

Informe N° 621-2019-GRT

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

Para	:	Luis Enrique Grajeda Puelles Gerente de la División de Distribución Eléctrica
Referencia	:	a) Recurso de reconsideración interpuesto por ElectroSur S.A., recibido el 08.11.2019, según Registro Osinermin N° 201900185123 (Reg. 009550-2019-GRT). b) Expediente 540-2018-GRT
Fecha	:	12 de diciembre de 2019

Resumen Ejecutivo

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

La recurrente solicita reconsideración respecto a los siguientes temas: (i) supuesta nulidad por no incluir en el informe legal, un pronunciamiento sobre la posición de ElectroSur S.A. y por no remitir a la empresa archivo de cálculo solicitado (ii) diseño preliminar de tipo de red y definición de la tecnología adaptada (iii) optimización técnico económica de las instalaciones de distribución eléctricas (iv) metodología aplicada para el Cálculo de Pérdidas de Potencia y Energía (v) valorización de Instalaciones no Eléctricas (vi) porcentajes de asignación al VAD de la Estructura Organizacional (vii) optimización de costos indirectos respecto a cuadrillas y viuda útil de luminarias; y, (viii) aplicación del factor del fondo de reposición.

En cuanto a la **supuesta nulidad por no incluir en el informe legal, un pronunciamiento sobre la posición de ElectroSur S.A.**, en el presente informe se concluye que debe declararse no ha lugar, toda vez que no se ha incurrido en ninguna causal prevista en la Ley del Procedimiento Administrativo General ni afectado el derecho al debido procedimiento al no incluir en el Informe legal un análisis de los comentarios y sugerencias de dicha empresa sobre la prepublicación del VAD, por ser dicho análisis 100% técnico y en consecuencia no correspondía ningún comentario legal en el informe. Los comentarios y sugerencias de ElectroSur S.A. fueron íntegramente analizados en el informe técnico con el que se sustentó la resolución impugnada, cumpliéndose el requisito de motivación del acto administrativo. Asimismo, en el informe legal se señaló expresamente que en éste se analizaban los aspectos legales controvertidos contenidos en las opiniones y sugerencias remitidos por los interesados con relación al proyecto, precisándose concretamente los temas. Los comentarios y posición de la impugnante al ser de naturaleza técnica, fueron analizados en el informe técnico con el que se sustentó la resolución impugnada.

En cuanto a la **supuesta nulidad por no remitir a la empresa el archivo de cálculo solicitado**, y no encontrarse publicados en la página web sin que hasta la fecha de interposición de su recurso haya obtenido respuesta de Osinerghmin; en el presente informe se concluye que debe declararse no ha lugar a la nulidad solicitada, toda vez que un acto administrativo solo es nulo por vicios existentes al momento de expedirse el acto o antes de su aprobación, no pudiendo afectar la validez de una resolución; hechos que además de no ser propios de la tarifa aprobada, son posteriores a dicha resolución como lo son la supuesta falta de publicación de un archivo de cálculo o la falta de remisión inmediata de dicho archivo al solicitante. El Impacto VAD es solo un cálculo que proyecta en forma ilustrativa y referencial cuál será la situación posterior a la fijación del VAD, haciéndose una comparación de lo que viene pagando el usuario por el servicio público de electricidad y lo que pagará con el nuevo VAD que se aprueba. La determinación del impacto VAD involucra 3 conceptos que sí estaban publicados en la página web de Osinerghmin desde la fijación del VAD e incluso algunos archivos desde antes de dicha fijación.

Respecto a los argumentos de la empresa sobre los **alcances del Manual de Costos**, en el sentido que Osinerghmin ha utilizado un Manual de Costos (aprobado con Resolución Ministerial 197-94-EM/VME) no aplicable al caso según lo establecido propiamente en éste, y que sirve exclusivamente para la elaboración y presentación de la información de los Estados Financieros, para el cálculo de la Tasa Interna de Retorno; en el presente informe se concluye que, de acuerdo con las normas citadas en el mismo dispositivo, la función de dicho manual no es solamente regir la elaboración y presentación de los estados financieros, sino que es un instrumento en el que se estructura cómo se organizan los costos en que incurren las empresas eléctricas, es específico para el sector eléctrico y permite identificar la naturaleza de los costos reportadas por la misma empresa, siendo una fuente válida a utilizar en la regulación. Asimismo, se concluye que en dicha resolución no se define el ámbito de su aplicación o sus alcances, y solo se introduce una precisión para aclarar que en abril de 1995 se presentaría los estados financieros elaborados conforme al nuevo Manual de Costos. El Manual de Costos vigente fue aprobado el 11 de abril de 1994 y hasta su expedición estaba vigente el aprobado en el año 1986, no pretendiéndose que la precisión efectuada en esa norma limite los alcances del dispositivo únicamente al tema de estados financieros.

