo de contratos. Agrega ENEL que la regla *pacta sunt servanda* reconocida en el citado artículo garantiza la libertad de contratación y la estabilidad del contenido contractual para las partes, por lo que, Osinergmin estaría actuando más allá de sus funciones, contraviniendo el principio de legalidad, así como las previsiones especificas en las materias relacionadas con el ejercicio de la competencia administrativa, recogidas en el numeral 70.1 del Artículo 70 y el numeral 84.1 del Artículo 84 del TUO de la LPAG.

b) Análisis legal

Respecto a la validez de la encuesta utilizada por Osinergmin y valores reales de mercado, nos remitimos a lo expuesto en el análisis legal contenido en el literal b del numeral 4.3 del presente informe, siendo pertinente indicar que utilizar fuentes alternativas disponibles a

falta de información que no reporta la propia empresa concesionaria, no significa en forma alguna aplicar un criterio sancionador.

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

En los artículos 8 y 42 de la LCE se establece que las tarifas deben reconocer costos de eficiencia y estructurarse de tal modo que promuevan eficiencia del sector eléctrico, lo cual conlleva a que en el proceso de fijación tarifaria del VAD, conforme al artículo 64 de la LCE el Regulador debe basarse en una empresa modelo eficiente, lo que en esencia implica simular competencia. Ello involucra que, para el ejercicio de su función reguladora, Osinergmin requiere confrontar distintas fuentes de información y analizarlas integralmente, por lo que de la información presentada por las empresas podrá extraer aquello que le resulte relevante para la fijación pues aun tratándose de información globalizada habrá un mínimo nivel de detalle que podrá resultar válido para la fijación, sin perjuicio de solicitar a las empresas un análisis de costos unitarios.

Lo expuesto, en ningún caso esto significa que Osinergmin esté limitando la libertad contractual de las empresas o direccionando la forma en que estas deben organizarse. La actuación de Osinergmin no vulnera el Artículo 9 del Decreto Legislativo 757 en la medida que no establece ninguna disposición legal que intervenga en el derecho a la libertad de empresa de ENEL, simplemente y conforme a las facultades con que cuenta de acuerdo artículo 79 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM, solicita información relevante para ejercer su función reguladora.

No es exacta la afirmación de ENEL respecto a que exigirle que acredite los costos de sus contratistas en hora hombres a través de la presentación de sus contratos implicaría exigirle que modifique los mismos para ajustarlos al requerimiento de Osinergmin, toda vez que estos requerimientos no persiguen dicho objetivo, sino que lo que buscan es que el regulador pueda contar con la información que le permita realizar su función regulatoria. Ello debido a que, como se ha señalado, la actividad de distribución de electricidad presenta características de monopolio natural, por tal razón, el diseño regulatorio recogido en el marco normativo vigente establece que el precio del servicio brindado por la actividad de distribución eléctrica no debe ser fijado libremente por las empresas, sino por Osinergmin mediante la fijación de una tarifa que simule el precio al que se arribaría si el servicio se brindase en condiciones de competencia, a fin de evitar las ineficiencias y perjuicios que genera en el bienestar de la sociedad el establecimiento de un precio monopólico.

En ese sentido, la finalidad del requerimiento de información efectuado por Osinergmin no radica en que se envíe la información necesaria y obligatoriamente expresada en costos hora-hombre, sino que, se remita la información sobre los costos de mano de obra de terceros en los que efectivamente incurren las empresas de distribución eléctrica, a fin de poder evaluar y determinar, conjuntamente con los demás referentes que posee

Osinergmin, qué montos reflejarían mejor los costos de mercado de la mano de obra de terceros.

Por tal razón, en mérito a la respuesta brindada por ENEL, respecto a que sus contratos no especificaban costos hora-hombre por cada actividad, dado que, consideran la valorización de las actividades por precios unitarios, mediante el Oficio N° 757-2018-GRT se le volvió a requerir la información, solicitándole ya no la información de costos expresada en horas-hombre, sino, únicamente que remitan la información que consideren que acredita sus costos de mano de obra, sugiriendo que ésta podría ser i) sus últimos contratos de concursos, licitaciones o adjudicaciones ii) las bases de los concursos de selección respectivos, y iii) el análisis de costos unitarios de las actividades que dieron origen a la elaboración de las bases de los concursos.

En consecuencia, resulta evidente que al requerir información para ejercer su función regulatoria, en ningún momento Osinergmin ha pretendido modificar contratos del concesionario y contrariamente a lo afirmado por ENEL, se verifica que los requerimientos de información de Osinergmin de modo alguno contravienen la libertad de contratar y contractual de las empresas de distribución eléctrica ni tampoco son acciones que se encuentren fuera de su ámbito de competencia, por lo que, no vulneran el principio de legalidad y cumplen con lo previsto en los artículos 70 y 84 del TUO de la LPAG.

Por lo expuesto, los argumentos sobre supuesta afectación de la libertad de contratación de ENEL, son infundados.

