

Informe N° 628 -2019-GRT

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

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

Referencia : a) Recurso de reconsideración interpuesto por Electro Puno S.A.A. recibido el 08.11.2019, según Registro Osinergmin N° 201900185486 (Registro 9605-2019-GRT).

b) Expediente 540-2018-GRT

Fecha : 13 de diciembre de 2019

Resumen Ejecutivo

En el presente informe se analizan los argumentos jurídicos del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Puno S.A.A. contra la Resolución Osinergmin N° 168-2019-OS/CD, mediante la cual se fijaron los Valores Agregados de Distribución (en adelante “VAD”) para el periodo 2019 – 2023.

En cuanto al petitorio referido a la declaratoria de nulidad de la Resolución 168, en el presente Informe se concluye lo siguiente:

- Osinergmin evalúa los estudios de costos presentados por las distribuidoras, considerando criterios de eficiencia de las inversiones. El principio de eficiencia en las tarifas eléctricas previsto en la Ley de Concesiones Eléctricas se aplica al caso concreto de cada una de las empresas. En ese sentido, la fijación de las tarifas responde a criterios de reconocimiento de costos eficientes, en consecuencia, en la fijación del Valor Agregado de Distribución se atiende a las necesidades de la empresa, pero con criterios de eficiencia.
- Osinergmin se encuentra facultado para efectuar modificaciones en aquellos aspectos que fueron debidamente observados y no subsanados satisfactoriamente por las concesionarias. Dicha facultad comprende también la posibilidad de realizar modificaciones adicionales, sobre aquellos aspectos que se encuentren directamente vinculados a las modificaciones que resulten necesarias.
- El principio de verdad material tiene una connotación particular para efectos regulatorios en los que los administrados son tanto las empresas concesionarias como los usuarios del servicio público de electricidad, debiendo aplicarse dentro de los límites de la proporcionalidad y razonabilidad compatibles con la función regulatoria e interpretar las formas en que mejor atiendan al fin público al cual se dirigen. Este principio no implica que, para establecer una tarifa, deba reconocerse cualquier realidad de la empresa o algún costo ineficiente de la misma, sino que involucra recurrir a la información o fuente disponible que

resulte más idónea y a la constatación de hechos en lo pertinente, considerando que la fijación de tarifas debe responder a criterios de eficiencia.

- No se ha vulnerado el principio de predictibilidad al emplear la encuesta del MINTRA en lugar de los costos CAPECO para valorizar la hora hombre de la mano de obra, al ser legal que la administración pueda apartarse de sus decisiones precedentes siempre y cuando motive las razones para ello, a fin de dicha decisión no devenga en arbitraria, tal como se ha cumplido en el presente procedimiento.
- Corresponde al área técnica analizar los aspectos técnicos contenidos en la solicitud de nulidad de la Resolución 168, teniendo en cuenta los vicios del acto administrativo que conllevan a su nulidad y que se encuentran previstos en el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.



Finalmente, considerando la naturaleza técnica de los otros extremos del petitorio y argumentos presentados, corresponde que el análisis de los mismos sea desarrollado por el área técnica de la División de Distribución Eléctrica de la Gerencia de Regulación de Tarifas, en su respectivo informe, y de esta manera concluir luego de su análisis motivado, si los extremos del recurso de reconsideración presentado resultan fundados, fundados en parte o infundados.

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

Informe N° 628-2019-GRT

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

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

1.1 El 16 de octubre de 2019 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 168-2019-OS/CD (en adelante “Resolución 168”), mediante la cual se fijaron los Valores Agregados de Distribución respecto de las empresas: Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronoroeste S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A., Electro Sur Este S.A.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Sur S.A., Empresa Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A., Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A., Electro Oriente S.A. y Electro Ucayali S.A.

1.2 Con fecha 8 de noviembre de 2019, la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A. (Electro Puno), mediante el documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 168.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

2.1 De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 218.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante “TUO de la LPAG”) el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la publicación de la resolución materia de impugnación.

2.2 Considerando que la Resolución 168 fue publicada el 16 de octubre de 2019 y que el plazo máximo para la presentación del recurso de reconsideración era el 08 de noviembre de 2019¹; el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal establecido en la normativa vigente. Asimismo, el recurso resulta admisible al haberse cumplido con los requisitos previstos en los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.

2.3 En cuanto a la transparencia en los procesos regulatorios, Osinerghmin cumplió con publicar el recurso de reconsideración materia de análisis en su página Web, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas.

2.4 Finalmente, Osinerghmin convocó a Audiencia Pública, la cual se llevó a cabo los días 28 y 29 de noviembre de 2019, a fin que las empresas impugnantes sustenten y expongan sus recursos de reconsideración y respondan a las consultas de los asistentes a la audiencia, de conformidad con el artículo 193 del TUO de la LPAG

¹ Para el cómputo del plazo se tiene presente que Mediante Decreto Supremo 002-2019-PCM, el día 31 de octubre de 2019 fue declarado no laborable en el sector público; y el día 01 de noviembre de 2019 fue feriado nacional.

