

"Año del Deber Ciudadano"

Informe N° 0234-2007-GART
Opinión legal que analiza los aspectos jurídicos contenidos en el Recurso de Reconsideración presentado por la empresa Edecañete S.A. contra la Resolución OSINERG N° 244-2007-OS/CD que fijó los importes máximos de corte y reconexión.

Para : Miguel Révolo Acevedo
Gerencia de Distribución Eléctrica

Referencia : Recurso de **reconsideración** de **EDECAÑETE S.A** contra la resolución que fija los importes máximos de **corte y reconexión**

Ref. : Recurso ingresado el 30/05/2007 a la Oficina de San Isidro, según Reg. 852499; Reg. GART 002425 (**Expediente N° 000077**).

Fecha : **05** de julio de 2007.

Se solicita a esta asesoría una opinión con relación a los aspectos legales del recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa EDECAÑETE S.A. (en adelante EDECAÑETE), contra la Resolución OSINERGMIN N° 244-2007-OS/CD que fija los importes máximos de corte y reconexión.

A continuación absolvemos lo solicitado.

1) Antecedentes

- 1.1 El 09 de mayo de 2007, fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución 244, mediante la cual se fijan los Importes Máximos de Corte y Reconexión, aplicables a los usuarios finales del servicio público de electricidad.
- 1.2 Con fecha 30 de mayo de 2007, EDECAÑETE, mediante el documento de la referencia, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 244.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración de EDECAÑETE

- 2.1 De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 5) del Artículo 3° de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas (en adelante "Ley de Transparencia"), concordante con el numeral 207.2 del Artículo 207° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) y el ítem k) del Primer Cuadro del Anexo de la Norma "Procedimiento para la aprobación de los Importes Máximos de Corte y Reconexión", Resolución OSINERG N° 241-2003-OS/CD (en adelante, PROCEDIMIENTO), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la publicación de la resolución materia de impugnación. Considerando que la Resolución 244 fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de mayo de 2007, se tiene que el recurso de EDECAÑETE fue

AAA

presentado dentro del término de Ley, al haber sido interpuesto el 30 de mayo de 2007.

2.2 Asimismo, el presente recurso cumple con los demás requisitos de admisibilidad previstos en los Artículos 113° y 211° de la LPAG, por lo que el recurso resulta admisible.

3) Principio de Transparencia en los procesos regulatorios

3.1 OSINERGMIN cumplió con publicar el recurso de reconsideración de EDECAÑETE en la Página Web de la entidad, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del Artículo 3° de la Ley de Transparencia, y el ítem l) del Primer Cuadro del Anexo del PROCEDIMIENTO.

3.2 Asimismo, OSINERGMIN convocó a Audiencia Pública a fin que la empresa impugnante sustente y exponga su recurso de reconsideración y responda a las consultas de los asistentes de la audiencia, de conformidad con lo establecido en el Artículo 182° de la LPAG y el ítem m) del Primer Cuadro del Anexo del PROCEDIMIENTO. La Audiencia Pública fue llevada a cabo el día 14 de junio de 2007.

3.3 Finalmente, conforme al ítem n) del Primer Cuadro Anexo del PROCEDIMIENTO, los interesados debidamente legitimados tuvieron la oportunidad de presentar, hasta el 21 de junio de 2007, opiniones y sugerencias sobre los recursos de reconsideración recibidos por el OSINERGMIN, no habiéndose recibido ninguna relacionada con el recurso impugnativo de EDECAÑETE

4) Petitorio.

De acuerdo al contenido del recurso interpuesto en el documento citado en el numeral 1.2 del presente Informe, el petitorio del recurrente es que se modifiquen los importes de corte y reconexión establecidos en la Resolución 244 que considera como un acto administrativo no motivado e indica que debe reformularse el estudio de rendimientos de importes máximos de corte y reconexión. El petitorio incluye aspectos predominantemente técnicos y fundamentalmente el recurrente solicita lo siguiente:

- a) En la determinación de los precios de materiales se debe fijar un factor de demanda que compense a las empresas pequeñas (concesiones de baja población relativa) por los mayores precios que deben afrontar debido a sus bajos volúmenes de compras, aceptándose la propuesta realizada por las propias empresas en cuanto al costo de los materiales.
- b) En la determinación de los costos de materiales debe considerar el lugar de entrega de los mismos con un factor de 5% sobre el precio de lista para las concesionarias de provincia; o en todo caso, si el valor del transporte de los materiales se incluye en los Gastos Generales de la empresa, éstos deben incrementarse en un 3% respecto de los gastos generales definidos para las concesionarias de Lima.
- c) En la determinación de los costos de recursos de transporte, antes de proceder a la selección del tipo de unidades de transporte, se debe hacer un análisis global por concesionaria para determinar el parque automotor óptimo. Para ello el criterio a considerar debiera ser la tasa de utilización de dichas unidades