4.5. Cambios a la prepublicación que no fueron materia de comentarios por parte de ENEL

a) Argumentos de ENEL

ENEL, en su recurso y en el Informe del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Perez, anexo al mismo (a los que en conjunto se resume a continuación como argumentos de ENEL), señala que la Resolución 157 modificó criterios no observados en la etapa de publicación del proyecto, ni en ninguna otra etapa del proceso tarifario, lo cual, a su entender, viola el debido procedimiento pues implica que ENEL no tuvo oportunidad de ejercer su derecho a presentar comentarios técnicos, económicos o jurídicos respecto a los nuevos criterios impuestos por Osinergmin en la publicación que fijó el VNR vulnerándose su derecho de defensa como parte de la garantía del debido procedimiento y como ejemplo cita: i) modificación de fórmulas para el dimensionamiento de subestaciones ii) eliminación de sección de conductores óptimos.

ENEL manifiesta que lo señalado vulnera lo establecido en el Artículo 67 de la LCE y el segundo párrafo del Artículo 7 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas (en adelante “Ley de Tarifas”), en el que se dispone que Osinergmin está obligado a comunicar los cambios de criterios y metodologías utilizadas previamente a la publicación de la Resolución 157.

Señala ENEL que, si ningún interesado objeta determinado tema del proyecto, el regulador debe emitir la decisión final sin variar dicho tema respecto del tratamiento que propuso en el proyecto o de lo contrario debe de realizar una nueva publicación del proyecto, lo cual no implica que el regulador no pueda variar su proyecto tarifario, sino que siempre se debe de hacer pública las decisiones de cambios de criterios o

metodologías. Agrega ENEL que en el eventual caso de que en la etapa de publicación del proyecto de resolución tarifaria y la decisión tarifaria final, se hayan efectuado cambios en la evaluación, la metodología aplicada, criterios seguidos, entre otros, en aplicación de los artículos 4 y 7 de la Ley 27838, corresponde al regulador retrotraer el procedimiento a la etapa de publicación del proyecto a fin de que éste no solo publique nuevamente el proyecto de decisión tarifaria sino también a publicar el nuevo criterio, metodología o evaluación aplicada para no privar a los interesados de ejercer el derecho de efectuar comentarios. Indica ENEL que, la transparencia resulta ser un requisito obligatorio para todo procedimiento tarifario, en la medida que la falta de publicidad genera la imposibilidad, para los interesados y afectados por la decisión tarifaria, de poder defenderse de lo resuelto por el regulador, que sus derechos a presentar comentarios se verían mermados puesto que no contarían con la información suficiente para poder remitir los comentarios que correspondan. Indican que de ese modo su incumplimiento es causal de nulidad tanto del proyecto como de la tarifa final que apruebe Osinergmin.

Agrega ENEL que por tal razón, no solo se establece hacer público el proyecto y la decisión final, sino también se establece la obligación para el regulador de que realice una audiencia pública a fin de que se sustenten los criterios, metodologías, estudios, informes, modelos económicos o dictámenes que se haya utilizado como sustento.

ENEL manifiesta que, en el último párrafo del Artículo 7 de la Ley de Tarifas se dispone que a fin de que el regulador pueda variar su metodología propuesta en el procedimiento debe realizar nuevamente audiencias descentralizadas para explicar las variaciones, estableciéndose de ese modo, un esquema de protección a los administrados que intervienen en el procedimiento regulatorio, con la finalidad de que puedan comentar u objetar la propuesta del regulador y los posibles cambios de metodología, criterio o modelo económico. Concluye ENEL que, una decisión tarifaria que modifique un aspecto contenido en el proyecto sin que hubiere sido cuestionado o comentado por los interesados sería nula, dado que los agentes interesados no habrían tenido la posibilidad de ejercer su derecho de defensa materializado en los comentarios al proyecto.

ENEL señala que han existido anulación de decisiones tarifarias como sanción por variaciones respecto del proyecto que no fueron sometidas a comentarios y cita el caso del proceso de fijación de cargo de acometida del servicio de distribución de gas natural del año 2005 en que mediante Resolución 410-2005-OS/CD, Osinergmin declaró nulidad de Oficio de la Resolución 337-2005-OS/CD que había dispuesto la publicación del proyecto de Resolución que fijaba los Topes Máximos de Acometida y sus Cargos para su mantenimiento, aplicables al período 2005 – 2008 para la concesión de distribución de gas natural de Lima y Callao, y la relación de información que la sustentaba. ENEL cita además la Resolución Osinergmin 194-2009-OS/CD la cual fue dejada sin efecto por la Resolución Osinergmin 299-2009-OS/CD, disponiéndose que se vuelva a publicar el proyecto de resolución tarifaria para que la concesionaria y otros interesados expresen sus comentarios, la Resolución 59-2008-OSITRAN que declaró la nulidad de la Resolución 3-2008-OSITRAN por cambios de criterios utilizados en el proyecto de resolución tarifaria respecto a la resolución tarifaria aprobada en cuanto a la determinación del Beta y la inclusión por prima por riesgo regulatorio; y, la Resolución 030-2007-CD/OSIPTEL en que se modificó la distribución porcentual para tramo variable y fijo.

b) Análisis legal

No obstante que el informe legal presentado por ENEL en su recurso, no aborda la fijación del VNR sino el procedimiento VAD, damos respuesta a lo indicado en dicho informe, dado que la información que reportó la empresa respecto a los costos estándares de inversión (materiales, mano de obra y recursos) para que sea utilizada en la fijación del VAD, al ser por iniciativa de ella misma la que reporta empleando el sistema SICODI del VNR[6], todo lo ocurrido en las observaciones que se le formularon a dicha información en el procedimiento VAD respecto a dichos costos, le resulta aplicable para la aprobación del VNR.

