

“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

Informe N° 624-2019-GRT

Análisis legal sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (SEAL) 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 SEAL, recibido el 08.11.2019, según Registro Osinergrmin N° 201900185659 (Reg. 009573-2019-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 Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante SEAL) 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.

Los principios y normas citadas por la recurrente en los fundamentos de derecho de su recurso impugnatorio no son materia de discusión, y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo. Sin embargo, esta Asesoría considera que, en lo referente al **principio de verdad material**, éste tiene una connotación particular para efectos regulatorios, toda vez que 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 conforme a los artículos 8 y 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

La recurrente solicita reconsideración respecto a los siguientes temas: (i) errores materiales sobre los siguientes aspectos (ii) porcentajes de redes subterráneas BT (iii) porcentajes de redes subterráneas MT (iv) equipos de protección (v) SED convencionales y/o compactas pedestal (vi) SED de seccionamiento (vii) zonales Chala, La Joya-Pedregal y Colca (viii) edificio corporativo (ix) remuneraciones (x) factor de reducción en la asignación de costos indirectos de personal (xi) Cambio de poste para mantenimiento correctivo programado GA12. (xii) Cambio de poste para mantenimiento correctivo programado GB08 (xiii) Inspección de red aérea (xiv) Poda de árboles (xv) costo de mano de obra (xvi) participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa (xvii) vano y cantidad de armados (xviii) metrado adicional de redes; y (xix) proyecto piloto de Implementación de Luminarias LED y Sistemas de Tele Gestión como innovación tecnológica.

En cada uno de los extremos del petitorio, SEAL alude en su recurso a principios administrativos supuestamente vulnerados en la resolución impugnada. Sobre el particular, dado que la mayoría de ellos se refieren a cuestionamientos de datos y aspectos estrictamente técnicos, corresponde que en esencia el área técnica refute lo que alega la empresa en cada uno de los puntos

impugnados (por qué se ha descartado los datos presentados por la empresa, fuentes utilizadas para la fijación, etc.), a fin de evidenciar que se han respetado dichos principios y que el recurso debe declararse infundado, o en caso contrario, el recurso sea declarado fundado o fundado en parte y se proceda a las correcciones pertinentes.

Con relación a los aspectos de fondo jurídicos cuestionados concretamente, ellos están relacionados con los temas vinculados a remuneraciones de la empresa, costo de mano de obra de terceros y la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.

Respecto a la **determinación del valor eficiente de las remuneraciones del personal y la utilización de la encuesta de remuneraciones de Manpower Group**, corresponde al área técnica observar el principio de no discriminación o imparcialidad desarrollado en el presente informe para la determinación de las remuneraciones del personal de las empresas concesionarias, teniendo presente que la igualdad de trato únicamente puede exigirse ante situaciones muy similares y de ser el caso, según fuentes disponibles dentro del mismo procedimiento. Sólo en el caso que como resultado del análisis de comparación entre las empresas se concluya que éstas no son sustancialmente iguales, se deberá aplicar trato diferenciado.

Respecto a la utilización de la **Encuesta del Ministerio de Trabajo a nivel Arequipa en lugar de la encuesta del Ministerio de Trabajo a Nivel Nacional**, en la LCE se dispone que la evaluación de estudio de costos considera criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, es decir, en la norma no se establece adoptar costos de cada región sino aquellos que podría alcanzar a quien opera en el Perú, los cuales pueden o no coincidir con los de la respectiva región. Corresponde área técnica determinar si procede o no asumir los Costos de la encuesta del Ministerio a nivel Arequipa.

Respecto al costo de la **participación de los trabajadores en las utilidades** de la empresa (en adelante "PTU"), SEAL señala que debe ser parte de los costos operativos laborales a considerar para la fijación del VAD por el periodo 2019-2023, amparando su solicitud en base a los argumentos vinculados a los siguientes aspectos:

(i) Demanda judicial de amparo en trámite para que se admita la PTU como parte de los costos operativos a considerar en el Estudio de Costos indicando que no pueden excluirse en la fijación del VAD: la recurrente señala que la PTU presentada en su estudio de costos, mientras no se resuelva la demanda judicial de Amparo que, respecto a este tema, ha interpuesto contra Osinergmin. **En el presente informe** se concluye que este extremo es infundado, atendiendo a que a la fecha se cuenta con unos Términos de Referencia para la elaboración de Estudios de Costos del VAD, aprobados por Resolución 225-2017-OS/CD (en adelante "TDR VAD"), aplicables al presente proceso de fijación del VAD, en cuyo numeral 6.1.7.1, conforme al marco legal aplicable, se dispone que las remuneraciones a utilizar serán totales, y no incluirán los eventuales ingresos por PTU. Dicha disposición, conforme al TUO de la LPAG, es de cumplimiento obligatorio y su cuestionamiento en vía judicial por parte de SEAL no implica la suspensión de dicho mandato, toda vez que además de ser una disposición que cumple con el marco legal aplicable y que en vía administrativa ya ha sido ampliamente analizada, no existe resolución judicial expresa que disponga su inaplicación o suspensión.

(ii) Principio de seguridad jurídica: La recurrente manifiesta que la exclusión de los costos por PTU infringe este principio porque realiza una diferenciación entre conceptos laborales que el ordenamiento peruano no hace, y que el propio Osinergmin tampoco hacía en los procesos regulatorios anteriores hasta el año 2013. **En el presente informe** se concluye que, Osinergmin no ha infringido el citado principio, no ha efectuado diferenciaciones ilegales en el tratamiento

de costos laborales, no ha infringido el principio de predictibilidad ni ha adoptado decisiones arbitrarias, tal como se verifica en los antecedentes del tratamiento tarifario de la PTU desde el año 1997, precisándose que SEAL no interpuso acción judicial contra la fijación de la Tarifa VAD 2013-2017 en que no se incluyó la PTU, ni emitió comentario ni impugnó la Resolución que aprobó los Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del VAD correspondiente a los periodos 2018- 2022 y 2019-2023. En ese sentido, se evidencia que tanto SEAL como las demás concesionarias de distribución eléctrica, conocen con certeza los fundamentos de fondo que respaldan el criterio adoptado por el Osinergrmin al excluir a la PTU de los costos a considerar para la fijación del VAD. Finalmente se indica que la no inclusión de la PTU en los cálculos del VAD es resultado de la interpretación sistemática del artículo 150° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM (en adelante "RLCE") con lo establecido en los artículos 8°, 64° y 70° del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante "LCE"), pues no se ha establecido expresamente si se debe incluir o excluir la PTU de los costos de operación y mantenimiento del VAD, lo cual significa proceder conforme a derecho.



(iii) Los costos laborales: La recurrente no está de acuerdo con la posición de Osinergrmin en el sentido que en las normas del sector eléctrico no se ha establecido expresamente si se debe incluir o excluir la PTU de los costos reconocidos por el VAD, pues considera que los costos laborales como las PTU, son reconocidos expresamente por la LCE y su Reglamento como costos de las empresas concesionarias, que deben ser reconocidos en la fijación del VAD. **En el presente informe** se concluye que, son apropiados los Términos de Referencia al señalar que las remuneraciones consignadas en el Estudio de Costos no incluyan la PTU y no es exacta la afirmación de SEAL respecto a que los costos laborales, como las PTU, son reconocidos expresamente como costos de las empresas concesionarias, que deban ser reconocidos en la fijación del VAD, toda vez que es un hecho objetivo que dicho concepto no aparece expresamente regulado en las normas. En tal sentido, se ha efectuado la interpretación concordada y sistemática de las normas involucradas que llevan a la conclusión que la PTU no forma parte de los costos de operación y mantenimiento del VAD y que son también aplicables para concluir que los argumentos laborales expuestos por SEAL, no tienen connotación regulatoria.