- d) En la determinación de los costos de recursos de transporte, se debe incluir el costo de capital que remunere las inversiones necesarias para su adquisición, sea cual fuese el agente que lo realice. La empresa propone que la tasa de costo de ese tipo de capital sea la TAMN.
- e) En la determinación del plan de trabajo diario de los cortes y reconexiones y en la determinación de las rutas óptimas, se deben separar en el tiempo las actividades de cortes y reconexiones, y en el caso de las reconexiones, estas deben ser efectuadas posteriormente a los cortes, y en varias oportunidades de acceso a la misma zona por día, considerando que la generación de las mismas se produce durante el transcurso del día, y que además se debe cumplir los plazos de ejecución señalados en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (en adelante NTCSE).
- f) El proceso de optimización de las rutas de ejecución de cortes y reconexiones debe considerar la optimización de recursos. Es decir, se debe complementar el estudio con la cantidad óptima de personal y unidades de transporte con las que se ejecutará ambas actividades, cuidando la tasa de empleo mensual.
- g) La elección de la ciudad base y zona base realizadas para calcular los rendimientos en zonas urbanas de provincia y zonas rurales respectivamente, tienen serias inconsistencias técnicas, y que además son perjudiciales para las empresas con menor población a atender o mayor dispersión de las mismas, por lo que se debe redefinir totalmente esta elección. Se presenta un cuadro de número de clientes de Piura (80,878) y Cañete (23,428), y los Km. de Red en MT., indicando el recurrente que la dispersión de los centros poblados se puede aproximar con la extensión de redes MT y que es evidente que los centros poblados del sistema eléctrico Cañete son 3 veces más dispersos que los centros poblados de Piura Urbana, lo que conlleva a mayores costos operativos en el traslado de suministro a suministro. EDECAÑETE indica que OSINERGHMIN debe buscar la manera técnica por la que no se den las inconsistencias señaladas, o aplicar un factor de ajuste por dispersión para compensar a las concesiones con niveles altos de dispersión.
- h) Se deben redefinir los criterios para calcular los precios de corte y reconexión por empresa concesionaria, dado que lo realizado por OSINERGHMIN carece de sustento legal y estadístico. El recurrente señala que para superar este cuestionamiento propone que los resultados de cada estrato, de la ciudad y zonas base, según corresponda, se proyecten a los sistemas eléctricos de cada concesionaria y que así el(los) sistema(s) eléctrico(s) de cada concesionaria debe(n) ser estratificado(s) según los mismos criterios de la ciudad o zona base, con lo cual se pueden resguardar las particularidades de dispersión de cada zona de concesión respecto de la ciudad o zona base, obteniendo resultados equitativos.

5) Argumentos del recurso de reconsideración y Análisis Legal

Los aspectos legales que contienen los fundamentos del recurso de reconsideración, se exponen y analizan a continuación.

5.1 La Resolución 244 se ha sustentado ilegalmente porque contraviene el artículo 90° de la Ley de Concesiones Eléctricas.-