De acuerdo con el párrafo final del artículo 67 de la LCE, aplicable para la fijación del VAD, Osinergmin puede modificar solo aquellos aspectos de los estudios de costos presentados que habiendo sido oportunamente observados no hubiesen sido absueltos por los concesionarios de distribución. Esta disposición implica en principio que aquello que estando incluido en el Estudio de Costos y no fuera observado, no puede ser modificado al momento de aprobarse la tarifa. Cabe indicar que la absolución de observación implica cumplir con lo requerido y no solo la presentación formal de documentación cuando esta no atiende lo solicitado.

Respecto a los alcances del artículo 67, se entiende que debe entenderse por aspectos no observados a aquellos aspectos que no han sido cuestionados directamente por Osinergmin o que tampoco han sido cuestionados indirectamente por éste, es decir que no tienen incluidos componentes o variables que hayan sido observados por Osinergmin en aspectos vinculados a lo que no fue materia de observación expresa.
En efecto, aquellos temas que no fueron observados en forma directa, sí pueden considerarse observados en forma indirecta cuando al estar vinculados o tener componentes incluidos en otros que fueron expresamente materia de observaciones, deben ser modificados como consecuencia lógica del resultado de dichas observaciones expresas.

Por otro lado, cabe precisar que, conforme lo indicara el área técnica, hay temas en los que el concesionario no presentó sustento respecto a lo consignado en su Estudio de Costos y por ello no pudo ser materia de observación de fondo en la etapa de formulación de observaciones, sino solo de requerimiento de información. En estos casos, resultado del análisis de la información recibida como respuesta a la observación o por aplicación de fuentes disponibles cuando no se recibió la información o esta resultó ser incompleta o deficiente (como ocurrió por ejemplo con el costo de mano de obra), resultaba válido introducir modificaciones respecto a los indicado en el Estudio de Costos. Ello se explicó en el literal a.7 del numeral 3.2 del Informe Legal 449-2018-GRT que sustentó la Resolución 158, al analizar uno de los comentarios de la empresa Luz del Sur[7].

[6] Según consta en el documento GRyRI-047-2018, con el que ENEL en lo referente a presentación de información, en la Etapa I (Recopilación de Información) prevista en los Términos de Referencia del VAD, optó por remitirse a su SICODI-VNR.

[7] Literal a.7 del numeral 3.2 del Informe Legal 449-2018-GRT. - "Según lo informado por el área técnica, Osinergmin ha efectuado el requerimiento de observación sobre aspectos previstos en el numeral 5 de los Términos de Referencia, aprobados por Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD, sobre los cuales la concesionaria no había remitido previamente la respectiva información. El citado numeral 5 establece como Etapa I del proceso de fijación del VAD, la respectiva recopilación de información. El numeral 6 de los mismos Términos de Referencia prevé como Etapa II la creación de la empresa modelo eficiente, la cual precisamente se diseña en función a la información

Del mismo modo, cuando se trata de aspectos que fueron observados directa o indirectamente y éstos fueron materia de comentarios y sugerencias de las empresas o terceros interesados al proyecto publicado, resulta válido que, como resultado del análisis de dichos comentarios y sugerencias, de ser el caso, se modifique lo que fue publicado como proyecto.

Por lo expuesto, aquellos aspectos del Estudio de Costos que, conforme al artículo 67 de la Ley de Concesiones Eléctricas, no fueron observados directa ni indirectamente, es decir que no fueron objeto de cuestionamiento alguno por parte de Osinergmin, no pueden ser modificados en la aprobación tarifaria y si hubieran sido modificados, corresponde que sean corregidos manteniendo lo consignado en el proyecto, salvo que se trate de errores manifiestos, como se explica más adelante. En cuanto a los aspectos que fueron directa **o indirectamente** observados, resulta válido que al aprobar el VAD se modifique lo que fue publicado como proyecto cuando se trata de aspectos o componentes que, como resultado del análisis de comentarios y sugerencias de las empresas o terceros interesados al proyecto publicado, arrojan un resultado distinto al que se consignó en el proyecto o si se aprecia que se ha incurrido en errores materiales o errores manifiestos no sustantivos.

Respecto al sentido de publicar un proyecto tarifario y el proyecto de VNR, se entiende que es por transparencia, para facilitar a los administrados el acceso a la información con anticipación, para involucrar a los administrados en pasos previos a la aprobación de la tarifa a efectos de tomar en cuenta aquellas opiniones, comentarios o sugerencias que contribuyan a la correcta regulación tarifaria, que puedan ayudar a perfeccionar el acto administrativo final, teniendo justamente en cuenta, entre otras razones, que con dichas participaciones es posible para la Administración advertir los supuestos vicios que podrían ameritar la nulidad del acto administrativo definitivo a efectos de corregirlos o evitarlos.