(iv) Derecho de propiedad: SEAL señala que la exclusión de la PTU de los costos eficientes, vulnera el derecho de propiedad de dicha empresa protegido por la Constitución, pues resulta confiscatorio que la empresa esté impedida de incorporar la PTU en su Estudio de Costos para la aprobación del VAD, cuando dicho concepto es un pago obligatorio que deben hacer las empresas del rubro eléctrico que operan en el país a sus trabajadores. **En el presente informe** se concluye que, no se afecta el derecho de propiedad, toda vez que la PTU no es un gasto en que se haya incurrido para operar y mantener el servicio recibido y porque según la Constitución Política del Perú asumir la PTU le corresponde a la empresa y no a los usuarios. A ello se agrega el hecho que, desde el punto de vista técnico y económico la PTU se encuentra implícita en la Tasa de Actualización por lo que esa es una razón adicional para su no inclusión toda vez que no se puede pretender remunerar dos veces por un mismo concepto pues se infringiría los artículos 8 y 42 de la LCE que exige fijar tarifas con criterios de eficiencia.

(v) Falta de motivación: SEAL indica que, el no reconocimiento de los costos de la PTU, no ha sido motivado por el Osinergrmin, quien no justifica porqué realiza una interpretación restrictiva de lo que la ley considera como costos laborales, ni porqué hace diferencias entre estos costos laborales, cuando la ley no hace distinción alguna. En este sentido, vulnera su derecho de acceder a un debido procedimiento. **En el presente informe** se concluye que, tal como se ha explicado en los anteriores extremos Osinergrmin ha motivado las razones por las cuales no

incluyó en los Términos de Referencia a la PTU por lo que no existe la falta de motivación a la que alude la empresa ni se ha vulnerado el debido procedimiento, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad de la empresa ni ningún otro derecho.

Por todo lo expuesto en el **presente informe** se concluye que el extremo del petitorio sobre el tema de la PTU debe declararse infundado.

Finalmente, considerando la naturaleza técnica de los otros extremos del petitorio y argumentos presentados, corresponde que el análisis de los mismos sea desarrollado por al 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° 624-2019-GRT

Análisis legal sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (SEAL) 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, SEAL, 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. 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.

- 2.5.** Finalmente, Cabe señalar que, el Consejo Directivo de Osinergmin concedió al grupo Distriluz (que incluye las empresas Hidrandina S.A., Electrocentro S.A, Electronoroeste S.A. y Electronorte S.A.) y a la empresa Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A-SEAL, el uso de la palabra solicitado, en la diligencia que se llevó a cabo el día 04 de diciembre de 2019.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

SEAL, señala que la Resolución 168 no se ajusta a la normativa vigente en materia de fijación de tarifas de distribución eléctrica y que han sido determinados de una manera inmotivada y arbitraria. Impugna concretamente los aspectos que se enuncian a continuación, solicitando a Osinergmin lo siguiente:

- 3.1.** Corregir, según detalles indicados en el recurso, los errores materiales sobre los siguientes aspectos:
- a) Consideración de aisladores poliméricos en la selección del armado en MT.
 - b) No consideración de veredas angostas en la valorización de redes BT.
 - c) No consideración de la tecnología adaptada en redes de MT en zona de vereda angosta (no soluciona el problema de tránsito peatonal).
 - d) Utilización de conductor de 16 mm² en redes de MT.
 - e) Consideración de diferencias entre metrados de las redes aéreas de MT del VNR de la empresa modelo del supervisor VAD y los aprobados por OSINERGMIN en el VNR adaptado de SEAL.
 - f) Eliminación de la actividad de Inspección ocular de red aérea de MT-Mantenimiento Preventivo.
 - g) Disminución de cuadrillas para calidad de servicio. Utilizar el porcentaje que represente las pérdidas no técnicas reales de la compañía equivalente en BT a un 3,28% del total de energía suministrada en cada sistema, y en Media Tensión (en adelante "MT") a un 0,0065% del total de energía suministrada en aquellos sistemas con ventas no nulas en MT.
- 3.2.** Modificar los porcentajes de redes subterráneas BT indicados en el recurso para cada zona de densidad.
- 3.3.** Modificar los porcentajes de redes subterráneas MT indicados en el recurso para cada zona de densidad.
- 3.4.** Considerar los equipos de protección para áreas de densidad MAD y AD1
- 3.5.** Respecto a que no se consideran SED convencionales y/o compactas pedestal:
- a) Considerar SED compactas a nivel tipo pedestal, la cantidad de al menos 597 SEDs inicialmente consideradas como tipo bóvedas o monoposte.
 - b) Utilizar el valor de los terrenos de las SEDs convencionales y compactas obtenido de la tasación presentada por SEAL.
- 3.6.** Considerar SED de seccionamiento en las áreas de MAD y AD1 donde las redes de MT son subterráneas para la instalación de equipos de protección y maniobra.
- 3.7.** Incluir las zonales Chala, La Joya-Pedregal y Colca; y en caso contrario, se solicita incorporar la dotación de estas zonales en el resto de zonales de SEAL.
- 3.8.** Mantener el edificio corporativo en la zona de cercado de Arequipa y mantener los 2 pisos de altura.
- 3.9.** Utilizar las remuneraciones presentadas por SEAL en su Estudio de Costos, los cuales están sustentados en la Encuesta de Remuneraciones elaborada por la empresa Manpower. Como pretensión subordinada, se solicita reconocer como salarios, el promedio de las remuneraciones de las empresas del Grupo 2.

- 
- 3.10. Respecto a la aplicación de factor de reducción en la asignación de costos indirectos de personal, no considerar afectas a la reducción del 25% a las actividades que no se encuentran incluidas en el VNR, según cuadro consignado en el recurso.
 - 3.11. Incorporar la actividad "GA12 Cambio de poste para mantenimiento correctivo programado".
 - 3.12. Incorporar la actividad "GB08 Cambio de poste para mantenimiento correctivo programado".
 - 3.13. Incorporar la actividad "GA19 Inspección de red aérea de BT/AP para mantenimiento preventivo".
 - 3.14. Mantener la actividad "Poda de árboles de red aérea de MT para mantenimiento preventivo" en 10,587 árboles anuales.
 - 3.15. Descartar el estudio de la Encuesta "Demanda de Ocupaciones a nivel nacional 2019 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante MINTRA nacional y utilizar en su lugar, el estudio MINTRA Arequipa. Como pretensión subordinada, en caso OSINERGMIN decida no utilizar el estudio MINTRA Arequipa, reconocer los datos informados al SICODI los cuales se basan en los costos de hora hombre aprobados por CAPECO.
 - 3.16. Incorporar como parte del salario de los trabajadores el costo de la PTU como parte de los costos operativos laborales a considerar para la fijación del VAD por el periodo 2019-2023.
 - 3.17. Reconocer un vano de 150.2 m e incrementar la cantidad de armados por kilómetro de Media Tensión para el Sector Típico 4.
 - 3.18. Considerar como mínimo un valor de 4.2% de metrado adicional de redes aéreas BT y MT, y 3.67% en redes subterráneas BT y MT para los ST2, ST3, ST4 y SER en los respectivos costos de inversión del SICODI.
 - 3.19. Considerar el proyecto piloto de Implementación de Luminarias LED y Sistemas de Tele Gestión como parte de los proyectos de innovación tecnológica.

4) Argumentos de SEAL y análisis legal

4.1. Aspectos generales señalados en el recurso impugnatorio

Argumentos de SEAL

SEAL en el numeral 2 de su recurso impugnatorio, desarrolla de manera general los principios y derechos que considera que han sido vulnerados en la Resolución 168. Señala que los extremos que impugna de la Resolución 168 no se ajustan a la normativa vigente que es de obligatorio cumplimiento por lo que Osinergmin debe modificar los extremos impugnados. Asimismo, se refiere a los alcances teóricos de los artículos 8, 42, 64, 66 y 67 de la LCE, del artículo 146 del RLCE y de lo establecido en los TDR VAD.