3) **Petitorio del Recurso de Reconsideración**

Electro Puno solicita en su recurso de reconsideración y en el informe que adjunta al mismo, lo siguiente:

- 3.1. Nulidad de la Resolución 168.
- 3.2. Reconsiderar la incorrecta aplicación del factor de reposición al ST4 según el sustento sobre proyectos e inversiones que adjunta a su recurso.
- 3.3. Reconsiderar la zona histórica monumental correspondiente a la ciudad de Juliaca.
- 3.4. Reconsiderar el empleo de tres (03) transformadores Zigzag: dos (02) para los transformadores de la SET Bellavista del SE Puno ST2 y uno (01) para el devanado del transformador en 10 KV de la SET Juliaca (ST2), considerándose la aprobación del costo de inversión de 03 Transformadores Zig-Zag con un costo de inversión total de 113,562 USD y asignándole un costo COYM de 5% de la inversión; dicha inversión deberá ser recogida en el VNR de Media Tensión de Electro Puno S.A.A.
- 3.5. Reponer los 18 trabajadores no reconocidos, los cuales cumplen funciones esenciales para el buen funcionamiento de la empresa y cuyas actividades realizadas no pueden ser reemplazadas.

4) **Argumentos de Electro Puno y análisis legal**

4.1. Nulidad de la resolución impugnada

Argumentos de Electro Puno

Electro Puno detalla los actos efectuados por Osinergmin que, considera, vician de nulidad el proceso de fijación tarifaria a efectos de que se disponga su inmediata corrección.

- a) Indica que Osinergmin no ha tomado en cuenta los parámetros de fijación tarifaria establecidos en el artículo 67 de la LCE, pues no ha respetado que los componentes del VAD se deben calcular para cada empresa concesionaria, teniendo en cuenta sus particularidades como tamaño, estructura de propiedad, realidad geográfica, topográfica, económica, de mercado, entre otras; sino que ha mantenido la regulación pasada que puede resultar discriminatoria. Añade que no es posible que Osinergmin siga utilizando costos promedio a nivel nacional o que fije precios más bajos sin considerar los estudios presentados por las distribuidoras.

Cita como ejemplo en los que no se han considerado las particularidades de la empresa:

- Las tasas de frecuencia y alcances utilizadas por Osinergmin para el cálculo del mantenimiento preventivo no han tomado en cuenta lo indicado por Electro Puno, sino a los antecedentes regulatorios.
- Para la fijación de remuneraciones del personal contratista (costo hora hombre) Osinergmin ha utilizado la encuesta del Ministerio de Trabajo (MINTRA) proyectada a nivel nacional, sin recoger la realidad de cada zona.

b) Señala que Osinerghmin no ha respetado que la evaluación que debe efectuar los estudios de costos presentados por los concesionarios debe considerar criterios de eficiencia, tanto en las inversiones como en la gestión que realice cada empresa, entendiéndose por eficiencia la creación de la Empresa Modelo Eficiente conforme a los Términos de Referencia. Señala que para definir los costos a ser reconocidos, Osinerghmin no puede dejar de lado la calidad de los productos y del suministro y a la normativa vigente, especialmente las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en cada zona de concesión. A continuación, detalla los hechos en los que Osinerghmin no ha respetado estos criterios:

- Indica que, para la fijación del costo de cumplimiento de calidad de producto, Osinerghmin ha propuesto un operador para cada cuadrilla tercerizada, sin tomar en cuenta que el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo con Electricidad (RESESATE), aprobado con Resolución Ministerial N° 111-2013-MEM/DM, señala en el artículo 81 literal f) que los trabajos en sistemas de distribución en baja tensión serán realizados como mínimo por dos personas, salvo que de acuerdo a los procedimientos propios de cada entidad se demuestre que pueden ser realizados sin riesgo por una sola persona debidamente entrenada, supervisada y dotada de los equipos de seguridad y conocimientos adecuados.
- Señala que, Osinerghmin ha propuesto tasas de frecuencia menores a las propuestas por Electro Puno, lo cual genera que se incumplan las tolerancias exigidas en los numerales 6.1.4 del Título Sexto de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NTCSE) y 5.1.3 del Título Quinto de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos Rurales (NTCSER).
- Menciona que Osinerghmin no ha reconocido el costo propuesto para la elaboración de Estudios Técnicos Tarifarios dentro del cual se encuentra la elaboración del estudio de costos del VAD.

c) Considera que Osinerghmin no tiene libertad de modificar cualquier aspecto de los estudios de costos presentados por los concesionarios, sino solo aquellos aspectos que fueron observados de forma oportuna y que no fueron absueltos. Añade que no pueden considerarse como observaciones los requerimientos de información o sustento. Señala también lo siguiente:

- Que Osinerghmin no ha tomado en cuenta las inversiones efectuadas en el Sector Típico 4, bajo el argumento que son inversiones del Estado.
- Que tampoco ha considerado en el modelamiento la información de zonas históricas o monumentales del sistema Juliaca, pese a que Electro Puno presentó el listado de dichas zonas.

d) Cita el principio de legalidad para alegar que la función reguladora de Osinerghmin debe ejercerse de acuerdo a las normas legales y técnicas aplicables, entre ellas, el artículo 67 de la LCE y que no obstante se ha extralimitado sus funciones en los siguientes casos, afectando el citado principio:

- Al no respetar los principios y derechos señalados en el artículo 139 de la Constitución, referente al debido proceso y el principio de no ser privado del derecho de defensa.