El objetivo que persigue la publicación de un proyecto no está por encima de la aprobación oportuna y eficiente de un acto administrativo técnica y jurídicamente correcto que fija la tarifa, pues si cada aspecto que requiera cambiarse luego de la publicación del proyecto, sea como resultado de comentarios y sugerencias, sea por correcciones materiales, sea por advertencias de errores no sustantivos, por contarse con nueva información o cualquier otra circunstancia similar, tuviera que ser nuevamente publicado como proyecto, podríamos terminar en una ruleta de publicaciones de proyectos de nunca acabar, con el consiguiente perjuicio de no contarse con la nueva tarifa una vez vencido el plazo de la que se viene aplicando, siendo pertinente indicar que las normas no han establecido con sanción de nulidad el hecho que se cambie lo publicado como proyecto respecto a lo que se apruebe finalmente, máxime si toda fijación tarifaria involucra abundante información, diversos criterios aplicables e innumerables detalles y cálculos.

recibida en la Etapa I. En consecuencia, si la empresa no ha remitido la información en la Etapa I, el área técnica no puede expresar desacuerdos o efectuar análisis sobre resultados directos que la concesionaria no respalda con información remitida al regulador, por lo que en esos casos las observaciones del regulador incidieron en el requerimiento de información o de desarrollo de análisis, por lo que de ninguna manera su actuar resulta arbitrario y a falta de remisión de información de la empresa en la etapa de absolución de observaciones, Osinergmin debió recurrir a otras fuentes…"

El sentido de necesidad de una nueva publicación de proyecto o de una nueva audiencia descentralizada para la sustentación de proyecto tarifario, como lo exige en este último caso el artículo 7 de la Ley de Tarifas, solo sería aceptable cuando las modificaciones fueran de tal naturaleza que el cambio entre proyecto y tarifa aprobada esté en criterios esenciales, modelo económico o metodología sustantiva de la fijación tarifaria, es decir cuando se trate de cambios sustanciales, lo cual si bien pueden haber ocurrido en las resoluciones citadas como ejemplos por el impugnante, no se presentó en el procedimiento del VAD en que esos aspectos sustanciales, aprobados por Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD (Términos de Referencia del VAD), según lo indica el área técnica, no han sido modificados entre la publicación del proyecto y la resolución aprobatoria del VAD sino que han operado a nivel de detalles adjetivos o de cálculo. Asimismo, no es exacto que el derecho de defensa se materialice en la etapa de comentarios y sugerencias, pues el objetivo de la publicación del proyecto tarifario es recoger los aportes de los interesados para una mejor regulación y el derecho de defensa se materializa en los recursos impugnatorios contra la tarifa aprobada.

En el mismo sentido, el procedimiento del VNR involucra abundante información, diversos criterios aplicables e innumerables detalles y cálculos, que para el presente caso han sido los mismos que el VAD y el sentido de necesidad de una nueva publicación de proyecto, solo sería aceptable cuando las modificaciones fueran sustantivas, en otras palabras, de tal naturaleza que el cambio entre proyecto y VNR aprobado esté en criterios esenciales y metodología sustantiva de la fijación del VNR, es decir cuando se trate de cambios sustanciales, lo cual no se presenta en el presente procedimiento en que esos aspectos sustanciales, que son los previstos en la Guía de Elaboración del Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica, aprobada por Resolución Osinergmin N° 232-2017-OS/CD (en adelante "Guía del VNR"), según lo indica el área técnica, no han sido modificados entre la publicación del proyecto y la resolución aprobatoria del VNR sino que han operado a nivel de detalles adjetivos o de cálculo.

Cabe recordar que los artículos 3, 10 y 14 del TUO de la LPAG están relacionados con la nulidad del acto administrativo, reconociéndose en el artículo 14 que prevalece la conservación del acto administrativo cuando el vicio por incumplimiento de sus elementos de validez no sea trascendente, procediéndose a su enmienda por la autoridad emisora, considerándose como vicio no trascendente[8], entre otros, según lo indica literalmente la norma, el acto emitido con una motivación insuficiente o parcial o cuando el acto es emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en **aspectos importantes** o cuyo incumplimiento no afectare el **debido proceso** del administrado. Estas normas sobre nulidad, tratándose de aspectos tarifarios tienen una connotación especial en la interpretación de los alcances de "aspectos importantes" y "debido proceso", por el grado de detalle y abundante información técnica que se maneja al fijar tarifas, por lo que en casos de posibles vicios de nulidad, al analizar si se debe o no conservar un acto administrativo los aspectos afectados deben ser realmente sustantivos (criterios esenciales, metodología, modelo económico en caso de VAD; y criterios esenciales y metodología sustantiva de la fijación del VNR) y en cuanto al debido proceso ir al punto de generar verdadera indefensión en el administrado.

[8] Artículo 14 del TUO de la LPAG.-

La peculiaridad del procedimiento de fijación de tarifas y VNR es que las empresas concesionarias tienen activa participación a lo largo del proceso, desde que por mandato legal les corresponde presentar incluso la propuesta tarifaria (que es el Estudio de Costos) y la información materia de análisis en caso de VNR, de modo que pueden seguir defendiendo sus derechos en el acto impugnatorio del recurso de reconsideración contra la resolución aprobatoria, en medio de un procedimiento transparente que cuenta con publicaciones de proyecto (y en el caso del VAD audiencias públicas y privadas), por lo que no puede considerársele como una afectación al debido proceso que determine la nulidad del mismo, cambios no sustantivos o motivaciones insuficientes que puedan ser luego completadas o corregidas al resolverse el recurso de reconsideración.