La impugnante desarrolla y/o cita las prescripciones legales del TUO de la LPAG, normas generales y sectoriales así como conceptos jurídicos, sobre los siguientes temas: (i) errores materiales (ii) debida motivación de los actos administrativos (principio del debido procedimiento y la motivación como requisito de validez del acto administrativo y alcances de la motivación) (iii) principio de legalidad (iv) principio de predictibilidad (v) principio de razonabilidad (vi) principio de **verdad material** (vii) principio de transparencia; y, (viii) principio de imparcialidad.

Análisis legal

Los aspectos generales indicados por la empresa en el numeral 2 de su recurso, que incluyen aspectos generales teóricos sobre principios, derechos, prescripciones legales y conceptos jurídicos, no son materia de discusión y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo; sin embargo, cabe aclarar que, en lo referente al principio de verdad material, éste tiene una connotación particular para efectos regulatorios.

El principio de verdad material 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 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 distintos aspectos impugnados, SEAL alude en su recurso a principios administrativos supuestamente vulnerados en la Resolución 168. Sobre el particular, dado que la mayoría de ellos están vinculados con cuestionamientos de datos estrictamente técnicos, corresponde que, en esencia el área técnica, de ser el caso refute técnicamente lo que alega la empresa² (por qué se ha descartado los datos que ha presentado la empresa, las fuentes utilizadas para la fijación, etc.) a fin de evidenciar que se han respetado dichos principios³ y que el recurso debe declararse infundado, o en caso contrario, el recurso sea declarado fundado o fundado en parte y se proceda a las correcciones pertinentes.

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 3.9, 3.15 y 3.16, relacionados con los temas vinculados a remuneraciones de la empresa, costo de mano de obra de terceros y la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, respectivamente. 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.

² Corresponde al área técnica analizar los supuestos errores materiales sobre los que SEAL solicita corrección en el anexo 3 del recurso, así como los cuestionamientos técnicos incluidos en forma específica en el Anexo 4 del recurso sobre cada uno de los extremos del petitorio y los informes técnicos sobre protección de redes MT, uso de SED Convencionales y/o Compactas Pedestal y de cantidad de postes en redes MT del ST4, que la impugnante adjunta a su recurso como Anexos 5, 6 y 7, respectivamente

³ Respecto al de verdad material, se entiende que corresponde que el análisis técnico se efectúe bajo la connotación particular que ambos principios tienen para efectos regulatorios, según lo indicado en el presente informe.

4.2 Remuneraciones del personal: la Encuesta de remuneraciones de Manpower Group.

Argumentos de SEAL

En el tema de reducción de costos de remuneraciones a que se refiere el extremo del petitorio señalado en el numeral 3.9 del presente informe, SEAL señala que Osinergrmin reduce las remuneraciones de la empresa modelo eficiente tomando las remuneraciones reales de SEAL, al ser menores que las presentadas en la encuesta de mercado realizada por SEAL y que en su propuesta Osinergrmin ha asumido sin mayor análisis que una menor remuneración es sinónimo de eficiencia. Indica que debe considerarse que los TDR VAD establecen que los costos unitarios de personal surgen del análisis comparativo de los valores reales de los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado, adoptándose los valores que resulten más eficientes, y que en ese sentido es claro que la norma no indica que se tomará el menor valor entre ambos valores, sino que se analizara cual resulta más eficiente.

SEAL afirma que Osinergrmin ha rechazado la Encuesta de Remuneraciones elaborada por la empresa Manpower Group indicando que esta (i) tomaba como referencia empresas que no estaban en Arequipa y (ii) presentaba comparaciones de siete empresas de las cuales solo tres eran distribuidoras. Sobre el particular, indica que OSINERGMIN no ha tomado en cuenta que los salarios incluidos en dicha encuesta si son representativos de la industria en la que participa SEAL, pues el personal que labora en la empresa es ampliamente especializado y solo comparable con los que trabajan en otras empresas del sector eléctrico. Agrega que, por dicha razón, se tomó en consideración empresas de dicho sector; y dado que en Arequipa solo opera la empresa SEAL y EGASA (que por su tamaño no es comparable con SEAL) se tomó en cuenta para la muestra empresas que operaban en otros departamentos.

Agrega que Osinergrmin no ha tomado en cuenta que los salarios de la Encuesta Manpower son representativos de la industria en la que opera SEAL, tampoco ha tomado en cuenta la especialización con la que debe contar el personal de SEAL, lo competitivas que deben ser sus remuneraciones. Indica que no se aplica el mismo criterio para determinar costos eficientes, dado que como se puede observar, en las categorías del personal.

Señala que, con la falta de sustento, Osinergrmin vulnera el derecho de SEAL a una debida motivación y a acceder a una decisión razonable y fundada en derecho. Agrega que sin perjuicio de lo indicado, en caso Osinergrmin decida no reconocer los salarios sustentados en la Encuesta Manpower, debería entonces considerar para SEAL al menos un salario similar al promedio de las remuneraciones que reconoce para las demás empresas del Grupo 2, atendiendo al principio de imparcialidad que vinculan su actuación.

Análisis legal

En el Anexo 13 del Informe Técnico 503-2019-GRT (en adelante "Informe Técnico 503") con el cual se sustentó la Resolución 168, consta la posición y sustento ha asumido por Osinergrmin respecto a la Encuesta Manpower⁴, habiéndose indicado lo siguiente:

⁴ Informe de Análisis de absolución de observaciones de SEAL de Mercados Energéticos Consultores (Observación 31 páginas 32-34)

“Se debe cumplir los TdR de manera de seleccionar el costo de personal más eficiente por lo que siguiendo el criterio regulatorio de la revisión anterior se toma el valor más económico entre el costo real (costo que permite actualmente a la empresa desarrollar sus actividades) y el costo de la encuesta presentada. Al respecto, se debe precisar que los valores propuestos en la encuesta presentada por la empresa no son representativos para SEAL debido a que: i) La encuesta considera únicamente la información de siete empresas; ii) Las empresas de la encuesta tienen sede corporativa u operan principalmente en regiones distintas a Arequipa; y iii) Únicamente tres de ellas corresponden a la actividad de distribución eléctrica:

- a. Enel Distribución del Perú (Distribuidora)
- b. Luz del Sur (Distribuidora)
- c. Hidrandina (Distribuidora)
- d. Osinergrmin
- e. Kallpa Generación (Generador)
- f. Red de Energía del Perú (Transmisor)
- g. Red Eléctrica Andina (Transmisor)

Por lo indicado, se consideró, en donde hubo información disponible, el costo real de la empresa ya que reflejaría el costo de mercado eficiente en que incurriría la empresa modelo para contar con la dotación de personal a efectos de la prestación del servicio de distribución eléctrica. Finalmente, se realizó un ajuste sobre algunos de los costos considerados en base a revisión de la información de costos reales, quedando los costos de esta manera...”

De lo expuesto, se aprecia que Osinergrmin sí emitió un análisis técnico sobre el tema; no obstante ello, corresponde al área técnica evaluar si requiere o no ampliar el sustento técnico respectivo.

Respecto a la solicitud de SEAL que en caso Osinergrmin decida no reconocer los salarios sustentados en la Encuesta Manpower, por el principio de imparcialidad, deba considerarse para SEAL al menos un salario similar al promedio de las remuneraciones que reconoce para las demás empresas del Grupo 2, cabe indicar que dicho principio se encuentra previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo IV.1.5 del TUO de la LPAG según los cuales existe un derecho de igualdad ante la ley por el que nadie puede ser discriminado y las autoridades deben actuar sin ningún tipo de discriminación entre los administrados. Todo ello se traduce en que a la misma razón se aplique el mismo derecho.