Argumentos de EDECAÑETE

- 5.1.1 EDECAÑETE señala que, tal como lo prevé el Artículo 90° de la Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante LCE), las concesionarias presentaron a OSINERGMIN sus propuestas de importes máximos de costo y reconexión para el período 2007-2011, habiendo según señala dicha empresa considerado las particularidades de su zona de concesión, economías de escala y de alcance, así como el comportamiento comercial de sus usuarios. Indica que sin embargo, OSINERGMIN, haciendo uso de su facultad de aprobación de las propuestas presentadas por las empresas, ha realizado estudios alternativos sin considerar las particularidades indicadas y empleando criterios que intentan clasificar a las empresas de acuerdo a los Sectores Típicos de Distribución.
- 5.1.2 Agrega el recurrente que a partir de ello, el regulador ha establecido procedimientos únicos para las diferentes actividades de las empresas clasificadas en un mismo Sector Típico y considerado costos únicos para los materiales, la mano de obra y el transporte para cada uno, obviando cuestiones como el número de cortes y reconexiones, así como su dispersión, y las distancias respecto de los proveedores de los bienes y servicios necesarios; es decir, sin considerar las economías de escala y alcance de cada empresa, lo que resulta ser una discrecionalidad que vulnera diversos principios de acción del propio regulador.
- 5.1.3 EDECAÑETE señala que conforme a la norma citada corresponde al Regulador fijar los costos de corte y reconexión por empresa, sustentándolo en los estudios presentados por cada una, los cuales, según indica, no han sido tomados en consideración y se ha utilizado como sustento de la Resolución impugnada estudios elaborados por Sectores Típicos de Distribución, lo que para el recurrente significa una grave vulneración de la ley. Por otro lado, en el numeral 5 de su recurso, EDECAÑETE, sobre el particular, señala que conforme al artículo 90° de la LCE y 180° de su Reglamento, OSINERGMIN es el encargado de aprobar los importes máximos de corte y reconexión y al no haberse modificado el artículo 90° de la LCE, que según indica es la base legal de la cual debe partir toda interpretación, y considerando la evolución del artículo 180° del RLCE, según EDECAÑETE no cabe duda que es a los concesionarios a quienes corresponde presentar el desagregado de costos eficientes debidamente sustentados y que OSINERGMIN debe cuestionarlos y aprobarlos luego de su evaluación. Agrega que tampoco cabe duda que cada concesionario debe presentar y sustentar su propuesta de costos eficientes de corte y reconexión válido para su concesión, no habiendo motivo técnico ni sustento legal para que se le aprueben costos eficientes de otras concesiones, o se le agrupe junto a otras concesionarias, razones por las cuales considera que no es válido el método utilizado por OSINERGMIN para determinar costos por cada ciudad o zona base, y proyectarlo sobre los sistemas eléctricos porque ello excede lo regulado.
- 5.1.4 El recurrente finalmente indica en el ítem 1 del numeral II de su recurso, que, sin perjuicio de los argumentos que anteceden, los estudios sustentatorios en cuestión adolecen de serias deficiencias técnicas, agregando que la resolución no se encuentra motivada y que ello, según manifiesta, se



evidencia en los aspectos técnicos que cuestiona sobre dichos estudios y cuyos argumentos expone a continuación en su recurso.

Análisis legal

- 5.1.5 El párrafo final del Artículo 90° de la LCE, dispone textualmente que los concesionarios fijarán periódicamente los importes por concepto de corte y reconexión, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento, habiéndose establecido en el Artículo 180° de dicho Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM, que los importes de corte y reconexión deberán cubrir los costos eficientes en que se incurra para su realización y que el OSINERGMIN, aprobará los importes máximos de corte y reconexión correspondientes y la periodicidad de su vigencia, sobre la base de los criterios y procedimientos que establezca al efecto.
- 5.1.6 De acuerdo a las normas citadas, la obligación del Regulador, es determinar importes máximos de corte y reconexión que cubran los costos eficientes en que se incurre para su realización, correspondiendo asimismo a éste, definir los criterios técnicos que le permitan cumplir dicha obligación. Las normas no establecen la obligación de regular íntegramente empresa por empresa, ni cuál es la metodología que debe aplicarse. En consecuencia, siempre que OSINERGMIN emplee criterios técnicos sustentados que reconozcan costos eficientes para fijar los importes máximos de corte y reconexión, su Resolución será válida, para lo cual puede basarse en su Informe Técnico que incluye estudios realizados por sus consultores, no siendo obligatorio que se base en la propuesta de los concesionarios, máxime si las absoluciones del concesionario a las observaciones que formula el Regulador a dicha propuestas, no se hacen a satisfacción de peste último.
- 5.1.7 Debe, en consecuencia, interpretarse sistemáticamente los Artículos 90° de la LCE, 180° y 122° de su Reglamento y el Artículo 8° de la LCE, según los cuales, siendo los cortes y reconexiones actividades que no están sujetas a la libre competencia, corresponde al Regulador y no el concesionario determinar los importes, siendo más bien obligación de éste último el fijar y aplicar dichos importes solo en función de lo determinado por el Regulador.
- 5.1.8 Las normas citadas han otorgado al Regulador la facultad discrecional de establecer los criterios y procedimientos que deben regir la aprobación de importes máximos de corte y reconexión. Dromi señala que *"Hay poder discrecional cuando en determinadas circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene libertad de decidir y de tomar tal o cual medida. En otros términos, cuando el derecho no le ha impuesto por anticipado un comportamiento a seguir...las facultades del órgano son discrecionales cuando el orden jurídico le otorga cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa o hacerla de una u otra manera. El órgano puede decidir, según su leal saber y entender, si debe actuar o no y, en caso afirmativo qué medidas adoptar. En este aspecto la discrecionalidad expresa la actividad de razón y buen juicio de la Administración... La discrecionalidad es una libertad más o menos limitada, que el orden jurídico da a la Administración para que ella elija oportuna y eficazmente los medios y el momento de su actividad, dentro de los fines de*