En cuanto a los argumentos de la empresa sobre la **aplicación del factor del fondo de reposición**, ElectroSur S.A en el sentido que Osinerghmin ilegalmente ha aplicado dicho factor a todas las instalaciones eléctricas pertenecientes al Sector Típico 4, cuando únicamente debe aplicarse a sistemas eléctricos SER; corresponde al área técnica corroborar que el factor del fondo de reposición haya sido aplicado solo a los sistemas eléctricos rurales, tomando en cuenta que se considera como tales a los calificados así por el Ministerio de Energía y Minas; y en caso haya sido aplicado a sistemas que no son sistemas eléctricos rurales (como lo serían los del sector típico 4), proceder a efectuar las adecuaciones pertinentes de modo que no se aplique dicho factor.

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

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

Informe N° 621-2019-GRT

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

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

- 1.1.** El 16 de octubre de 2019 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 168-2019-OS/CD (en adelante “Resolución 168”), mediante la cual se fijaron los Valores Agregados de Distribución respecto de las empresas: Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronoroeste S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A., Electro Sur Este S.A.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electrosur S.A., Empresa Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A., Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A., Electro Oriente S.A. y Electro Ucayali S.A.
- 1.2.** Con fecha 08 de noviembre de 2019, la empresa Electrosur S.A., mediante 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, Osinergmin 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, Osinergmin 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

Electrosur S.A. (en adelante “Electrosur”), solicita que se declare la nulidad de la Resolución 168, o en su defecto se modifique en el extremo que aprueba el VAD para el periodo 01 de noviembre de 2019 al 31 de octubre de 2023, asignando un nuevo VAD a la mencionada empresa. Electrosur, solicita en concreto a Osinergmin lo siguiente:

- 3.1.** Declarar la nulidad de la Resolución 168 por lo siguiente:
 - a) No incluir en el informe legal 502-2019-GRT (en adelante “el Informe Legal 502”) que sustentó la resolución 168, un pronunciamiento sobre la posición de Electrosur.
 - b) No haber remitido a Electrosur los archivos de cálculo sobre impacto VAD, que solicitara mediante Carta GC-2037-2019 al no estar publicado en la página web.
- 3.2.** Respecto al diseño preliminar de tipo de red y definición de la tecnología adaptada solicita:
 - a) Reconocer Equipos de Protección para las redes de media tensión subterráneas.
 - b) Reconocer costos diferenciados en equipos de protección para la red, como es el caso de pararrayos, aisladores y otros componentes, considerando las características particulares de la zona de concesión de Electrosur.
 - c) Reconocer Subestaciones del tipo Compacta Pedestal debido a las condiciones climatológicas de la zona de concesión de Electrosur.
- 3.3.** En cuanto a la optimización técnico económica de las instalaciones de distribución eléctricas:
 - a) Respecto a redes de Media Tensión en zonas rurales, respetar el modelamiento de Equipos de Protección efectuado en el Informe Definitivo VAD y reconocer las instalaciones de los Sistemas Eléctricos Rurales Torata e Inclán, como propiedad de Electrosur.
 - b) Respecto a redes de Baja Tensión en zonas rurales, utilizar el modelamiento efectuado en el Informe Definitivo VAD, o modificar el modelamiento presentando respecto a cómo se aplican las configuraciones propuestas, así como y reconocer las instalaciones de los Sistemas Eléctricos Rurales Torata e Inclán, como propiedad de Electrosur.
- 3.4.** Revisar la metodología aplicada para el Cálculo de Pérdidas de Potencia y Energía, para poder obtener resultados diferenciados por cada Sistema Eléctrico urbano o rural; indicando expresamente las caídas de tensión máximas admisibles con las cuales se obtienen las pérdidas de energía.
- 3.5.** Respecto a la valorización de Instalaciones no Eléctricas:
 - a) Incluir las oficinas de Tarata y Omate, como parte de las Instalaciones No Eléctricas.
 - b) Cumplir con lo establecido en el Reglamento Nacional de Edificaciones para el dimensionamiento de las oficinas o mantener la propuesta de Electrosur con edificaciones de un piso.
 - c) Mantener los costos de terrenos y edificaciones presentados por Electrosur.
- 3.6.** Revisar los porcentajes de asignación al VAD de la Estructura Organizacional aplicados, y utilizar un porcentaje acorde a los antecedentes regulatorios.
- 3.7.** Respecto a la optimización de costos indirectos:
 - a) Aplicar los ratios aprobados por el OSINERGMIN, para determinar los costos indirectos, los que tiene una asignación del 100%.