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

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

Corresponde al área técnica observar el principio de no discriminación o imparcialidad, de modo que ante situaciones sustancialmente similares y según fuentes disponibles dentro del mismo procedimiento, exista igualdad de trato y solo estará facultado de aplicar trato diferenciado si, conforme a las peculiaridades de SEAL y de las respectivas empresas del grupo 2 con las que SEAL solicita la comparación, no sean sustancialmente iguales.

4.3. Remuneraciones del personal de terceros: Encuesta del Ministerio de Trabajo a Nivel Nacional, Encuesta del Ministerio de Trabajo a nivel Arequipa; costos aprobados por la Cámara Peruana de la Construcción y Acta de Inspección de Trabajo.

a) Encuesta del Ministerio de Trabajo a Nivel nacional y Encuesta del Ministerio de Trabajo a nivel de Arequipa

Argumentos de SEAL



SEAL indica que Osinergrmin no ha motivado la utilización de los estudios MINTRA nacional pues considera que ha validado dicho uso y sin embargo, ahora de forma contradictoria, cuestiona la información utilizada para efectuar el estudio MINTRA Arequipa; sin considerar que el estudio MINTRA nacional solo agrega los estudios regionales. Agrega que tampoco resulta una justificación válida para no considerar el estudio MINTRA Arequipa que no se haya publicado encuestas respecto a todas las regiones porque lo cierto es que para el caso de Arequipa, esta encuesta si existe y está elaborada para el mismo periodo y de acuerdo a la misma metodología que el estudio del MINTRA nacional. Indica que la normativa del sector eléctrico establece que la fijación del VAD se realiza por empresa y dado que SEAL está en Arequipa Osinergrmin debe preferir utilizar MINTRA Arequipa para calcular el costo de hora hombre correspondiente a dicha empresa.

Señala SEAL que OSINERGMIN indica que en el estudio MINTRA Arequipa no se encontraría información de los técnicos electricistas en la categoría "Técnicos de Nivel Medio"; y que al respecto, la recurrente considera que la falta de datos para todas las categorías utilizadas en la regulación no ha sido impedimento para que OSINERGMIN utilice el estudio MINTRA nacional, respecto al cual tomo los datos que existían para crear los costos para la categorización utilizada en la regulación (Capataz, Operario, Oficial y Peón) y que en consecuencia este no sería un sustento valido para descartar la utilización de la encuesta MINTRA Arequipa. Indica además que OSINERGMIN se ha señalado respecto al estudio MINTRA AREQUIPA que se evidenciaría que dicha publicación habría considerado la información de una única empresa encuestada; OSINERGMIN llega a esta conclusión basándose en suposiciones sin probar que esto fue efectivamente así; pero aun cuando ello fuese correcto ello no descarta sus conclusiones, ni la metodología utilizada para su elaboración. Por lo que tampoco sería un motivo para descartarla.

Indica además SEAL que, sin perjuicio de lo señalado en MINTRA nacional y MINTRA Arequipa, en caso Osinergrmin decida no utilizar MINTRA Arequipa, debe reconocer los costos aprobados por la Cámara Peruana de la Construcción (en adelante "costos CAPECO").

Análisis legal

Respecto al uso de MINTRA Arequipa en lugar de MINTRA nacional, en el artículo 67 de la LCE se dispone que la evaluación de estudio de costos considera criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, es decir, la norma no dispone que se adopten los costos de cada región sino aquellos que podría alcanzar

quien opera en el Perú, los cuales pueden o no coincidir con los de la respectiva región en que se ubica la concesión⁵.

Corresponde al área técnica efectuar el análisis pertinente de los detalles técnicos en los que SEAL sustenta su pedido a efectos de determinar si procede o no asumir los Costos MINTRA Arequipa.

En cuanto a la afirmación de SEAL respecto a que en caso Osinergmin decida no utilizar MINTRA Arequipa, deba reconocer los costos CAPECO, a continuación, se resumen y analizan los argumentos de SEAL⁶, respecto a los cuestionamientos que efectúa dicha empresa por el hecho de no haberse utilizado los costos CAPECO en el proyecto de fijación del VAD y sus afirmaciones en cuanto a que supuestamente se habría vulnerado el principio de predictibilidad, así como los cuestionamientos que realiza sobre la validez de la Encuesta MINTRA y su posición sobre costos eficientes, régimen de construcción civil y costos CAPECO.

b) Sobre la aplicación del principio de predictibilidad

Argumentos de SEAL

SEAL manifiesta que en su oportunidad indicó que debían utilizarse los datos informados al SICODI los cuales se basan en los costos de hora hombre aprobados por CAPECO y que dichos costos son representativos del sector y habían sido aceptados consistentemente por el Osinergmin como información base para estructurar los costos de inversión en los procesos regulatorios anteriores.

Manifiesta haber opinado que no debe de imponerse la utilización de la Encuesta MINTRA, pues ello implicaría un cambio de criterio respecto de los procedimientos tarifarios precedentes que no tiene justificación alguna, vulnerándose el principio de predictibilidad. SEAL precisa que Osinergmin empleó los costos CAPECO para la fijación del VAD del año 2009 y 2013, así como para el proceso de costos de conexión del año 2015-2019, generando una expectativa razonable sobre la forma en que se llevaría a cabo el presente procedimiento de fijación tarifaria. Agrega que, por ello, acorde con el principio de predictibilidad presentó su información de costos de mano de obra sustentándose en la información publicada por CAPECO y considera que debería ser aceptada.

Precisa que en la fijación tarifaria del VAD efectuada en el año 2013 Osinergmin utilizó la información publicada por CAPECO y señaló expresamente en el Informe N° 430-2013-GART que *"dado que el conjunto de trabajadores de CAPECO involucra a toda actividad de construcción civil, Osinergmin ha adoptado por tomar los costos de mano de obra de dichos trabajadores como referencia de costos eficientes de una empresa modelo operando en el país para el establecimiento de costos de personal aplicables para la regulación tarifaria (de la misma empresa o servicios tercerizados), adaptándolos, cuando corresponda, a la actividad eléctrica; al tomar esta premisa, OSINERGMIN debe también reconocer las*

⁵ Es el caso, por ejemplo, de bienes que pueden tener un costo real en la región donde se encuentra en la empresa, que es mayor al costo que se obtendría por esos mismos bienes (puestos en la región donde se ubica y los necesita dicha empresa), trayéndolo desde otra región nacional o desde otro país, en cuyo caso.

⁶ Los cuales son similares a los que expuso en su absolución de observaciones y comentarios a la prepublicación de la resolución de fijación del VAD.

bonificaciones especiales previstas en convenios colectivos (...) solo en casos en que dichas bonificaciones resulten afines o aplicables al servicio eléctrico".

Cita también que en la fijación tarifaria del VAD efectuada en el año 2009, se señaló en el Informe N° 437-2009-GART que *"para efectos tarifarios debe tenerse presente los requisitos con que debe contar el personal a ser utilizado por el concesionario y el costo en el mercado (...) correspondiéndole al área técnica del OSINERGMIN efectuar dicha determinación, habiendo manifestado dicha área que los costos de CAPECO constituyen una fuente confiable disponible que cumple con los criterios de eficiencia previstos en las normas". Incluso en dicha fijación tarifaria OSINERGMIN admitió que los estudios del MINTRA no podían ser considerados como una fuente válida y fiable para determinar los costos de mano de obra en la fijación del VAD; pues señaló que "no necesariamente lo reportado por las empresas al Ministerio de Trabajo implique el cumplimiento de la legislación eléctrica y laboral y en caso de incumplimientos dichos costos no podrían ser considerados por el regulador como un costo eficiente. (...)".*

Análisis legal

Respecto a las citas de los Informes 430-2013-GART y 437-2009-GART, cabe indicar que a partir de ellas SEAL llega a la distorsionada conclusión que según el Informe 437-2009-GART "expresamente se indicó que la encuesta MINTRA no podía ser considerada por Osinergmin como una fuente válida y fiable para determinar los costos de mano de obra en la fijación del VAD". Sobre el particular negamos dicha afirmación resaltando que tanto en los informes legales citados correspondientes a las fijaciones del VAD de los años 2009 y 2013 como en el Informe legal 449 del Año 2018⁷, se partía de la premisa que las normas no han determinado cuál es la fuente específica a la que deba acudir para determinar los costos de mano de obra y 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.