Por ello una nulidad por un aspecto no trascendente o cualquier otro aspecto que dilate la fijación oportuna de la tarifa solo debe operar si efectivamente no es aplicable la figura de la conservación del acto[9], caso contrario invocar nulidades por cualquier detalle regulatorio puede convertirse en un mecanismo improductivo, dilatorio y generador de incertidumbres jurídicas con la consiguiente afectación del principio de buena fe procedimental, previsto en el numeral 1.8 del artículo IV del título Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual *ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental*.

En el caso de la Resolución Osinergmin 299-2009-OS/CD, citada por ENEL en el informe adjunto a su recurso, en la misma resolución se reconoció que los cambios entre prepublicación y aprobación tarifaria eran sustanciales, toda vez que, entre otros, el periodo regulatorio en publicación del proyecto y resolución tarifaria era de 25 años y 1 año respectivamente, siendo evidente que regular para un periodo de 25 años es sustancialmente distinto que regular para un solo año lo cual justifica ampliamente la publicación del nuevo proyecto.

En cuanto a la Resolución Osinerg 410-2005-OS/CD, en la referida resolución se explica que la nulidad de oficio se dispone por falta de motivación del acto por cuanto la publicación del proyecto se había basado en un análisis tan solo preliminar de los costos de instalación sin efectuarse el respectivo sustento técnico además de haberse presentado cambios normativos previos, sustento de propuesta con nuevos elementos y otras peculiaridades propias de dicho proceso que impidieron conservar el acto.

Respecto a la Resolución 59-2008-OSITRAN, en ella se explica que existió el cambio de criterio en cuanto a determinación de Beta y tratamiento de riesgo regulatorio, y en cuanto a la Resolución 030-2007-CD/OSIPTEL en que se modificó la distribución porcentual para tramo variable y fijo, en ella se explicó que el referido cambio derivaba de unos comentarios (de la empresa Americatel) a la publicación del proyecto y señaló que por criterios y estipulaciones procedimentales del contrato de concesión de Telefónica del Perú S.A.A, OSIPTEL dejó sin efecto la tarifa fijada en el extremo referido a la determinación de costos y ordenó notificar a Telefónica del Perú S.A.A. para que dicha

[9] De ser un caso extremo y no presentarse el supuesto de conservación del acto, podrá resultar aplicable el criterio contenido en el artículo 211.2 del TUO de la LPAG, según el cual en temas de nulidad de oficio, además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello.

empresa presente sus comentarios respecto a la distribución de costos; es decir, solo por razones contractuales se procedió a notificar a dicha empresa para recibir sus comentarios.

En el caso del procedimiento regulatorio de aprobación del VAD y el procedimiento de aprobación del VNR, no se han presentado supuestos similares a los indicados en las referidas resoluciones y además, los cambios han operado en niveles de detalle adjetivos o de cálculo y no propiamente del enfoque tarifario, por lo que no se incurre en vicio de nulidad al no disponerse nueva publicación del proyecto.

Finalmente, cabe señalar que no es exacta la afirmación del impugnante, relacionada con el hecho que la publicación de un proyecto sea para que los administrados ejerzan su derecho de defensa, pues la etapa de presentación de comentarios y sugerencias al proyecto no tiene esa finalidad, sino la indicada en párrafos anteriores (transparencia, contribución de interesados para mejor regulación, etc), toda vez que el derecho de defensa se materializa en los recursos impugnatorios contra la resolución que aprueba la tarifa aprobada y la que aprueba el VNR.

Por lo expuesto, esta asesoría es de la opinión que solo podría existir vicio de nulidad respecto a cambios producidos entre la publicación del proyecto y la aprobación tarifaria, si estos fueran cambios sustantivos, es decir, cambios que recaigan en criterios esenciales, metodología o modelo económico utilizado, lo cual según lo indicado por el área técnica no ha ocurrido en la fijación del VAD, encontrándose estos aspectos sustantivos previsto en los Términos de Referencia aprobados por Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD, que se han mantenido invariables; o cuando se trate de criterios esenciales o metodología sustantiva para fijación de VNR, es decir cambios sustanciales, los cuales no se presentan en el presente procedimiento de fijación de VNR.

Asimismo, esta asesoría es de la opinión que son válidos los cambios producidos entre la publicación del proyecto y la aprobación tarifaria en los casos en que además de no involucrar los referidos cambios sustantivos, se presenten algunos de estos supuestos: (i) incidan en aspectos que fueron directa o indirectamente materia de observación por Osinergmin (ii) pese a tratarse de aspectos que no fueron directa o indirectamente observados, corrijan errores manifiestos a efectos que la fijación tarifaria sea técnica y jurídicamente correcta (iii) deriven de observaciones directas o indirectas al Estudio de Costos que no fueran debidamente subsanadas o que deriven de comentarios al proyecto.