- b) Considerar los costos de marketing para ElectroSur.
- 3.8.** Respecto a los costos de operación y mantenimiento técnico:
 - a) Respetar el dimensionamiento de las cuadrillas de operación técnica, realizado por ElectroSur, en el cual se solicita 20 cuadrillas entre personal propio y de terceros.
 - b) Respetar el dimensionamiento de las cuadrillas de gestión comercial, realizado por ElectroSur, en el cual se solicita 14 cuadrillas entre personal propio y de terceros.
 - c) Modificar la vida útil de las luminarias a 15 años.
- 3.9.** Eliminar la aplicación del Fondo de Reposición a las instalaciones eléctricas pertenecientes al Sector Típico 4.

A continuación, se resumen los argumentos de la recurrente y se efectúa el análisis sobre los aspectos legales de fondo cuestionados concretamente, los cuales están referidos a los extremos del petitorio señalados como numerales 3.1, 3.6 y 3.9 del presente informe en temas vinculados a: supuesta nulidad (por no incluir en informe legal análisis de argumentos de ElectroSur y por no remitir a la empresa archivo de cálculo solicitado), alcances del Manual de Costos y la aplicación del fondo de reposición, respectivamente; correspondiendo al área técnica, complementar el análisis de dichos extremos en lo que resulte pertinente. En consecuencia, debido a la naturaleza técnica de los demás extremos del petitorio señalados en el numeral 3) del presente informe, y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración presentado resulta, en sus extremos, fundados, fundados en parte o infundados; y en estos últimos dos supuestos proceder a la corrección pertinente o de ser el caso a ampliar o complementar el sustento o motivación del acto².

4) Argumentos de ElectroSur y análisis legal

4.1. Sobre supuesta nulidad de la Resolución 168

- a) Solicitud de nulidad por no incluir en el informe legal 502 que sustentó la resolución 168, un pronunciamiento sobre la posición de ElectroSur.**

Argumentos de ElectroSur

Respecto al extremo del petitorio señalado en el numeral 3.1 del presente informe, ElectroSur señala que del contenido del Informe Legal 502, se aprecia que en el numeral 2) denominado “Etapas cumplidas en el procedimiento regulatorio del VAD para el periodo 2019-2023”, se detalla a cada empresa, de las que se recibieron comentarios y sugerencias frente al proyecto contenido en la Resolución OSINERGMIN N° 124-2019- GS/CD, encontrándose dentro de estas a ElectroSur, con documento GC- 1657-2019; y que sin embargo, en el numeral 3) Análisis de los comentarios y sugerencias recibidos sobre el proyecto de fijación del VAD, no existe pronunciamiento alguno respecto a la posición de

² Cabe agregar que conforme al Artículo 14 del TUO de la LPAG, en caso hubiera existido una motivación deficiente o parcial o cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, prevalece la conservación del acto.

Electrosur. Agrega la impugnante que si bien se señala que se resumen los argumentos de índole jurídicos controvertidos presentados por las empresas, en el análisis debió incluirse a Electrosur y pronunciarse respecto a la característica de sus argumentos, es decir, si constituían argumentos técnicos o legales. Señala la impugnante que dicha omisión, origina que la Resolución VAD no se encuentre debidamente motivada, acarreado su nulidad, habiéndose infringido con ello su derecho al debido procedimiento.