Por ello, en el Informe Legal 437-2009-GART se efectúa la salvedad precisando que corresponde para efectos tarifarios considerar el costo en el mercado (aquel costo que resulta de la competencia, es decir del libre juego de la oferta y la demanda) para contar con el personal que reúna las características exigidas en las normas y que el determinar si el referido costo debe ser el de la planilla de pago de las empresas contratistas o *services* que trabajan para las empresas eléctricas, **o si dichos costos deben corresponder a los que publica CAPECO o cualquier otra alternativa diferente a las dos mencionadas, escapa a un análisis legal y corresponde efectuarlo al área técnica** respectiva. En ese sentido, cuando el citado Informe se refiere a la encuesta del Ministerio de Trabajo concluye que **no necesariamente** las remuneraciones que le son reportadas por las empresas pueden ser una fuente válida o fiable para la determinación de costos eficientes de mano de obra, en la medida que, los montos de dichas remuneraciones no aseguren el cumplimiento de la legislación eléctrica y laboral, lo cual es aplicable también a los costos de CAPECO o cualquier otra fuente de información. Por su parte en el Informe Legal 430-2013-GART, éste no estaba destinado a dilucidar si CAPECO era o no una fuente idónea, pues reiteramos que la elección de la fuente es un tema técnico, sino que respondía a la consulta del área técnica respecto a si debían aplicarse bonos y otros beneficios de construcción civil que

⁷ Que forma parte integrante de la Resolución Osinergmin N° 158-2018-OS/CD mediante la cual se aprobó el VAD 2018 – 2022.

involucraban dichos costos, concluyéndose que el área técnica debía hacer algunas adaptaciones en función a la naturaleza de la actividad eléctrica para que se respete el criterio de costos eficientes de modo que no se remunere por debajo ni por encima de lo que debe corresponder a esta actividad. Por ello, en el texto del Informe N° 430-2013-GART, al señalar expresamente que los costos de CAPECO son una referencia válida de costos eficientes adaptándolos cuando corresponda a la actividad eléctrica, se reconoce a los costos CAPECO como una de las fuentes válidas, pero no como la única, y se advierte que, para la determinación de los costos de mano de obra eficientes del sector eléctrico, no puede acogerse fuentes de información sin previo análisis técnico a fin de determinar en qué casos corresponde su uso.

Sin perjuicio de lo expuesto cabe agregar que las opiniones o pronunciamientos de Osinergmin respecto a la utilización de los costos CAPECO en otros procesos regulatorios, conforme al numeral 2.8 del Artículo V del TUO de la LPAG, 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.

En cualquier caso, si la utilización de fuente CAPECO hubiera sido un precedente vinculante o si por el principio de predictibilidad o confianza legítima ha determinado la expectativa que fuera utilizado en el proceso tarifario, las normas permiten apartarse de criterios anteriores cuando se cuenta con el debido sustento, tal como lo reconocen el numeral 1.15 del Artículo IV⁸ y el numeral 2 del Artículo VI⁹ del TUO de la LPAG.

Es decir, aún si Osinergmin hubiera procedido en sentido diferente a la regulación anterior, pero con el sustento debido, - pues el requisito de motivación es exigido para apartarse de proceder anteriores-, su actuar sería legalmente válido pues la propia ley establece que, si bien la administración debe actuar congruentemente con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, aquella se encuentra facultada a apartarse de los mismos siempre que explice, por escrito, las razones que la llevaron a ello. 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 en los que se dispone que las tarifas se deben determinar reconociendo costos de eficiencia y promoviendo la eficiencia del sector.

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*

⁸ Artículo IV.1.15 (segundo párrafo): Principio de predictibilidad o confianza legítima. - “...Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, **salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos**”.

⁹ Artículo VI.2: (parte sobre modificación de precedentes administrativos): Los **criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados** si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general...

fluctuantes necesidades del interés general; pero se le exige, a cambio, un esfuerzo de razonabilidad que debe plasmarse en la motivación del acto”¹⁰.

Por lo expuesto, es legal apartarse de criterios adoptados en proceso tarifarios anteriores, y tanto la encuesta del Ministerio de Trabajo como los costos CAPECO o una alternativa distinta, pueden ser fuentes válidas para la regulación del VAD, solo si cuentan con el debido sustento técnico que demuestre su idoneidad y ser la mejor fuente disponible, es decir la decisión debe ser motivada.

c) Sobre la validez de la Encuesta MINTRA

Argumentos de SEAL

SEAL señala que la utilización del estudio del MINTRA, en desmedro de los costos aprobados por CAPECO no resulta razonable ni tiene justificación técnica, dado que su utilización es metodológicamente incorrecta, pues dicho estudio no refleja los costos eficientes que una empresa en marcha del tamaño de SEAL debe afrontar por el costo de la hora hombre. Agrega que el estudio del MINTRA se encuentra sesgado a empresas pequeñas, establece promedios de distintas regiones muy dispares del país y no presenta los costos que debe pagar una empresa operando, sino las expectativas salariales que un empleador estaría dispuesto a pagar por una demanda marginal de trabajo. En este sentido, dicho estudio no tiene como objeto reflejar valores de mercado de salarios, sino solo obtener información con fines de proyección laboral a nivel nacional.

Indica que el estudio del MINTRA no cuenta con las categorías laborales que utiliza Osinergmin, por lo que no constituyen una fuente de información real y completa, pues para su utilización se tendría que extrapolar los datos del estudio, para completar las categorías que no existen en el mismo y que, en otras palabras, se tendría que crear información de costos. Señala que los costos aprobados por CAPECO son el resultado de negociaciones colectivas con la federación de trabajadores de construcción civil, por lo cual presentan información real respecto a los costos que debería asumir una empresa en marcha y por ello, constituyen información fiable, y son una fuente de información completa, pues todas las actividades vinculadas a la mano de obra que Osinergmin reconoce, se encuentran clasificadas en categorías en los costos aprobados por CAPECO, con su correspondiente remuneración.

Análisis legal

Sobre la validez de la información del Ministerio de Trabajo, cabe citar lo expuesto en las páginas 4 y 5 del Anexo 3 del Informe Técnico 377-2018-GRT que sustentó el proyecto de fijación del VNR (Resolución 133-2018-OS/CD) para la regulación del VAD del año 2018, en el que se explicaron las razones por las que se tomó como fuente dicha Encuesta. Allí se señaló lo siguiente:

“El reconocimiento de los costos de recursos (mano de obra, transporte y equipos) no puede estar determinado únicamente por los costos en los que efectivamente incurren la empresa concesionaria, dado que, estos no corresponden a los costos en los que incurrirían si enfrentase presión competitiva. Por ello, es necesario usar referentes que puedan representar dicho valor. En regulaciones anteriores, para el caso de la mano de obra, se usó los costos de hora hombre de

¹⁰ 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.

la revista CAPECO, en la medida que se consideraban los más representativos del costo eficiente. Sin que ello significase que se ignoraban las diferencias referidas a dichos costos correspondían a obras de construcción civil y no a obras de instalaciones eléctricas.