Corresponde al área técnica analizar conforme a lo indicado, cada uno de los aspectos cuestionados en el recurso, y especialmente en el Anexo 3 del mismo, a efectos de determinar si, conforme a lo indicado en el párrafo que antecede, este extremo del recurso debe declararse infundado, fundado en parte o fundado, efectuando las correcciones pertinentes, de ser el caso.

4.6. Sobre supuesto trato discriminatorio respecto de ENEL

a) Argumentos de ENEL

ENEL manifiesta que existe la aplicación de metodologías distintas entre ella y Luz del Sur, ya sea debido a propuestas efectuadas por ambas o por la aplicación de criterios divergentes por los consultores contratados por Osinergmin lo cual configura un trato discriminatorio en su contra, en la medida que, no media razón alguna para efectuar un tratamiento diferenciado para empresas que atienden al mismo tipo de mercado, sector típico y en la misma ciudad, menos aún si se refieren a cuestiones similares o incluso comunes. Asimismo, debe de tener en cuenta que el principio de no discriminación o imparcialidad es transversal a todo procedimiento de fijación tarifaria, por lo que, Osinergmin se encuentra obligado a aplicarlo en todas sus actuaciones cuando se traten de empresas que operan instalaciones y tengan áreas de concesión con características similares entre sí.

ENEL señala que el reglamento de Osinergmin recoge los principios de neutralidad y no discriminación, los cuales tienen como finalidad mantener las condiciones de igualdad entre las empresas sujetas a regulación. De ese modo, en aplicación del principio de neutralidad, Osinergmin no debe de otorgar tratos diferenciados entre empresas reguladas que genere aflicciones u otorgue mayores ventajas de unas frente a otras, considerando además que el trato diferenciado termina perjudicando a un grupo de usuarios, en este caso a los de ENEL, lo cual no debe ser amparado por Osinergmin. De igual modo, en aplicación del principio de no discriminación, no es posible que se incurra en tratos diferenciados entre empresas sin que media justificación alguna, a fin de que se propicie el clima de inversiones en el marco de un ordenamiento jurídico predecible y sujeto a los principios y lineamientos emanados del mismo. Finalmente, ENEL indica que también resulta aplicable el principio de verdad material, por ello, en la medida que Osinergmin comprobó la idoneidad de una metodología para empresas de distribución de las mismas condiciones de ENEL, resulta contrario a dicho principio que no aplique los mismos criterios, teniendo en cuenta que en virtud al referido principio lo que debe buscar el regulador es la verificación plena de los hechos que justifiquen sus decisiones.

b) Análisis legal

Esta regla está prevista en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo IV.1.5 del TUO de la LPAG según los cuales existe un derecho de igualdad ante la ley por el que nadie puede ser discriminado y las autoridades deben actuar sin ningún tipo de discriminación entre los administrados. Todo ello se traduce en que a la misma razón se aplique el mismo derecho.

Cabe indicar que conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC "El derecho a la igualdad supone tratar *igual a los que son iguales* y *desigual a los que son desiguales*…La primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que posee rasgos específicos e intransferibles que hace que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro"

En consecuencia, la igualdad de trato únicamente puede exigirse ante situaciones muy similares. Por el contrario, cuando se está ante situaciones sustancialmente distintas, el trato puede ser diferenciado y ello de modo alguno supone discriminación.

Corresponde al área técnica observar el principio de no discriminación o imparcialidad, de modo que ante situaciones sustancialmente similares exista igualdad de trato y solo estará facultado de aplicar trato diferenciado si, conforme a las peculiaridades de la fijación del VNR, los supuestos elementales de las dos empresas no son sustancialmente iguales.

4.7. Supuesta expropiación regulatoria

a) Argumentos de ENEL

ENEL manifiesta que la contravención de la normativa vigente por parte de Osinergmin en su regulación tarifaria, reduce sus ingresos en más de 13.5%, ya que el impacto de una incorrecta modificación del VNR genera a su vez graves perjuicios a nivel de determinación del VAD de modo que vía VNR el regulador afecta la expectativa de retorno de ENEL. Asimismo, indica que considerando las señales regulatorias contenidas en las metodologías y criterios utilizados por Osinergmin en las fijaciones tarifarias anteriores desde el año 1997 ha realizado importantes inversiones de largo plazo. De ese modo, ENEL señala que en los últimos 6 años ha invertido USD 440 millones solo en lo que respecta a redes de distribución y USD 713 millones a nivel empresa. Precisa que dichas inversiones le han permitido contar con el mejor nivel de calidad, seguridad y confiabilidad a nivel nacional. Asimismo, indica que además de lo señalado, ha verificado un incremento de demanda y clientes que justifican la realización de mayores inversiones y por lo tanto correspondería un mayor reconocimiento en la tarifa, por lo que, no se justifica la reducción de USD 27 millones de dólares al año (13.5% de su ingreso anual).

ENEL señala que la Constitución tutela el derecho de propiedad de los privados, incluyendo a las empresas, como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe, estableciendo la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluye el pago en efectivo de la indemnización justipreciada por la intervención en la propiedad privada, reconociendo en ese sentido, que las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas (según los Artículos 2 inciso 2, 61, 63, 70 y 71 de la Constitución). Señala que, por ello, no se justifica una reducción tan significativa de sus ingresos, la cual considera que en la práctica constituye una expropiación regulatoria, pues los costos en los que incurrirá para cumplir la normativa vigente no serían adecuadamente reconocidos por la tarifa; situación que no la eximiría de cumplir con las obligaciones normativas establecidas generándole riesgo en perder la concesión otorgada por Estado y que de ese modo, Osinergmin estaría disponiendo de los recursos de los accionistas para el cumplimiento de las referidas obligaciones.