Análisis legal

Los informes legales, según el sentido expuesto en el artículo 183.2 del TUO de la LPAG, por lo general, se reservan para aquellos supuestos en que el fundamento legal de la petición sea razonablemente discutible desde el punto de vista legal o exista controversia jurídica. En tal sentido, si ninguno de los aspectos comentados por Electrosur involucraba un aspecto legal a dilucidar, sino que únicamente incluían afirmaciones técnicas, valores, cuadros y costos, el informe Legal 502 no podía incluir un análisis legal sobre los comentarios de dicha empresa.

Los comentarios de Electrosur sobre la prepublicación de fijación del VAD, presentados en el documento GC- 1657-2019, eran comentarios 100% técnicos, lo cual puede constatarse con una simple lectura de los mismos en la página web de Osinermin³. En dichos comentarios no se estableció ningún aspecto legal controvertido e incluso no se invocó ninguna norma o principio administrativo.

El Informe Legal 502 contiene, en su numeral 2), la descripción de las etapas cumplidas en el procedimiento regulatorio del VAD para el periodo 2019-2023. En el numeral 2.5 del referido Informe se alude a la etapa de la recepción de los comentarios y sugerencias de las empresas, precisando los nombres de ellas⁴ y el documento con el que remitieron dichas opiniones.

En el numeral 2.6 del Informe Legal 502 se indica expresamente que, en el numeral 3) de dicho informe se analizan los aspectos legales controvertidos, contenidos en las opiniones y sugerencias remitidos por los interesados con relación al Proyecto, y se precisa en concreto cuáles eran esos temas legales⁵. En

³ Dicho documento que adjunta los comentarios se encuentra en http://www2.osinermin.gob.pe/GRT/Procesos-Regulatorios/VAD-2019-2023/VAD-2019-2023-9_Electrosur_Carta-Observaciones.PDF. Los comentarios propiamente dichos pueden verse ingresando al link:

<http://www.osinermin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/procesos-regulatorios/electricidad/vad/fijacion-vad-2019-2023>.

Luego de ingresar a este último link, dado que los comentarios se encuentran dentro de archivos comprimidos (*zip*eados), hacer click en el numeral 9 denominado "Observaciones al Proyecto de Resolución de Fijación del VAD 2019-2023", luego opción "9.9 Electrosur", click en "Archivos"; y dentro de los archivos comprimidos, click en "01 Comentarios y Sugerencias propuesta VAD ELS FINAL.docx".

⁴ Presentaron sus comentarios y sugerencias 11 empresas y la corporación del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE).

⁵ Los temas legales eran: (i) la Inclusión de la Participación de los Trabajadores (PTU) en las Utilidades como parte de las remuneraciones, (ii) Determinación del valor eficiente de las remuneraciones del personal y la utilización de la encuesta de remuneraciones de Manpower Group, (iii) Utilización de la Encuesta del Ministerio de Trabajo a nivel Arequipa en lugar de la encuesta del Ministerio de Trabajo a nivel nacional, (iv) Utilización de los costos aprobados por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), (v) Valorización de terrenos necesarios para las subestaciones, (vi) Falta de motivación de diversos

el citado numeral 2.6 del Informe Legal 502, luego de listar los aspectos legales concretos sobre los que se pronunciaría el informe legal, se señala específicamente que **“los comentarios sobre aspectos técnicos se analizan en el Informe Técnico elaborado por la División de Distribución Eléctrica (DDE) de la Gerencia de Regulación de Tarifas (GRT)”**.

De lo señalado en el párrafo precedente es evidente que los comentarios y posición de ElectroSur al no encontrarse entre los temas legales indicados, eran de naturaleza técnica, por lo que serían analizados en el Informe Técnico tal como se hizo en el informe técnico, (Anexo 12 del Informe Técnico 503-2019-GRT)⁶, el cual forma parte del sustento de la Resolución 168 y contiene el análisis de cada comentario de la empresa, cumpliendo el requisito de motivación exigido por el artículo 3 del TUO de la LPAG, no habiéndose incurrido en ninguna causal de nulidad prevista en el artículo 10 de la referida Ley ni afectado el derecho al debido procedimiento de ElectroSur.

Por lo expuesto, esta Asesoría es de la opinión que, en este extremo del petitorio, debe declararse no ha lugar a la nulidad solicitada.

b) Solicitud de nulidad por no haber remitido a ElectroSur los archivos de cálculo sobre impacto VAD, que solicitara mediante Carta GC-2037-2019 al no estar publicado en la página web.