Para determinar el costo eficiente de los recursos, siempre se evaluó el uso de las encuestas elaboradas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Sin embargo, **en las regulaciones anteriores se advertía que éstas estaban desactualizadas y carecían de representatividad del sector por considerar únicamente a un grupo reducido de empresas de distribución eléctrica, como consecuencia de ello, se prefirió emplear como referente los Costos de la revista CAPECO.**

Para la presente regulación tarifaria, se ha verificado que el referido ministerio ha actualizado la información de su encuesta laboral (boletín “Demanda de Ocupaciones Nacional 2018 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo”, Anexo N° 1.3 Perú: Personal a Contratar y Remuneración Promedio Mensual, según grupo ocupacional y principales ocupaciones 2018) con información hasta el año 2016 **e incluyendo además a empresas concesionarias de distribución eléctrica y a las empresas terceras que les brindan servicios.** Por tal razón, teniendo en cuenta que los Costos de la revista CAPECO, en su calidad de referencias propuestas por la Cámara Peruana de la Construcción, reflejan únicamente los costos propios de la industria de la construcción civil (que incluso consideran bonos, beneficios y otros conceptos propios de dicho sector) se ha decidido tomar como referente la encuesta elaborada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en la medida que, conforme a lo señalada en el párrafo precedente, la información del boletín mencionado se elaboró en base a encuestas de las empresas por grupo ocupacional a nivel nacional, dentro de las cuales se encuentran las empresas de distribución eléctrica, convirtiéndose el boletín en una fuente de información que refleja la realidad de los costos de las empresas de distribución eléctrica, y por ende, es la más adecuada para la determinación de las hora hombre de actividades eléctricas”.

En ese sentido, como se explicó en el Informe Legal 381-2018-OS/CD con el que se sustentó la Resolución N° 134-2018-OS/CD mediante la cual se aprobó la publicación del proyecto de VAD del año 2018; de conformidad con el Artículo 67 de la LCE, Osinergmin está facultado a elaborar los Términos de Referencia que servirán para que las empresas concesionarias elaboren sus Estudios de Costos del VAD. Siendo así, mediante Resolución N° 225-2017-OS/CD, en ejercicio de dicha facultad, Osinergmin aprobó los Términos de Referencia para la elaboración de los Estudios de Costos del VAD. En el numeral 6.1.7.1 de dichos términos (“Optimización de los costos de operación y mantenimiento técnico”) se indica que los costos unitarios del personal propio (directos e indirectos) surgirán del análisis comparativo de los valores reales, con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado, adoptándose los valores que resulten más eficientes.

De acuerdo con el citado numeral de los Términos de Referencia, al mencionarse “otras referencias” y a que finalmente se adopten los valores “más eficientes”, se evidencia que el texto mismo de los Términos de Referencia no busca ser concluyente respecto a qué referencia se va a emplear para hacer la comparación, previendo como una posibilidad las encuestas de mercado, sin que ello signifique que cualquier encuesta sea la idónea para la regulación, pues los propios términos de referencia señalan que se adoptan los valores que resultan más eficientes, lo cual es coherente con lo dispuesto en los artículos 8 y 42 de la LCE. Estos criterios son también aplicables en actividades tercerizadas, habiendo encontrado el área técnica, antes de la publicación del proyecto de fijación del VAD, que la encuesta de salarios del Ministerio de Trabajo resultaba ser más representativa y con niveles de costos más eficientes para los costos de mano de obra de los contratistas. Ante ello, SEAL presentó argumentos técnicos que cuestionaban la idoneidad de dicha fuente y que debían ser técnicamente analizados por Osinergmin, de modo que estuviera debidamente sustentada la fuente utilizada para la regulación, toda vez que conforme al Artículo IV.1.2 y Artículo 3 numeral 4) del TUO de la LPAG, obtener una decisión motivada es un derecho de los administrados y a la vez un requisito de validez del acto administrativo, procediendo, con ocasión a la publicación de la resolución que aprueba el proyecto de VAD,

que se ampliara en el análisis técnico el sustento debido respecto a la encuesta MINTRA y al hecho de no haber utilizado como fuente idónea la información de costos presentada por la empresa, lo cual, como indicamos más adelante, se concretó en el Anexo 1 del Informe Técnico 330-2019-GRT que sustentó la Resolución 124.

Sin perjuicio de ello, respecto a la falta de idoneidad de la encuesta MINTRA, debido a que su objetivo no tendría la finalidad de reflejar valores de mercado, sino obtener información sobre proyección laboral; cabe señalar de acuerdo con el Oficio N° 1243-2018-MTPE/3/17, que 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.

La actividad de distribución eléctrica se brinda en condiciones de monopolio natural, por ello, Osinergrmin debe de determinar el costo del servicio eficiente a fin de establecer una tarifa que también lo sea. Para llevar a cabo dicha labor, es necesario tener en cuenta que la función de Osinergrmin como organismo regulador es la de fijar dichos costos tratando de arribar a aquellos que se fijarían libremente si existiese un mercado competitivo de distribución eléctrica. El hecho de que la encuesta MINTRA no corresponda a costos efectivamente pagados por las empresas (planilla de salarios), sean éstas de distribución eléctrica o similares, no la convierte en una fuente de datos que no sea idónea como señala SEAL, sino que, en el mismo sentido a lo establecido en el numeral 6.1.7.1 de los Términos de Referencia, respecto de los costos de operación y mantenimiento, se reconoce que la empresa real solo es un punto de partida o de referencia, y que los costos unitarios de personal, directos o indirectos, deben de surgir del análisis comparativo de los valores reales con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado, 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.

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

Respecto a la validez de la encuesta MINTRA y la no utilización de los costos CAPECO, En el Anexo 1 del Informe Técnico 503¹¹ que sustenta la resolución 168, el área técnica ha señalado lo siguiente:

“De acuerdo a lo señalado en el artículo 64° de la Ley de Concesiones Eléctricas, establece que el Valor Agregado de Distribución se basa en una empresa modelo eficiente y considera, entre otros, costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución. De este modo, ante la ausencia de información de costos proporcionados por las empresas concesionarias de distribución eléctrica, el regulador debe considerar una referencia de información estándar aplicable a cada una de las empresas materia del presente proceso regulatorio. Es por ello, que se consideran los resultados de la encuesta de demanda ocupacional a nivel nacional.

Por otro lado, se precisa que la publicación EDO 2019 a Nivel Nacional considera un universo mayor de información respecto a las encuestas regionales, incorporando incluso la información de las regiones publicadas. Por otro lado, se puede verificar que no se han publicado resultados para todas las regiones del país. Además, en algunos casos, la información considerada en las

¹¹ Páginas 5 al 7

publicaciones regionales consideró información escasa tal y como se puede observar en el caso de la EDO 2019 en Arequipa.

En los resultados publicados de la EDO 2019 en Arequipa se observa que la remuneración promedio para los “Técnicos en electricidad, electrónica y telecomunicaciones” considera información únicamente de “Profesionales Técnicos”, no encontrándose información de ellos en la categoría “Técnicos de Nivel Medio”. Se observa en la mencionada publicación que se consideraron 13 trabajadores y una remuneración promedio mensual de S/ 4 429.

Asimismo, en el Anexo 1.3 publicado se observa que el valor de la remuneración mínima, promedio y máxima para los “Técnicos en electricidad, electrónica y telecomunicaciones” es igual en todos los casos en S/ 4 429, lo que evidenciaría que dicha publicación habría considerado la información de una única empresa encuestada.

Por lo señalado, a falta de información de costos de mano de obra proporcionada por las empresas de distribución eléctrica, la EDO 2019 a Nivel Nacional representa un referente de estándar de costos a fin de determinar el costo de mano de obra de actividades tercerizadas”.

Finalmente, cabe concluir que jurídicamente para la determinación de los costos de mano de obra eficientes no se ha establecido en una norma que se tomen necesariamente los costos reales de la empresa o los costos propuestos por CAPECO o los costos MINTRA, sino que, Osinergrmin debe evaluar dichas fuentes de información, así como otras que pueda obtener y que resulten idóneas, a fin de determinar los valores que representen dichos costos, correspondiéndole al área técnica realizar el análisis técnico respectivo, el cual efectuó en el citado Anexo 1 del Informe Técnico 503 y que de ser necesario puede ampliar con ocasión de la resolución del recurso de reconsideración interpuesto por SEAL.