Asimismo, ENEL indica que los Decretos Legislativos Nos. 662 y 757, y el Decreto Supremo N° 162-92-EF contemplan implícitamente la garantía contra las expropiaciones regulatorias, al igual que lo establecido en los tratados internacionales de los que el Perú forma parte. Por tal razón, señala ENEL que a fin de evitar de que se constituya una expropiación regulatoria y se cumpla con lo establecido en el Artículo 67 de la LCE, respetando los principios del derecho administrativo, Osinergmin debe de revisar lo decidido en la Resolución 157.

b) Análisis legal

En principio, la reducción de ingresos de un concesionario del servicio público de electricidad, no implica que esté ocurriendo una expropiación regulatoria, ni que se haya fijado tarifas contraviniendo las normas vigentes.

El marco legal aplicable a la regulación tarifaria tiene como criterio esencial, el reconocimiento de costos de eficiencia (artículos 8 y 42 de la LCE), lo cual implica, entre otros, que si la evolución tecnológica abarata costos a lo largo del tiempo (como ha ocurrido por ejemplo en el caso del precio del aluminio), el inversionista sabe desde antes de efectuar su inversión, que las tarifas podrán verse disminuidas, al menos por la parte correspondiente a aquellos rubros en que la tecnología ha logrado la disminución del costo, y que en consecuencia, ello no será expropiación regulatoria sino el resultado lógico de ese criterio esencial de costos eficientes que permanece invariable desde la aprobación de la LCE.

Asimismo, el marco legal y criterios aplicables, no se congelan en el instante en que un inversionista del sector eléctrico efectúa sus inversiones, por lo que cualquier modificación normativa o de criterio no puede ser tomada como expropiación. Tal es así que en materia normativa la LCE y su Reglamento, han pasado por múltiples modificaciones y permiten otras aún pendientes. Por otro lado, los cambios de criterio de la autoridad administrativa sobre aspectos que no están expresamente detallados en las normas o porque hayan existido anteriormente errores de interpretación, cuando estos cambios de criterio son debidamente sustentados, también son permitidos por la legislación aplicable cuando se cuenta con el debido sustento, tal como lo reconocen los artículos IV.1.15[10] y VI.2[11] del TUO de la LPAG. Sobre el particular, la doctrina jurídica señala lo siguiente:

> "La posibilidad de apartarse de los precedentes halla su fundamento en la atendible necesidad de permitir a una dinámica Administración Pública, actualizar sus criterios (según la oportunidad y la experiencia) si considera que la interpretación del precedente no es la correcta, así como adecuar sus decisiones a las fluctuantes necesidades del interés general; pero se le exige, a cambio, un esfuerzo de razonabilidad que debe plasmarse en la motivación del acto"[12].

Osinergmin fija tarifas aplicando el principio de legalidad al que nos hemos referido en el literal b) del numeral 4.3. del presente informe y cualquier error o aplicación defectuosa de alguna de las normas técnicas debe ser corregido, pero por lo expuesto en los párrafos anteriores, de ningún modo puede llevarse al extremo genérico de considerar expropiación regulatoria cualquier aspecto controvertido de aplicación normativa con la sola afirmación genérica de reducción de ingresos. ENEL no ha acreditado o especificado

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

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

[12] MORON URBINA, Juan Carlos; "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto único Ordenado de la Ley N° 27444"; Gaceta Jurídica, Lima, 2018, 13ª Edición. Tomo I, Página 173.

cómo llega a la conclusión que esa supuesta reducción de 13,5% en sus ingresos responde a supuestos incumplimientos de aplicaciones normativas en la fijación del VAD ni que haya sido privado de su propiedad.

Por lo expuesto, los argumentos de Enel sobre expropiación regulatoria resultan infundados.

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

5.1 De conformidad con el artículo 216 de TUO de la LPAG, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 30 días hábiles contados a partir de su interposición.

5.2 Atendiendo a que Luz del Sur interpuso su recurso de reconsideración el 12 de noviembre de 2018, el plazo máximo para resolverlo vence el día 26 de diciembre de 2018[13].

5.3 Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 217 del TUO de la LPAG y el Artículo 52 inciso k) del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

6) Conclusiones

6.1. Por las razones expuestas en el numeral 2) del presente informe, el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa Enel, contra la Resolución Osinergmin 157-2018-GRT, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.

6.1 Por los fundamentos expuestos en el literal b) del numeral 4.1, esta Asesoría considera que conforme a la doctrina el **error material** es aquel que se atribuye no a la manifestación de voluntad ni al razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene y procede corregirlo cuando no se altera lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. Corresponde al área técnica, de ser el caso, incluir en su informe la corrección de los errores materiales invocados por el impugnante, caso contrario sustentar por qué resulta infundado o fundado en parte aquellos que no se consideren materia de corrección.