- Al no considerar los costos de mediciones, procesamiento, elaboración de informe y reporte para el cumplimiento de las normas de calidad, de conformidad con la NTCSE y NTCSE.
- Al no incluir los costos de equipo de protección personal para el personal propio conforme a lo dispuesto en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Al no considerar en las cuadrillas de calidad de producto de media y baja tensión al menos 2 personas para ejecutar la actividad.
- Al apartarse de los criterios de optimización resultantes de las últimas fijaciones tarifarias conforme a los Términos de Referencia aprobados con Resolución N° 225-2017-OS/CD.
- Al utilizar datos que no corresponden al año previo al proceso de fijación del VAD, conforme a los Términos de Referencia.

e) Agrega que Osinermin ha vulnerado los principios de verdad material y de razonabilidad, pues lejos de fijar costos reales para cada empresa distribuidora considerando las particularidades de cada una de ellas, ha dejado de considerar algunos costos y ha modificado sin sustento aspectos que no fueron oportunamente observados.

Cita como ejemplo de la vulneración de este principio el hecho que Osinermin elimina 18 personas de la estructura organizacional propuesta sin sustento y sin tomar en cuenta que la empresa modelo opera conforme al ordenamiento jurídico, por lo que debe contar con el personal para cumplir las exigencias normativas. Precisa que, para el caso de Electro Puno en el caso de clientes por trabajador del área comercial, Osinermin ha considerado un ratio distinto al promedio empleado para las demás empresas.

f) Indica que Osinermin ha vulnerado el principio de predictibilidad o de confianza legítima al haber vulnerado sus propios Términos de Referencia y desconocer los criterios aplicados en procesos tarifarios precedentes. Cita como ejemplo de dicha vulneración lo siguiente:

- El Reemplazo de CAPECO: Osinermin ha dejado de aplicar los costos CAPECO, los cuales han sido utilizados en todos los procedimientos tarifarios previos por el Regulador. Añade que los utiliza como fuente complementaria.
- La Utilización de la encuesta del MINTRA, que es una encuesta de demanda futura de mano de obra realizada a nivel nacional y de manera virtual, que no toma en cuenta las remuneraciones de las planillas electrónicas de diciembre de 2018. Electro Puno cuestiona los valores adoptados y considera que esta información resulta contraria a las expectativas legítimas generadas con la práctica y antecedentes.
- La Aplicación del factor de reposición al Sector Típico: No se encuentra justificación para aplicar el factor de reposición al ST4 ya que dicho factor solo se ha aplicado a los SER en regulaciones pasadas.

g) Finalmente indica que Osinermin ha vulnerado el principio del debido procedimiento y el deber de motivación toda vez que no ha motivado su actuación, colocando a Electro Puno en un estado de indefensión.

Análisis legal

- a) En cuanto a los componentes del VAD que, a consideración de la recurrente, deben ser reconocidos teniendo en cuenta los estudios presentados por las distribuidoras y teniendo en cuenta la realidad de cada empresa, nos remitimos a lo establecido en el artículo 67 de la LCE, modificado con el Decreto Legislativo N° 1221, el cual a la letra señala lo siguiente:

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

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

(...)

Tal como se aprecia del artículo citado y las partes subrayadas, si bien las empresas distribuidoras con más de cincuenta mil usuarios deben presentar sus estudios de costos para el reconocimiento de los componentes del VAD, corresponde a Osinerghmin evaluar dichos estudios considerando criterios de eficiencia de las inversiones. Así, el principio de eficiencia en las tarifas eléctricas, previsto en los artículos 8 y 42 de la LCE se aplica al caso concreto de cada una de las empresas.

En ese sentido, la fijación de las tarifas responde a criterios de reconocimiento de costos eficientes, en consecuencia, en la fijación del VAD se atiende a las necesidades de la empresa pero con criterios de eficiencia (necesidades de una empresa eficiente); y, asimismo, para las empresas que atienden a más de cincuenta mil suministros, si bien la tarifa es fijada por cada empresa, conforme a los artículos 8 y 42 de la LCE, podrán existir elementos regulados en cuyos costos eficientes por razones de mercado o de sistemas, coincidan dos o más empresas y otros en los que cada una tenga diferentes costos. Esto último no quiere decir que Osinerghmin discrimine a las empresas al basarse en otras fuentes para la fijación tarifaria y desconozca la realidad de la empresa.

Este principio de eficiencia conlleva a que la regulación no se realice necesariamente sobre la base de la realidad de las empresas o, como señala la recurrente, atendiendo a sus particularidades, sino que en la búsqueda de los costos eficientes puede recurrir a información de otras empresas con características similares, lo cual no quiere decir

que se empleen promedios nacionales que desconozcan los estudios de costos de las empresas.