Argumentos de ElectroSur

ElectroSur señala que configura causal de nulidad de la Resolución 168, el que habiendo solicitado con Carta GC-2037-2019 de fecha 22 de octubre del 2019, los archivos de cálculo del Informe Técnico 503-2019-GRT con el que se sustenta la Resolución 168, en su numeral 7 sobre Impacto VAD, al no encontrarse publicados en la página web; y que, hasta la fecha de interposición de su recurso no haya obtenido respuesta de Osinergmin, situación que a su entender, afecta su derecho de defensa e infringe el principio de participación.

Análisis legal

La Resolución 168 es un acto administrativo mediante el cual se fijaron los valores agregados de distribución de diversas empresas, de acuerdo con los aspectos técnicos, económicos y legales aplicables a dicha fijación, cumpliendo con los requisitos de validez previstos en el artículo 3 del TUO de la LPAG⁷; es

aspectos del proyecto publicado, (vii) Aprobación de la Resolución 124 en base a información no publicada, (viii) Reconocimiento de costos incurridos para la atención de reclamos de los usuarios, (ix) Cuestionamientos a la evaluación y estudio elaborado por el Supervisor VAD, (x) Reconocimiento de costos asociados al cumplimiento de procedimientos y directivas, (xi) Fijación del VAD según las características y realidades propias de cada empresa, (xii) Nulidad del proyecto de fijación del VAD (xiii) Carencia de sustento normativo del sistema monofásico retorno por tierra (MRT).

⁶ Ver el análisis en el siguiente link: http://www2.osinergmin.gob.pe/GRT/Procesos-Regulatorios/VAD-2019-2023/10-Fijaci%C3%B3n-VAD/Anexo%2012%20ElectroSur/Informe%20An%C3%A1lisis%20Observaciones%20Proyecto%20VAD_ELS.pdf

⁷ **Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

decir, fue una resolución expedida por autoridad competente, con objeto o contenido válido, finalidad pública, debidamente motivado y derivado de un procedimiento regular de fijación tarifaria.

El impacto VAD involucra solo una descripción ilustrativa y referencial de cuál sería el efecto o variación porcentual que originará la nueva tarifa en la facturación del usuario final, es decir, no es parte de ninguno de los elementos que ha determinado la fijación de la tarifa de distribución sino solo un cálculo que proyecta cuál será la situación *posterior* a la fijación del VAD, en el que se hace una comparación de lo que viene pagando el usuario por el servicio público de electricidad y lo que pagará con el nuevo VAD que se aprueba.

Según lo explicado por el área técnica, dicho cálculo de impacto VAD es simple: Se multiplican los pliegos tarifarios por el mercado y se obtiene la facturación a diciembre del 2018 con el nuevo VAD. Luego ello debe compararse con la misma facturación con los pliegos de diciembre de 2018 con el VAD que será dejado sin efecto resultando de dicha comparación el impacto VAD. Para ello, indican que se requiere de una hoja de cálculo Excel que solo necesita tres conceptos: (i) los pliegos tarifarios a diciembre del 2018 con el nuevo VAD (ii) el mercado de cada empresa a diciembre del 2018; y (iii) los pliegos tarifarios a diciembre del 2018 con el VAD anterior, es decir el que sería dejado sin efecto. **Los tres conceptos sí están publicados en la web de Osinergmin desde la fijación del VAD y algunos archivos incluso desde antes de dicha fijación⁸**; por lo que en ningún proceso de fijación del VAD se ha publicado **la referida hoja o archivo de cálculo Excel** y tampoco se hace referencia a dicho archivo en el informe técnico, sino que solo se insertan dentro del informe técnico publicado los resultados que de ella derivan, porque es evidente que la hoja Excel **no constituye el sustento de la fijación del precio regulado**, que no es necesaria para verificar la correcta fijación del VAD y porque toda empresa eléctrica cuenta con las herramientas para calcular fácilmente el impacto VAD, por lo que no se afecta su derecho de participación en el proceso por la no remisión inmediata del archivo de cálculo al solicitante.