6.2 Por los fundamentos expuestos en el literal b) del numeral 4.2, esta Asesoría considera que, la Fijación del VAD debe reconocer todos los costos necesarios para que se pueda cumplir con las normas de calidad, seguridad, construcción, tránsito, ambientales, ordenanzas municipales y otras que representen la gestión de un concesionario operando en el país, en observancia del **principio de legalidad**, y dado que los detalles impugnados respecto a la aplicación de las normas referidas son de carácter técnico, corresponde al área técnica verificar

[13] Cabe señalar que en el cómputo del plazo no se considera el 24 de diciembre de 2018 por haber sido declarado día no laborable para el sector público de conformidad con el Decreto Supremo N° 121-2018-PCM.

que para la fijación del VAD, se hayan respetados tales disposiciones a efectos de determinar si el recurso resulta fundado, infundado o fundado en parte.

6.3 Por los fundamentos expuestos en el literal b) del numeral 4.3, esta Asesoría es de opinión que Osinergmin no ha vulnerado los principios de confianza legítima, seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad por el solo hecho de utilizar la **encuesta del Ministerio de Trabajo**, ni por haberse apartado de los costos CAPECO, correspondiendo al área técnica que evalúe las observaciones de ENEL sobre la referida encuesta y de ser necesario, utilizar en su propuesta para resolver el recurso impugnatorio, aquellas fuentes de información idóneas que puedan ser empleadas para determinar los costos de mano de obra eficientes.

6.4 Por los fundamentos expuestos en el literal b) del numeral 4.4, esta Asesoría es de opinión que, al requerir información para ejercer su función regulatoria, en ningún momento Osinergmin ha pretendido modificar contratos del concesionario y contrariamente a lo afirmado por ENEL, se verifica que los requerimientos de información que efectuó Osinergmin no vulneran el artículo 62 de la Constitución, no contravienen la libertad contractual de la empresa de distribución eléctrica ni tampoco son acciones que se encuentren fuera de su ámbito de competencia, de modo que los argumentos de ENEL sobre supuesta afectación a la regla der la ***pacta sunt servanda*** son infundados.

6.5 Por los fundamentos expuestos en el literal b) del numeral 4.5., esta asesoría es de la opinión que solo podría existir vicio de nulidad respecto a **cambios producidos entre la publicación del proyecto y la aprobación tarifaria**, si éstos fueran cambios sustantivos, es decir, cambios que recaigan en criterios esenciales, metodología o modelo económico utilizado, lo cual según lo indicado por el área técnica no ha ocurrido en la presente fijación del VAD, encontrándose estos aspectos sustantivos previsto en los Términos de Referencia aprobados por Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD, que se han mantenido invariables.

Asimismo, son válidos los cambios producidos entre la publicación del proyecto y la aprobación tarifaria en los casos en que además de no involucrar los referidos cambios sustantivos, se presenten algunos de estos supuestos: (i) incidan en aspectos que fueron directa o indirectamente materia de observación por Osinergmin (ii) pese a tratarse de aspectos que no fueron directa o indirectamente observados, corrijan errores manifiestos a efectos que la fijación tarifaria sea técnica y jurídicamente correcta (iii) deriven de observaciones directas o indirectas al Estudio de Costos que no fueran debidamente subsanadas o que deriven de comentarios al proyecto.

Corresponde al área técnica analizar conforme a lo indicado, cada uno de los aspectos cuestionados y los demás contenidos en el Anexo 4 del recurso, a efectos de determinar si, conforme a lo indicado en el párrafo que antecede, este extremo del recurso debe declararse infundado, fundado en parte o fundado, efectuando las correcciones pertinentes, de ser el caso.

6.6 Por los fundamentos expuestos en el análisis legal del literal b) del numeral 4.6, esta Asesoría es de la opinión que para el análisis de los conceptos contenidos en el numeral 3.7, con relación al extremo del petitorio referido a un supuesto trato

discriminatorio respecto de ENEL, corresponde al área técnica observar el principio de no discriminación o imparcialidad teniendo en cuenta que, conforme a las peculiaridades de la fijación del VAD (artículos 66 y 67 de la LCE), la igualdad de trato únicamente puede exigirse ante situaciones muy similares y que solo estará facultada de aplicar trato diferenciado si los supuestos elementales de las empresas materia de comparación, no son sustancialmente iguales o si pese a tener situaciones relativamente similares, la metodología aplicada por ambas empresas cumplen con las normas aplicables, caso contrario debe efectuar las correcciones pertinentes.

6.7 Por los fundamentos expuestos el literal b) del numeral 4.7, esta Asesoría considera que los argumentos de ENEL respecto a una supuesta **expropiación regulatoria** derivada de la Fijación del VAD, son infundados.

6.8 El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 26 de diciembre del 2018.

Firmado por: CASTILLO SILVA Maria Del Rosario FAU 20376082114 hard
Oficina: GRT - San Borja
Cargo: Asesora Legal de la GRT
Fecha: 2018.12.23 14:07:34

Firmado por: AMEZ DIAZ Maria Jacqueline FAU 20376082114 hard
Oficina: GRT - San Borja
Cargo: Especialista Legal GRT
Fecha: 2018.12.23 14:03:35

/dcj