Consecuentemente, aplicar el principio de eficiencia y no reconocer con exactitud los costos propuestos en el estudio, no constituye la vulneración de alguna norma legal, sino por el contrario, la aplicación de lo dispuesto en la LCE, por lo que no representa un vicio que conlleve a la nulidad de la Resolución 168.

Sin perjuicio de lo indicado en los párrafos precedentes, corresponde al área técnica pronunciarse respecto de las tasas de frecuencia empleadas para el cálculo del mantenimiento preventivo. Asimismo, el área técnica deberá responder la afirmación respecto a la utilización de la encuesta MINTRA en cuanto a que no recoge la realidad de cada zona, esto sin perjuicio de lo analizado líneas más abajo.

- b) Siguiendo la línea argumentativa señalada en el literal a) precedente, el principio de eficiencia debe encontrarse enmarcado en las disposiciones normativas vigentes, esto en razón de que, en cumplimiento del principio de legalidad, la autoridad administrativa se encuentra obligada a actuar en observancia de la Constitución, la Ley y las demás normas.

En cuanto a lo observado por la recurrente, respecto a que se incumple con el RESESATE, conviene citar lo que dispone el artículo 81 inciso f) de dicho reglamento:

Artículo 81.- Trabajos con tensión en sistemas de distribución

Para garantizar la seguridad en los trabajos con tensión en sistemas de distribución, por lo menos, deberá tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

(...)

f. Los trabajos en sistemas de distribución en baja tensión serán realizados como mínimo por dos personas, salvo aquellos que de acuerdo a los procedimientos propios de cada Entidad demuestren que pueden ser realizados sin riesgo por una persona debidamente entrenada, supervisada y dotada con los equipos de seguridad y conocimientos adecuados.

(...)

Como puede apreciarse, el Reglamento no establece como única posibilidad el hecho que los trabajos en sistemas de distribución de baja tensión sean realizados como mínimo por dos personas, sino que contiene la posibilidad de que pueda ser una persona quien realice dicho trabajo, aunque para ello se requiere que los procedimientos de la distribuidora demuestren que quien realice el trabajo sea una persona entrenada, supervisada y dotada de equipos de seguridad y conocimientos técnicos.

Por lo expuesto, corresponde al área técnica analizar si el desarrollo de la mencionada actividad involucra la necesidad de contar con uno o dos trabajadores, de acuerdo con las características de la misma.

- c) En lo concerniente a la prohibición de modificar los estudios de costos en aquellos aspectos que no fueron observados, debe tenerse en cuenta que el artículo 67 de la LCE establece que *Osinerghmin puede modificar sólo aquellos aspectos de los estudios de costos presentados que habiendo sido oportunamente observados no hubiesen sido absueltos por concesionarios de distribución. Para ello acompañará el sustento de la evaluación a cada una de las observaciones realizadas.*

Consecuentemente, Osinerghmin sí se encuentra facultado para efectuar modificaciones en aquellos aspectos que fueron debidamente observados y no subsanados satisfactoriamente por las concesionarias. Asimismo, puede darse el caso que, como consecuencia de las observaciones, las concesionarias realicen modificaciones en sus estudios de costos y los presenten a Osinerghmin en la etapa de absolución de observaciones. En cualesquiera de estos dos supuestos, Osinerghmin se encuentra facultado para realizar modificaciones adicionales, sobre aquellos aspectos que se encuentren directamente vinculados a las modificaciones que se requieran, toda vez que resultaría contradictorio que se corrija un determinado punto en el estudio, pero que no se corrijan los aspectos que derivan del mismo. Por lo tanto, el área técnica deberá sustentar las modificaciones efectuadas respecto de los estudios de costos con el objeto de identificar si nos encontramos en los supuestos mencionados en el párrafo anterior, lo cual no implicaría una transgresión a lo dispuesto en el artículo 67 de la LCE.

En cuanto a las inversiones del ST4 que la recurrente señala que no se reconocen por ser del Estado, cabe señalar que, en el caso de los SER, el artículo 14 de la Ley N° 28749, Ley General de Electrificación Rural (LGER), regula los criterios para la fijación de la tarifa eléctrica aplicable a los Sistemas Eléctricos Rurales (SER) y dispone que las tarifas se fijan conforme a las disposiciones de la LCE y que el VAD de los SER, en el caso de inversiones que sean financiadas con recursos del Estado, considerará un fondo de reposición, así como los costos de operación, mantenimiento y gestión comercial.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 de la en adelante LGER, los **SER son aquellos sistemas** eléctricos de transmisión y distribución desarrollados en zonas rurales, localidades aisladas, de frontera del país, y de preferente interés social, **que se califiquen como tales por el Ministerio de Energía y Minas**, de acuerdo al reglamento de dicha Ley. En los artículos 11 y 12 del Reglamento de la LGER (Decreto Supremo 025-2007-EM) se establecen que la Dirección General de Electricidad efectúa la calificación de las instalaciones eléctricas y proyectos de instalaciones eléctricas como SER conforme al procedimiento aprobado para tal fin² y que **el Plan Nacional de Electrificación Rural incluirá los proyectos calificados como SER.**