Mediante Oficio 1078-2019-GRT de fecha 14 de noviembre de 2019, Osinergmin atendió la solicitud de Electrosur en la cual pedía los archivos de cálculo del

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- **Antes de su emisión**, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

⁸ Los conceptos (i) y (ii) referidos a los pliegos tarifarios a diciembre del 2018 con el nuevo VAD (Pliegos e ingresos y compras: pliegos tarifarios con VAD 2019 y el mercado utilizado en el cálculo del VAD 2019), así como el mercado de cada empresa (Base de Datos), se encuentran ingresando al Anexo 20 del Informe Técnico 503-2019-GRT (que es el anexo que contiene el informe de verificación de rentabilidad) en el siguiente link: <http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/procesos-regulatorios/electricidad/vad/fijacion-vad-2019-2023>. El concepto (iii) referido a los pliegos tarifarios a diciembre del 2018 con el VAD anterior, se encuentran accediendo al link: <http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/regulacion-tarifaria/pliegos-tarifarios/electricidad/pliegos-tarifarios-cliente-final> siguiendo las opciones usuarios, otros servicios de interés, tarifas de servicio eléctrico.

impacto VAD, explicándole cómo se ha calculado éste y en qué parte de la página web institucional se encontraban los datos necesarios para el cálculo. En dicho oficio se precisó que **el impacto calculado no forma parte de la regulación del VAD, toda vez que éste tiene por finalidad determinar la variación de la facturación en la empresa luego de la aplicación del VAD, manteniendo constantes los precios a nivel de generación y los peajes de transmisión** y que la empresa dispone de las herramientas y datos necesarios para calcular los impactos solicitados; y que sin perjuicio de lo indicado, se le remitía, adjunto a dicho oficio, la hoja de cálculo utilizada para calcular los impactos.

En consecuencia, el impacto VAD no tiene efecto respecto a lo fijado como tarifa, es solo una descripción comparativa y referencial de lo que ocurrirá luego que ésta entre en vigencia, ha sido publicado con el informe técnico que lo contiene sin que en éste se haya hecho referencia a algún archivo de cálculo y sin que fuera obligatorio publicar el archivo Excel utilizado, y no se afecta el derecho de defensa del administrado por la ausencia de dicha publicación, o por o no haberse remitido en forma inmediata la información solicitada, al tratarse de un aspecto que no puede modificar el monto fijado como VAD que solo tiene carácter referencial e informativo y frente al cual la empresa contaba con las herramientas necesarias para efectuar el respectivo cálculo de impacto VAD.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar que en cualquier caso, un acto administrativo es nulo por vicios de nulidad existentes al momento de expedirse el acto o antes de su aprobación, y que en el presente caso, la Resolución 168 ha sido válidamente emitida conforme al artículo 3 del TUO de la LPAG, no incurriendo en ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 10 del mismo cuerpo legal⁹, por lo que de ninguna manera podría afectar la validez de dicha resolución hechos que, además de no ser propios de la tarifa aprobada, son posteriores a dicha resolución como lo son la supuesta falta de publicación de un archivo de cálculo o la falta de remisión inmediata de dicho archivo al solicitante.

Por lo expuesto, esta asesoría es de la opinión que, en este extremo del petitorio, debe declararse no ha lugar a la nulidad solicitada.

4.2. Alcances del Manual de Costos.

Argumentos de ElectroSur

Respecto al petitorio señalado en el numeral 3.6 del presente informe, ElectroSur al referirse al tema de la estructura organizacional, además de sus argumentos

⁹ **Artículo 10.- Causales de nulidad**

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

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

técnicos, señala que, Osinergmin al reducir el porcentaje de asignación al VAD, ha utilizado como sustento el Manual de Costos para Empresas de Electricidad Concesionarias y/o Autorizadas, aprobado por la Resolución Ministerial 197-94-EM/VME pero que dicha resolución no es aplicable al caso dado que su artículo 3 indica que dicho Manual sirve exclusivamente para la elaboración y presentación de la información de los Estados Financieros, para el cálculo de la Tasa Interna de Retorno (TIR). Agrega Electrosur que, además, dicha resolución no se encuentra señalada en los Términos de Referencia del VAD como criterio válido para la asignación de porcentajes para el cálculo de los gastos indirectos.

Indica la impugnante que el porcentaje del 75% asignado al costo del servicio, en la Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, busca excluir la actividad Inversiones en Estudios y Obras (que representa un 25%) de la estructura de costos; sin embargo, en la Estructura Organizacional presentada por dicha empresa los recursos humanos de esta actividad {Inversiones en Estudios y Obras} ya han sido excluidos, por lo que, tampoco correspondería aplicar el porcentaje de 75%.