En consecuencia, corresponde al área técnica analizar los argumentos técnicos expuestos por SEAL que cuestionan el uso de la encuesta MINTRA nacional y la no utilización de los costos CAPECO, y según el caso, reafirmar, adecuar o ampliar su análisis expuesto en el Anexo 1, a que se refiere el párrafo anterior.

d) Costos eficientes, régimen de construcción civil, costos CAPECO en empresa estatal de FONAFE y acta de inspección de trabajo

Argumentos de SEAL

SEAL señala que el uso de los costos incluidos en el estudio del MINTRA nacional no refleja las características de su empresa, como empresa estatal del FONAFE, por lo que su utilización contravendría el nuevo marco regulatorio establecido por la modificación de los Artículos 66 y 67 de la LCE, que tiene como finalidad que el VAD refleje de forma más precisa y específicamente los costos eficientes de cada concesionario. Indica la mencionada empresa que tal como lo ha reconocido expresamente Osinergrmin, el Ministerio de Trabajo (MINTRA) es la entidad rectora de la administración pública del trabajo y que esa entidad es la que determinaría con mayor exactitud cuál es la categoría de trabajo a la que pertenecerían los técnicos electricistas. Menciona que el MINTRA se ha pronunciado expresamente indicando que dichos técnicos forman parte de construcción civil y que por ello les corresponde el pago reconocido por los costos CAPECO.

Agrega SEAL que han tomado conocimiento que, en la orden de inspección 570-2017 del MINTRA, de fecha 20 de setiembre del 2017, dicha entidad ha indicado expresamente que la actividad de mantenimiento (reparación, ampliación y reformas) de redes eléctricas está considerada en la división 45 – construcción – de la clasificación CIU de las Naciones Unidas, actividad que se encuentra regulada por el Decreto Legislativo 727, Ley de Fomento

a la Inversión Privada, y por lo tanto a dichos trabajadores les corresponde estar bajo el régimen de construcción civil en las categorías de peón, oficial y operario y no como contrato laboral del régimen general del Decreto Legislativo 728. Señala que el Artículo 67 de la LCE establece que Osinerghmin debe realizar la evaluación de costos considerando la gestión de un concesionario operando en el país, considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas laborales; y que en este sentido la ley ha reconocido que el proceso de adaptación de la empresa modelo, no puede ignorar un sistema normativo que es de obligatorio cumplimiento para las empresas, por lo que, se deben reconocer los costos del cumplimiento de las obligaciones legales que afronta SEAL. Considera debe tomarse en cuenta que el MINTRA ha señalado expresamente que a los técnicos electricistas les corresponde estar bajo el régimen de construcción civil y que las normas exigen que se les pague los precios aprobados por CAPECO; y que en ese sentido se le debe reconocer a SEAL dichos costos como los costos de mano de obra.

Concluye SEAL que, si Osinerghmin utiliza la Encuesta MINTRA Arequipa para la determinación del costo de la hora hombre, para el cargo fijo, el VNR de la empresa modelo y las actividades de operación y mantenimiento, deberá considerar los costos aprobados por CAPECO, los cuales son representativos de los costos eficientes que afrontaría SEAL.

Análisis legal

Tal como manifiesta SEAL, las modificaciones efectuadas al marco regulatorio, en específico a los Artículos 66 y 67 de la LCE, tienen como finalidad que el VAD refleje de forma más precisa y específicamente, los costos eficientes de cada concesionario; sin embargo, ello de modo alguno significa que para la determinación de los costos de mano de obra eficientes corresponda que se tomen necesariamente los costos reales de la empresa o los costos CAPECO que pudiera estar pagando SEAL derivado de sus contratos por el solo hecho de ser una empresa estatal del FONAFE o lo que pudiera estar pagando su contratista, sino que por las razones indicadas en el análisis legal contenido en el literal c) precedente, **se deben adoptar los valores que resultan más eficientes, lo cual es coherente con lo dispuesto en los Artículos 8 y 42 de la LCE**, dado que, la finalidad de la regulación, entre otros, es generar los incentivos necesarios para que las empresas que desarrollan sus actividades en condiciones de monopolio natural minimicen sus costos, lo cual no se conseguiría si se reconociese sin ningún análisis previo los costos efectivamente incurridos por dichas empresas o por una contratista a su trabajador, dado que además, el objeto social de dicha contratista puede requerir de personal que desarrolle no solo actividades vinculadas al servicio público de distribución de electricidad.

Respecto a los efectos que puede tener la orden de inspección 570-2017 y su acta anexa, de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción de Empleo de la Región Tacna; se trata de un acto de fiscalización de un inspector de trabajo, sobre situaciones y realidad concreta de la empresa inspeccionada, que no involucra un mandato o informe vinculante que genere una obligación para cualquier autoridad administrativa de considerar como trabajador de construcción civil a cualquier trabajador que realice actividades de mantenimiento de redes eléctricas.

Además, dicha medida inspectiva, conforme al artículo 20 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 019-2006-TR, no es susceptible de impugnación, de acuerdo al artículo 217.2 del vigente TUO de la LPAG¹², en tanto no

¹² Citado en el Decreto Supremo 019-2016-TR como "artículo 206.2 de la Ley N° 27444", que en el TUO de la LPAG es el artículo 217.2.

configura un acto definitivo que pone fin a la instancia, sin perjuicio del derecho de defensa que tienen los interesados en el seno de un proceso sancionador.

Por lo expuesto, una medida inspectiva además de no agotar la vía administrativa ni analizar en detalle los alcances de dispositivos y el Código CIU 45, no tiene fuerza vinculante, ni genera efectos regulatorios, por lo que es válido que el contenido de la orden de inspección y el acta de requerimiento anexa a ella, no se hayan utilizado como fuente para el costo de mano de obra en la aprobación del VAD, más aún cuando según lo expuesto en el Anexo 1 del Informe Técnico 503¹³ el código CIU 45, no corresponde a la actividad eléctrica alegada.

Respecto al tema de MINTRA Arequipa y CAPECO, reiteramos que ese análisis corresponde efectuarlo al área técnica, para determinar finalmente si este extremo del petitorio resulta fundado, infundado o fundado en parte.

4.4. Participación de los Trabajadores en las Utilidades de la empresa (PTU).

SEAL solicita incorporar como parte del salario de los trabajadores la PTU, indicando que la PTU debe ser parte de los costos operativos laborales a considerar para la fijación del VAD por el periodo 2019-2023.

Los Argumentos de SEAL en el tema de la PTU, son en esencia los mismos que expuso en sus sugerencias y comentarios al proyecto de la fijación del VAD, por lo que cabe reiterar a continuación, los conceptos y análisis expuestos en el Informe legal que sustentó la Resolución 168.

- a) **Demanda judicial de amparo relacionada con los alcances de los Términos de Referencia sobre PTU: SEAL solicita incluir la PTU como parte de la remuneración de los trabajadores en tanto no se resuelva su demanda judicial**

Argumentos de SEAL

SEAL señala que la PTU debe ser incluida como parte del salario de los trabajadores, mientras no se resuelva la demanda judicial de Amparo que, respecto a este tema, ha interpuesto contra Osinergmin. Indica que actualmente dicha demanda judicial está en trámite, para que se admita la inclusión del costo de la PTU como parte de los costos operativos laborales a considerar en el Estudio de Costos presentado en el marco del procedimiento de fijación tarifaria del VAD por el periodo 2019-2023; y, se evalúe, con sujeción al marco legal aplicable, los costos por concepto de PTU incluidos por SEAL en su Estudio de Costos. En este sentido, SEAL considera que no puede excluirse dicho concepto de la fijación del VAD.