En ese sentido, corresponde al área técnica determinar si estos criterios han sido los empleados para no reconocer las inversiones que señala la empresa, o si existen otras razones para tal decisión. Ahora bien, es importante mencionar en este extremo que lo mencionado por la recurrente también forma parte de la argumentación presentada en el recurso de reconsideración que esta misma empresa ha interpuesto contra la Resolución N° 167-2019-OS/CD, mediante la cual se fijó el Valor Nuevo de

² El procedimiento para Calificación de los Sistemas Eléctricos Rurales fue aprobado mediante Resolución Directoral 090-2011-EM-DGE.

Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica con medidores adaptados al 31 de diciembre de 2018.

En cuanto al modelamiento de zonas históricas o monumentales en Juliaca, en cumplimiento del principio de legalidad, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo IV.1.1 del Título Preliminar del TUO de la LPAG según el cual, las autoridades administrativas deben actuar conforme a la Constitución, a la ley y al Derecho; la fijación del VAD debe reconocer criterios exigidos en las normas de carácter obligatorio para que pueda brindarse el servicio de distribución eléctrica como lo son: la LCE y su Reglamento, la NTCSE, la NTCSE, el RESESATE, procedimiento para la supervisión del proceso de facturación, aprobada con Resolución 115-2017-OS/CD, Directiva para la implementación de medios de facturación, recaudación y comunicación electrónicos, aprobada por Resolución 139-2018-OS/CD, el procedimiento para supervisión de contrastación de medidores aprobado por la Resolución 227-2013-OS/CD, la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, los Términos de Referencia del VAD, la Ley 30477, Ley que regula la ejecución de obras de servicios públicos autorizadas por las municipalidades en las áreas de dominio público, el Código Penal u otras disposiciones generales en el ámbito de aplicación de la concesión de distribución, entre otras.

En tal sentido, dado el contenido técnico de lo indicado por la recurrente sobre la aplicación de las referidas normas; corresponde al área técnica verificar que para la fijación del VAD, en cada tema concreto observado por la empresa, se respeten las disposiciones aplicables o si involucran o no costos adicionales a los ya reconocidos en otros rubros del VAD, o si su implementación genera el costo solicitado³.

- d) La recurrente alega la vulneración del principio de legalidad, al haberse desconocido el artículo 139 de la Constitución, leyes y reglamentos técnicos. Sobre el particular, coincidimos en que las autoridades administrativas están obligadas a actuar con observancia del marco normativo vigente. En ese sentido, el área técnica debe analizar y determinar si la Resolución 168 ha vulnerado el artículo 139 de la Constitución, la NTCSE, la NTCSE, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento aplicado al sector eléctrico, así como los Términos de Referencia. De no haberse vulnerado ninguno de estos dispositivos legales, no existirá vicio que cause la nulidad de la resolución impugnada.
- e) Sobre la vulneración al principio de verdad material, conviene mencionar que este principio previsto en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que en el procedimiento administrativo, la autoridad administrativa debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para cuyo efecto adopta todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por Ley; sin embargo, ello para un procedimiento regulatorio no significa que la tarifa deba reconocer cualquier realidad, sino que dicho principio está referido a recurrir a la información disponible y la constatación de los hechos en lo que

³ Cabe señalar que conforme a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 30477 en todo centro histórico no está permitido el tendido de cableado aéreo, excepto cuando al evaluar la posibilidad de instalar cableado soterrado, el Ministerio de Cultura determine que esta instalación afectará el Patrimonio Histórico de la Nación. En tal sentido, a efectos de analizar el tipo de red que debe reconocerse a las empresas distribuidoras, corresponde al área técnica verificar que para la fijación del VNR, se reconoce en la valorización el cumplimiento de dichas disposiciones, en lo que resulte aplicable al desarrollo de la actividad de distribución eléctrica.

corresponda, sin dejar de lado que finalmente la fijación de las tarifas responde a criterios de eficiencia de conformidad con lo previsto por los artículos 8 y 42 de la LCE, de modo que la tarifa no puede reconocer un costo ineficiente por más que sea real, toda vez que producto de las condiciones monopólicas del servicio público de electricidad, pueden existir situaciones de ineficiencia empresarial que redunde, por ejemplo, en costos superiores a los que la empresa hubiera obtenido si se enfrentaran a una competencia real, por ello las normas citadas de la LCE no permiten que esas ineficiencias se trasladen en la tarifa al usuario del servicio. En consecuencia, la aplicación del principio de verdad material, implica que Osinergmin deba recurrir a la fuente de información que resulte más idónea para la regulación tarifaria, como pueden ser costos comparados de las empresas, encuestas de remuneraciones, entre otros.

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. Por tanto, la razonabilidad de la decisión regulatoria debe encontrarse en concordancia con el principio de eficiencia, siendo razonable el reconocimiento de costos eficientes.