Concluye Electrosur que, no existe justificación alguna para que dicha resolución sea utilizada para determinar los porcentajes de asignación al VAD para los estudios del VAD; y que prueba de ello es que no ha sido utilizada en ningún proceso regulatorio anterior, ni se ha considerado en la regulación actual para las empresas del Grupo 1. Señala que Osinergmin debe revisar los porcentajes de asignación al VAD de la Estructura Organizacional aplicados, y utilizar un porcentaje acorde a los antecedentes regulatorios.

Asimismo, en el extremo del petitorio mencionado en el numeral 3.7 literal a) del presente informe (sobre aplicación de ratios en la optimización de costos indirectos), Electrosur señala también que el Manual de Costos no puede ser utilizado para la determinación del VAD.

Análisis legal

Mediante Resolución Ministerial N° 197-94-EM/VME, se aprobó el Manual de Costos para Empresas de Electricidad Concesionarias y/o Autorizadas (en adelante el “Manual de Costos”), en cuya parte considerativa se explica el marco normativo dentro del cual se aprueba el Manual de Costos y se resalta que ha sido elaborado tomando en cuenta el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las actividades eléctricas.

En el numeral 1 del referido Manual (Introducción) se citan las siguientes normas: el artículo 31 inciso d) del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante “LCE”), referido a la obligación de presentación de información técnica y económica a los organismos reguladores; el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM (en adelante “RLCE”) referido a la obligación de presentar al organismo regulador los estados financieros y otros que considere conveniente, estableciendo el regulador los formatos y medios para la remisión de información; y el artículo 50 del RLCE que dispone que los costos a reconocer para el cálculo de la Tasa Interna de Retorno (en adelante “TIR”) deben ser evaluados y calificados por el organismo regulador. Se indica en el mismo numeral 1 del Manual de Costos que en él se recoge la experiencia en la asignación de costos e inserta los nuevos conceptos fijados en la

LCE por cuanto se establece un sistema de costo que identifica los gastos en que incurrirá cada empresa según su actividad y unidad de costo que desarrolle.

De las normas expuestas se evidencia que la función del Manual de Costos no es solamente la presentación de estados financieros, sino que es un instrumento en el que se estructura cómo se organizan los costos en que incurren las empresas eléctricas, es específico para el sector eléctrico y permite identificar la naturaleza de los costos reportadas por la misma empresa, por lo que es una fuente válida a utilizar en la regulación.

Electrosur señala en su recurso, que según el artículo 3 de la Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, el Manual de Costos sirve exclusivamente para la elaboración y presentación de la información de los Estados Financieros. Esta información no es exacta, pues conforme al artículo 3 de la Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, se dispone textualmente que dicho Manual “será de aplicación para la elaboración y presentación de la información de los Estados Financieros a partir del ejercicio de 1994”. Esta precisión se efectúa en la resolución con la que se aprobó el dispositivo legal mencionado (no es un artículo del Manual de Costos propiamente dicho), dado que el Manual estaba siendo aprobado el 11 de abril de 1994 y hasta su expedición estaba vigente el “Manual de Costos para empresas de servicio público de electricidad”, aprobado por Resolución Ministerial 057-86-EM/DGE. Considerando que según el artículo 59 del RLCE, los estados financieros del año 1994 debían ser presentados dentro de los primeros 20 días calendario del mes de abril del año 1995, la precisión efectuada en el artículo 3 de la Resolución Ministerial 197-94-EM/VME era útil para evitar superposición de dos esquemas y dejar claro que en abril de 1995 se presentarían los estados financieros elaborados conforme al nuevo Manual de Costos; pero en ningún momento se señaló que el nuevo dispositivo legal era “exclusivo” para estados financieros ni pretendió limitar los alcances de su aplicación como fuente normativa, así como tampoco los términos de referencia limitan la aplicación de fuentes normativas a utilizar para la regulación.

Por lo expuesto, esta asesoría considera válido utilizar como fuente regulatoria el Manual de Costos, correspondiendo al área técnica analizar los argumentos técnicos sobre los porcentajes cuestionados por la impugnante.