la ley¹. Evidentemente, la discrecionalidad no puede convertirse en arbitrariedad, por ello la acción del Regulador debe enmarcarse en los principios que rigen su actuar.

- 5.1.9 El hecho que cada empresa concesionaria presente su propuesta de costos de corte y reconexión, no significa que OSINERGMIN tenga que regularlas una por una ni que esté prohibido de agruparlas en base a determinados criterios; en este caso el Regulador, que conforme al Artículo 180° del RLCE, tiene la facultad de determinar los criterios aplicables, haciendo uso razonable de la discrecionalidad que la legislación le reconoce, ha adoptado un criterio coherente con el principio de transparencia previsto en el Artículo 8° del Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado mediante Decreto Supremo 054-2001-PCM (en adelante Reglamento General), mediante el cual los criterios utilizados son conocibles y predecibles por los administrados, en el sentido que se han aplicado criterios similares a los aplicados en el proceso anterior de regulación de cortes y reconexiones (año 2004, Anexo 1 de la Resolución OSINERG N° 095-2004-OS/CD, informe técnico que sustenta la Resolución, en él se agrupa a las empresas en zonas urbanas y rurales para determinar los importes), cuyo punto de partida fue intrínsecamente adoptar un esquema similar al de regulación del Valor Agregado de Distribución (VAD), en el que antes de la regulación tarifaria, las empresas son previamente agrupadas en Sectores Típicos de Distribución.
- 5.1.10 Asimismo, OSINERGMIN ha aplicado nuevamente el principio de eficiencia y efectividad previsto en el Artículo 14° del mencionado Reglamento General, según el cual la actuación del Regulador se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto.
- 5.1.11 El criterio adoptado en la Resolución 244, ha sido agrupar a las empresas en 3 tipos (urbano Lima, urbano provincias y rural), partiendo de la clasificación de Sectores Típicos de Distribución, lo que resulta coherente con la regulación anterior y con un criterio razonable de relativa analogía con las normas que rigen la regulación del VAD, y de acuerdo a lo explicado por el área técnica, resulta más eficiente que regularlas de una en una. El detalle del sustento técnico del porque se agrupó a las empresas por sectores, así como los temas vinculados a costos únicos, dispersión, distancia respecto a proveedores y economía de escala a los que se refiere el impugnante, ameritan que el informe técnico que analiza el recurso de reconsideración de EDECAÑETE se pronuncie sobre el mismo.
- 5.1.12 OSINERGMIN ha cumplido además con los Artículos 10° y 29° de su Reglamento General, que le exige regular en función a estudios técnicos debidamente sustentados, habiendo utilizado aquellos datos de las propuestas de importes y reconexiones de aquellas empresas que resultaban satisfactorios como, de acuerdo a lo manifestado por el área técnica, ocurrió con el tema de los materiales y en algunos casos con los costos de mano de obra; mientras que para otros temas OSINERGMIN se basó en estudios de sus consultores considerando que las empresas no habían presentado información sustentada ni absuelto satisfactoriamente las observaciones que

¹ DROMI, Roberto; "Derecho Administrativo". 1998. Pg. 509. 7ª edición actualizada.

Mua

les efectuó sobre el particular el regulador, como fue el caso del transporte y rendimientos.