Para contextualizar la interpretación de los principios de eficiencia y razonabilidad, conviene precisar que, conforme se indica en el numeral 4.1 de los Términos de Referencia para la elaboración de estudios de costos del VAD, aprobados por la Resolución 225-2017-OS/CD, los Estudios de Costos del VAD tienen cuatro etapas diferenciadas. La Etapa I tiene como finalidad la recopilación de la información técnica, comercial y económica de la empresa real a fin de que posteriormente, siguiendo el criterio del sistema económicamente adaptado, sea empleada en la Etapa II para que se proceda con la creación de la Empresa Modelo Eficiente, lo cual en algunos rubros involucra confrontación con otras fuentes de información. Por tal razón, en aras de que exista un punto de partida para la creación de la empresa teórica y que en efecto esta se pudiera elaborar de forma eficiente, es que era necesario que la información recopilada en la Etapa I se encontrara sustentada. En ese sentido, el alcance del principio de presunción de razonabilidad y los mandatos de eficiencia que debe seguir Osinergmin, se optimizan de modo que permita a Osinergmin ejercer su función reguladora de acuerdo al marco regulatorio vigente.

Por ello, para la fijación tarifaria no corresponde que se tomen aquellos costos que simplemente declara la concesionaria basándose en el argumento de que se trata de costos reales, sino que, Osinergmin debe de evaluar diversas fuentes de información, a fin de determinar los valores que representen dichos costos y realizar el análisis técnico respectivo a efectos que la decisión regulatoria sea sustentada y motivada.

- f) En el Anexo 1 del Informe Técnico 503-2019-GRT (en adelante Informe 503) con el cual se sustentó la Resolución 168, se desarrolla el sustento técnico sobre la validez de la encuesta MINTRA y su idoneidad para considerarla en la regulación del VAD, así como también se explican las razones por las que no resulta apropiado utilizar en dicha regulación los costos CAPECO, siendo estos últimos la fuente que la recurrente pretende que se utilice basándose en un acta de inspección de trabajo. En el referido informe se señaló lo siguiente:

“Es necesario precisar que la referencia de costos de mano de obra publicados por CAPECO fue considerada en procesos regulatorios anteriores, a falta de información confiable del costo de mano de obra del mercado de personal de empresas contratistas de las empresas de distribución eléctrica del país. Sin embargo, a raíz de la publicación, el 24 de setiembre de 2015, del Decreto Legislativo 1221, Decreto Legislativo que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú; así como de la implementación de la planilla electrónica⁴, que ha permitido el ordenamiento y sistematización de la información de remuneraciones, se dispone ahora de referencias de costo de mano de obra de trabajadores formales **de cualquier actividad o sector económico**.

En relación a la información publicada por CAPECO, dicha información de costos es determinada específicamente para el régimen de construcción civil, el cual contiene características especiales tanto en lo referente a las condiciones de trabajo, como en su regulación legal...los costos de hora hombre de CAPECO incorporan bonificaciones que no son aplicables al personal de las empresas contratadas, por las concesionarias de distribución eléctrica, para actividades tercerizadas. Así, por ejemplo, entre otros, los costos de hora hombre de CAPECO considera la Bonificación Unificada de Construcción (BUC), bonificación que no es otorgada a los trabajadores de las empresas contratistas. En relación al BUC, la Revista Actualidad Empresarial, de agosto de 2013, precisa que la BUC tiene carácter de “condición de trabajo” y que, de conformidad con la R.S.D. 193-91-1-1SD-NEC, la BUC se refiere a las bonificaciones por desgaste de herramientas y ropa, por alimentación, por compensación por falta de agua potable y por especialización para el operario. Además, en relación al monto reconocido por concepto de BUC, dicha bonificación se le paga al trabajador sobre la base de un porcentaje del jornal básico percibido, de acuerdo a la categoría a la que pertenezca. De este modo, mediante la Resolución Directoral N° 155-94-DPSC, los porcentajes correspondientes aplicables a las categorías de construcción civil son: operario 32 %, oficiales 30 % y peón 30 %. Es decir, por su naturaleza y por su forma de cuantificación, la BUC es una bonificación exclusiva del régimen de construcción civil no equiparable con otra otorgada a trabajadores de otras actividades como en el caso del sector eléctrico.

Como se puede apreciar, los costos de hora hombre publicados por CAPECO son aplicables únicamente al régimen de construcción civil y no son representativas de cualquier otra actividad económica, es decir, no representan el costo de mercado de contratación del personal de empresas contratistas de la actividad de distribución eléctrica. Por ello, aunque cualquier empresa o institución podría tomar dicha referencia de costos para alguna aplicación en particular, en la práctica ninguna empresa distinta al régimen de construcción civil incorporaría en el pago de planillas de su personal las mismas bonificaciones y conceptos remunerativos establecidos expresamente para el régimen de construcción civil por lo cual no se puede afirmar que actualmente sea una referencia apropiada para fines de la regulación de tarifas de distribución. De este modo, en vista de la falta de información de costos de personal proporcionada por las empresas y dado que los costos CAPECO no son representativos del costo de personal de las empresas contratistas de actividades tercerizadas por las Concesionarias de Distribución, OSINERGHMIN ha utilizado la “Encuesta de Demanda Ocupacional”. Los resultados de dicha encuesta tienen validez en consideración de la metodología estadística utilizada y en consideración que la información utilizada proviene de empresas encuestadas.