4.3. Aplicación del factor de fondo de reposición.

Argumentos de Electrosur

Electrosur indica que Osinergmin ilegalmente ha aplicado el factor de fondo de reposición (en adelante “FFR”) a todas las instalaciones eléctricas pertenecientes al Sector Típico 4, cuando la normativa es clara y expresa en indicar que este factor únicamente debe aplicarse a sistemas eléctricos SER. Cita los numerales 8.2.2, 8.3.2 y 8.4.2 de los Términos de Referencia del VAD, para señalar que según éstos el FFR solo se aplica a los Sistemas Eléctricos pertenecientes al Sector Típico SER. Asimismo, señala Electrosur que debe considerarse que, en el proceso regulatorio del 2013, no se aplicó dicho factor a los Sistemas Eléctricos del ST4 de Electrosur.

Análisis legal

Osinergmin no ha manifestado en forma alguna que el FFR sea aplicable al Sector Típico 4, por el contrario, ha aplicado dicho factor considerando que solo procede hacerlo para los Sistemas Eléctricos Rurales (en adelante “SER”).

Cabe indicar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 28749, Ley General de Electrificación Rural (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 fin¹⁰ y que **el Plan Nacional de Electrificación Rural incluirá los proyectos calificados como SER.**

Corresponde al área técnica corroborar que el FFR 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.

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

- 5.1 De conformidad con el artículo 218.2 del TUO de la LPAG, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 30 días hábiles contados a partir de su interposición.
- 5.2 Teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración fue interpuesto el 08 de noviembre de 2019, y de acuerdo a lo señalado en el numeral 2.2 del presente informe, el plazo máximo para resolverlo vence el día 20 de diciembre de 2019.
- 5.3 Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de 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 señaladas en el numeral 2) del presente Informe el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa ElectroSur S.A. contra la Resolución N° 168-2019-OS/CD, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 6.2 Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el literal a) del numeral 4.1 del presente Informe, esta Asesoría es de la opinión que debe declararse no ha lugar a la nulidad solicitada, atendiendo a que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad prevista en la ley ni afectado el derecho al debido procedimiento, al no incluir en el Informe legal un análisis de los comentarios y sugerencias de ElectroSur S.A. sobre la prepublicación del VAD, toda vez que eran

¹⁰ El procedimiento para Calificación de los Sistemas Eléctricos Rurales fue aprobado mediante Resolución Directoral 090-2011-EM-DGE.

100% técnicos, no correspondiendo análisis legal alguno sobre los mismos, de modo que los comentarios y sugerencias de la recurrente fueron íntegramente analizados en el informe técnico con el que se sustentó la resolución impugnada, cumpliéndose el requisito de motivación del acto administrativo.

- 6.3** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el literal b) del numeral 4.1 del presente Informe, esta Asesoría es de la opinión que debe declararse no ha lugar a la nulidad solicitada, toda vez que un acto administrativo solo es nulo por vicios de nulidad existente al momento de expedirse el acto o antes de su aprobación y no puede afectar la validez de una resolución hechos que además de no ser propios de la tarifa aprobada, son posteriores a dicha resolución, como lo son la supuesta falta de publicación de un archivo de cálculo o la falta de remisión inmediata de dicho archivo al solicitante.
- 6.4** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.2 del presente Informe, esta Asesoría es de la opinión que la función del Manual de Costos, de acuerdo a lo expresamente citado en éste, no es solamente regir la elaboración y presentación de los estados financieros, sino que es un instrumento en el que se estructura cómo se organizan los costos en que incurren las empresas eléctricas, es específico para el sector eléctrico y permite identificar la naturaleza de los costos reportadas por la misma empresa, por lo que es una fuente válida a utilizar en la regulación.
- 6.5** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.3 del presente Informe, corresponde al área técnica corroborar que el factor del fondo de reposición haya sido aplicado solo a los sistemas eléctricos rurales, considerándose como tales a los calificados así por el Ministerio de Energía y Minas; y en caso haya sido aplicado a sistemas que no son sistemas eléctricos rurales (como lo serían los del sector típico 4), proceder a efectuar las adecuaciones pertinentes de modo que no se aplique dicho factor.
- 6.6** Debido a la naturaleza técnica de los demás 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.
- 6.7** El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 20 de diciembre de 2019.

[jamez]

[mcastillo]