- 5.1.13 Cabe indicar que OSINERGMIN analizó cada una de las propuestas de las empresas y adoptó lo que consideró sustentado y pertinente, descartando lo que no consideró idóneo. En el caso específico de EDECAÑETE, dicha empresa presentó su propuesta de importes máximos de corte y reconexión, mediante el documento EDECA-0426-2007. Las observaciones que formuló OSINERGMIN a dicha propuesta, fueron comunicadas a EDECAÑETE mediante el oficio 0170-2007-GART, al cual se adjuntó el Informe Técnico 0056-2007-GART en el que se detallaban las respectivas observaciones. EDECAÑETE presentó su absolución de observaciones y propuesta definitiva mediante documento EDECA 590-2007. En el Anexo 1 del Informe Técnico 0119-2007-GART, el cual sustentó la Resolución OSINERGMIN N° 166-2007-OS/CD que aprobó la prepublicación de los importes máximos de corte y reconexión, OSINERGMIN analizó rubro por rubro cada una de las absoluciones de observaciones de EDECAÑETE, considerándose a la mayoría de ellos como observación no levantada, habiendo motivado cada uno de sus análisis.
- 5.1.14 Asimismo, los fundamentos técnicos de la fijación de importes máximos de corte y reconexión se encuentran en el Informe Técnico 0151-2007-GART, que sustentó la Resolución 244 mediante la cual se fijaron dichos importes y cuya impugnación por parte de EDECAÑETE es materia del presente informe. En consecuencia, la Resolución 244 se encuentra motivada por dicho informe y por los pronunciamientos contenidos en la fase de observaciones, absolución de observaciones y análisis de dicha absolución.
- 5.1.15 Por los fundamentos legales que anteceden, la resolución impugnada no contraviene el Artículo 90° de la LCE, toda vez que corresponde al OSINERGMIN determinar los importes máximos de corte y reconexión y el Regulador ha actuado de acuerdo al marco legal aplicable que le permite establecer los criterios de dicha fijación, siendo legalmente válido que para tal efecto agrupe a las empresas por sectores cuando ello responde a criterios técnicos y permite determinar costos eficientes, rescate aquellos aspectos sustentados de las propuestas de las empresas y se base en un estudio técnico del propio regulador para la determinación de los importes; todo lo cual determina que el recurso de reconsideración de EDECAÑETE sea declarado infundado en los extremos relacionados con el cuestionamiento a la agrupación de empresas por sectores, la solicitud que los importes máximos se fijen necesariamente con los estudios de cada una de las empresas y el que la Resolución no se encuentre suficientemente motivada.

6) Plazos y procedimiento a seguir con el recurso de reconsideración

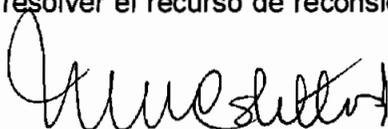
- 6.1 De conformidad con el Artículo 207.2 de la LPAG, el plazo para resolver los recursos de reconsideración es de treinta días hábiles contados a partir de su interposición. Teniendo en cuenta que el Recurso de Reconsideración de EDECAÑETE fue interpuesto el 30 de mayo de 2007, el plazo máximo para resolverlo es el día viernes 13 de julio próximo.



6.2 Finalmente, lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 208° de la LPAG², debiendo el área técnica remitir el análisis efectuado sobre el recurso al Consejo Directivo para que emita la resolución correspondiente.

7) Conclusiones

- 7.1 Esta asesoría es de la opinión que el recurso de reconsideración ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad previstos en los artículos 113° y 211° de la LPAG, por las razones expuestas en los numerales 1 y 2 de este informe, por cuya razón debe ser materia de análisis y resolución.
- 7.2 OSINERGMIN ha cumplido con publicar el recurso de reconsideración, así como con convocar y realizar una Audiencia Pública para que la impugnante exponga y sustente su recurso, y otorgar plazo a fin de que los interesados debidamente legitimados puedan presentar opiniones y sugerencias sobre el recurso de reconsideración, conforme a lo señalado en los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 del presente informe.
- 7.3 Por los fundamentos expuestos en el numeral 5 del presente informe, el recurso de reconsideración de EDECAÑETE debe declararse infundado en los extremos relacionados con el cuestionamiento a la agrupación de empresas por sectores, la solicitud que los importes máximos se fijen necesariamente con los estudios de cada una de las empresas y el que la Resolución no se encuentre suficientemente motivada.
- 7.4 Corresponde al área técnica pronunciarse sobre cada uno de los extremos del petitorio indicados en el numeral 4) del presente informe, dada la naturaleza técnica de los mismos así como pronunciarse sobre los fundamentos técnicos que permite agrupar a las empresas por sectores, así como los temas vinculados a costos únicos, dispersión, distancia respecto a proveedores y economía de escala.
- 7.5 Se adjunta al presente documento, como anexo adjunto, el Informe AL-DC-040-2007.
- 7.6 El plazo máximo para resolver el recurso de reconsideración es el 13 de julio del 2007.



María del Rosario Castillo Silva
Jefe de Asesoría Legal
Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria
OSINERGMIN

2 Artículo 208.- Recurso de reconsideración.- El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.