.....

Se debe precisar que, en la actualidad, toda la información de remuneraciones que es reportada por las empresas e inclusive la información reportada para fines de la encuesta se reporta siguiendo el registro de la planilla electrónica, tal y como se precisa en la mencionada publicación.

Por lo mencionado, dado que la Encuesta MINTRA 2019 considera información de costos provenientes de la planilla electrónica y que la metodología seguida por la encuesta cumple con las Buenas Prácticas requeridas para la realización, se considera válida dicha referencia de costos para fines de la regulación del VAD...”

En cuanto a la supuesta vulneración al principio de predictibilidad debe tenerse en cuenta que los artículos 66 y 67 de la LCE no establecen en forma expresa que

⁴ La planilla electrónica fue implementada mediante Decreto Supremo N° 018-2007-TR, publicado el 28 de agosto de 2007; Decreto Supremo N° 015-2010-TR, publicado el 18 de diciembre de 2010; y Decreto Supremo N° 008-2011-TR, publicado en 05 de junio de 2011.

necesariamente existan costos distintos de materiales o mano de obra para cada zona de concesión, es decir no obliga ni prohíbe la utilización de costos del SICODI, las encuestas del Ministerio de Trabajo, los estudios CAPECO o cualquier otra fuente de datos que, al momento de llevarse a cabo el proceso regulatorio, resulte idónea y representativa para efectos tarifarios. Las normas vigentes tampoco establecen ni prohíben que los costos por zonas de concesión puedan o no coincidir, toda vez que de acuerdo a las realidades del mercado que a menudo son dinámicas o cambiantes, puede o no darse dicha coincidencia.

Asimismo, las normas sobre aprobación del VAD no han determinado cuál es la fuente específica a la que deba acudir para determinar los costos de mano de obra, por lo que es un tema técnico elegir y aplicar la fuente que corresponda de modo que la fuente elegida esté sustentada, responda a la naturaleza de la actividad eléctrica e involucre el cumplimiento de normas vigentes. Vale decir, no existe dispositivo legal que, de forma expresa, establezca que los estudios CAPECO son los que deban usarse para la valorización de los costos de mano de obra.

Al respecto, cabe precisar que las opiniones o pronunciamientos de Osinermin respecto a la utilización de los costos CAPECO en otros procesos regulatorios, conforme al artículo V.2.8 del TUO LPAG⁵, no ha configurado la existencia de un precedente administrativo toda vez que no establecen un criterio interpretativo de alcance general sobre la utilización de la fuente CAPECO para cualquier proceso regulatorio.

Sin perjuicio de ello, conforme lo establece expresamente el mismo principio de predictibilidad, es legal que la administración pueda apartarse de sus decisiones precedentes siempre y cuando motive las razones para ello a fin de que dicha decisión no devenga en arbitraria tal como lo reconocen los artículos IV.1.15⁶ y el Artículo VI.2 del TUO LPAG⁷. Dicha motivación ha sido desarrollada en el numeral 2 del Informe Legal N° 496-2019-GRT y en el Anexo A del Informe Técnico N° 497-2019-GRT con los que se sustenta la Resolución 167.

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

⁵ 2.8 Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, alcance estableciendo criterios interpretativos de general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

⁶ 1.15. (...) 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.

⁷ 2. 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.

La doctrina jurídica señala que “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”⁸.

Cabe reiterar que, 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. En efecto, 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, 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 surgir del análisis comparativo de los valores reales con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado, siendo este criterio aplicable también a las actividades tercerizadas de acuerdo con el criterio de costos eficientes reconocido en los artículos 8 y 42 de la LCE.

Por lo expuesto, no corresponde amparar los argumentos expuestos por la recurrente, toda vez que no se ha vulnerado el principio de predictibilidad, pues se verifica que la encuesta MINTRA es una fuente confiable, válida e idónea y que además es posible apartarse de criterios adoptados en proceso tarifarios anteriores si cuentan con el debido sustento técnico que demuestre su idoneidad y ser la mejor fuente disponible, es decir la decisión debe ser motivada, tal como ha ocurrido en el presente procedimiento.

En cuanto a la aplicación del factor de reposición se tiene que Osinerghmin no ha manifestado en forma alguna que dicho factor sea aplicable al Sector Típico 4, por el contrario, lo ha aplicado considerando que solo procede hacerlo para los SER.

Corresponde al área técnica corroborar que el factor de reposición haya sido aplicado a los SER, tomando en cuenta las normas citadas y el Plan Nacional de Electrificación Rural; y en caso haya sido aplicado a sistemas que no son SER, proceder a efectuar las adecuaciones pertinentes de modo que estos últimos no se les aplique dicho factor.

- g) Sobre la vulneración al principio de debido procedimiento alegado por Electro Puno no nos pronunciaremos, por cuando la recurrente no indica en qué extremos de la resolución impugnada se ha vulnerado dicho principio.

En este punto, el área técnica deberá analizar los aspectos técnicos contenidos en la solicitud de nulidad de la Resolución 168, teniendo en cuenta que de acuerdo con el

⁸ 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.

artículo 10 del TUO de la LPAG, son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad, los siguientes:

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

4.2. Reconsideración de la zona monumental de Juliaca

Argumentos de Electro Puno

La recurrente señala que Osinergrmin debe reconsiderar la zona histórica monumental de la ciudad de Juliaca, la cual se sustenta mediante el Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de dicha ciudad, aprobado con Ordenanza Municipal N° 13-2017 de la Municipalidad Provincial de San Román, donde se ha delimitado zonas históricas en las que Osinergrmin debe considerar infraestructura subterránea en MT, SED y BT, conforme al metrado que adjunta.

Análisis legal

En cuanto a este extremo del petitorio nos remitimos a lo analizado en el literal c) del numeral 4.1 del presente Informe.

Finalmente, debido a la naturaleza técnica de los extremos del petitorio y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración presentado resulta, en sus extremos, fundados, fundados en parte o infundados, según las pretensiones planteadas, atendiendo los fundamentos contenidos en el presente informe.

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

- 5.1 De conformidad con el artículo 218.2 del TUO de la LPAG, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 30 días hábiles contados a partir de su interposición.
- 5.2 Para tal efecto, teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración presentado por Electro Puno fue interpuesto el 08 de noviembre de 2019, y de acuerdo a lo señalado en el numeral 2.2 del presente informe, el plazo máximo para resolver dicho recurso de reconsideración vence el día 20 de diciembre de 2019.

- 5.3** Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 del TUO de la LPAG y la normativa aplicable.

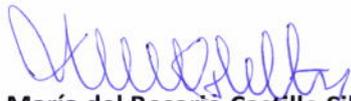
6) Conclusiones

- 6.1.** Por las razones expuestas en el numeral 2) del presente Informe, el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A. contra la Resolución N° 168-2019-OS/CD, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.

- 6.2.** En el numeral 4.1 del presente informe analizan los aspectos legales contenidos en la solicitud de nulidad presentada por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A. contra la Resolución N° 168-2019-OS/CD, concluyéndose lo siguiente:

- 
- a) Si bien las empresas distribuidoras con más de cincuenta mil usuarios deben presentar sus estudios de costos para el reconocimiento de los componentes del VAD, corresponde a Osinergmin evaluar dichos estudios considerando criterios de eficiencia de las inversiones. Así, el principio de eficiencia en las tarifas eléctricas, previsto en los artículos 8 y 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas se aplica al caso concreto de cada una de las empresas. En ese sentido, la fijación de las tarifas responde a criterios de reconocimiento de costos eficientes, en consecuencia, en la fijación del Valor Agregado de Distribución se atiende a las necesidades de la empresa, pero con criterios de eficiencia (necesidades de una empresa eficiente).
- 
- b) Osinergmin se encuentra facultado para efectuar modificaciones en aquellos aspectos que fueron debidamente observados y no subsanados satisfactoriamente por las concesionarias. Asimismo, puede darse el caso que, como consecuencia de las observaciones, las concesionarias realicen modificaciones en sus estudios de costos y los presenten a Osinergmin en la etapa de absolución de observaciones. En cuales quiera de estos dos supuestos, Osinergmin se encuentra facultado para realizar modificaciones adicionales, sobre aquellos aspectos que se encuentren directamente vinculados a las modificaciones que se requieran.
- c) El principio de verdad material tiene una connotación particular para efectos regulatorios, en que los administrados son tanto las empresas concesionarias como los usuarios del servicio público de electricidad, por lo que debe aplicarse dentro de los límites de la proporcionalidad y razonabilidad compatibles con la función regulatoria de modo que se interpreten de las formas en que mejor atienden al fin público al cual se dirigen. El principio de verdad material no implica que para establecer una tarifa deba reconocerse cualquier realidad de la empresa o algún costo ineficiente de la misma, sino que involucra recurrir a la información o fuente disponible que resulte más idónea y a la constatación de hechos en lo pertinente, considerando que la fijación de tarifas debe responder a criterios de eficiencia.

- d) No se ha vulnerado el principio de predictibilidad, toda vez que es legal que la administración pueda apartarse de sus decisiones precedentes, siempre y cuando motive las razones para ello a fin de dicha decisión no devenga en arbitraria, tal como se ha cumplido en el presente procedimiento.
- 6.3.** Debido a la naturaleza técnica de los extremos del petitorio y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración presentado resulta, en sus extremos, fundados, fundados en parte o infundados, según las pretensiones planteadas, atendiendo los fundamentos contenidos en el presente informe.
- 6.4.** El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 20 de diciembre de 2019.



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



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

/edv