Análisis legal

De conformidad con el artículo 67 de la LCE, los componentes del VAD se calculan, mediante estudios de costos presentados por los concesionarios de distribución, de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por OSINERGMIN. La norma señala además que 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

¹³ Páginas 12 y 13

desde su publicación, acompañándose la matriz de comentarios recibidos y la evaluación de cada uno de los mismos.

Osinergmin, en cumplimiento del citado artículo 67 de la LCE, mediante Resolución 168-2017-OS/CD, publicó el proyecto de Términos de Referencia, otorgando un plazo de 45 días hábiles para los comentarios y sugerencias que los interesados consideraran pertinente sobre el proyecto. Respecto a la PTU el proyecto señalaba que las remuneraciones a utilizar serán totales, y no incluirán los eventuales ingresos por repartos de utilidades a los trabajadores. SEAL formuló sus comentarios sobre 11 temas, ninguno de los cuales estuvo referido al tema de la PTU. Los Términos de Referencia se aprobaron mediante Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD la cual se sustentó en el Informe legal 580-2017-GRT y el Informe Técnico 578-2017-GRT (en el tema PTU se mantuvo la misma redacción que el proyecto). Dichos informes reiteraban la posición expuesta en detalle por Osinergmin desde la regulación del VAD del año 2013. SEAL no interpuso recurso impugnatorio contra los Términos de Referencia.

No obstante lo indicado, a inicios del presente año, SEAL ha interpuesto Acción de Amparo ante el Poder Judicial a efectos que Osinergmin incluya la PTU como parte de los costos operativos laborales a considerar en los Estudios de Costos del VAD y que evalúe los costos por concepto de PTU que hayan sido considerados por la empresa en su Estudio de Costos. El referido proceso judicial se encuentra trámite, siendo pertinente señalar que además de la demanda, SEAL solicitó judicialmente una medida cautelar para que se suspenda el procedimiento VAD 2019-2023, se le permita cuantificar y sustentar la PTU y se ordene a Osinergmin incluir la PTU en el cálculo del VAD. Dicha medida cautelar, ha sido declarada infundada por Resolución de fecha 12 de marzo del 2019 del Juzgado Constitucional de Arequipa.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se concluye que a la fecha se cuenta con unos Términos de Referencia para la elaboración de Estudios de Costos del VAD, aprobados por la Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD, aplicables al presente proceso de fijación del VAD, en cuyo numeral 6.1.7.1, penúltimo párrafo, conforme al marco legal aplicable, se dispone que las remuneraciones a utilizar serán totales, y no incluirán los eventuales ingresos por PTU. Dicha disposición, conforme al artículo 204 del TUO de la LPAG, es de cumplimiento obligatorio y su cuestionamiento en vía judicial por parte de SEAL no implica la suspensión de dicho mandato, toda vez que además de ser una disposición que cumple con el marco legal aplicable y que en vía administrativa ya ha sido ampliamente analizada, no existe resolución judicial expresa que disponga su inaplicación o suspensión.

Por lo expuesto, somos de la opinión que no debe aceptarse la solicitud de SEAL de que se evalúen los costos por concepto de PTU que ha incluido en su Estudio de Costos ni que se incluya la PTU como parte de la remuneración de los trabajadores en tanto no se resuelva su demanda judicial.

b) Los Términos de Referencia y el debido procedimiento en el tema PTU

Argumentos de SEAL

SEAL manifiesta que, resulta una violación a sus derechos constitucionales, que no se le permita discutir dentro del proceso de fijación tarifaria, los costos por la PTU que deben ser considerados como parte de los costos eficientes a reconocer a SEAL. Indica

que Osinergrmin conforme al marco legal vigente, debe evaluar y valorizar motivadamente, el costo correspondiente a la PTU.

La empresa indica que Osinergrmin ha excluido los costos por la PTU del proceso de fijación tarifaria, mediante los Términos de Referencia; sin permitir que fueran evaluados, en la etapa de evaluación de Estudios de Costos, lo cual considera que resulta ilegal, toda vez que, del segundo párrafo del artículo 67° de la LCE, se desprende que la incorporación o no de determinado concepto como costo retribuido por la tarifa debía efectuarse al momento de evaluar los estudios de costos; y, que además, al entender de SEAL, resulta también inconstitucional, dado que impide a SEAL acceder a un procedimiento de acuerdo a lo establecido en la Ley, lo que violenta el principio de debido procedimiento; y además le impide obtener una respuesta conforme al ordenamiento jurídico que reconozca dichos costos. Indica la empresa que Osinergrmin, adelantando opinión y sin valorar el Estudio de Costos de SEAL, ha excluido de los Términos de Referencia un costo laboral sobre la base de argumentos que sólo pueden ser discutidos en la etapa de evaluación de los Estudios de Costos y rechazó de plano toda inclusión de estos costos, puesto que los mismos no fueron reconocidos en los Términos de Referencia, lo que a su entender, causa un evidente estado de indefensión a SEAL pues considera que le impide demostrar la pertinencia y necesidad de que se le reconozca el costo incurrido por concepto de la PTU, al guardar relación directa con los costos de operación de la actividad regulada. SEAL considera que el momento de discutir la pertinencia de incluir un concepto en el Estudio de Costos es en la evaluación del estudio, y que por ello explicó su oposición en dicha etapa; y que en la etapa de aprobación de términos de referencia Osinergrmin no estaba habilitado para excluir de plano ningún costo por lo que el regulador no puede ampararse ahora en el hecho de que SEAL no impugnó dichos Términos de Referencia, para no realizar una evaluación en la etapa que corresponde (evaluación de costos) de la inclusión de la PTU en los salarios de los trabajadores.

Análisis legal

Es evidente que en materia de PTU, el tema cuestionado por SEAL y que en su oportunidad cuestionaron otras empresas, ha sido en esencia, si debe ser un concepto materia de retribución como parte de la remuneración de los trabajadores en la fijación del VAD y no cuál es el monto que debería reconocerse o cómo debería calcularse dicho monto, pues esto último solo se discutiría en tanto la PTU sea un concepto reconocido con efecto regulatorio como parte de las indicadas remuneraciones, lo cual no es un criterio a considerar dado el marco legal aplicable que determinó precisamente plasmar la respectiva exclusión de la PTU en los Términos de Referencia, dentro de la competencia que tenía Osinergrmin de aprobar dichos Términos.

Las empresas presentaron sus objeciones desde sus comentarios al proyecto de Términos de Referencia y una vez aprobados éstos, las que no estuvieron conformes lo impugnaron habiendo sido dichos recursos detalladamente analizados y resueltos por Osinergrmin con la respectiva base legal e interpretación normativa¹⁴; sin embargo, SEAL como ya se explicó en el análisis legal contenido en el literal a) que antecede, no

¹⁴ Mediante las Resoluciones 010, 011, 012 y 013-2018-OS/CD se resolvieron los recursos de reconsideración interpuestos por Luz del Sur S.A.A., ENEL, Electro Dunas y el grupo Distriluz, respectivamente, contra la Resolución 225-2017-OS/CD que aprobó los Términos de Referencia.

manifestó desacuerdo alguno en la vía administrativa, no ejerció en aquella oportunidad sus derechos constitucionales para cuestionar la decisión de Osinerghmin de excluir a la PTU del Estudio de Costos. No puede considerarse una violación a su derecho constitucional el que ahora no se analice los montos por concepto de PTU que a su entender deben ser considerados como costos eficientes a reconocer a SEAL por cuanto, Osinerghmin tal como lo sustentó en la aprobación de los Términos de Referencia, considera a la PTU excluida del Estudio de Costos, dado que por el marco legal aplicable no corresponde que la PTU sea reconocida como un costo de operación y mantenimiento que forma parte del VAD por lo que no tiene sentido hablar de una posterior evaluación de un costo (que sin importar la cifra numérica de PTU) no corresponde reconocer. En consecuencia, no es exacta la afirmación de SEAL respecto a que en la fijación tarifaria recién es el momento de evaluar el tema.

No se ha violado ningún derecho constitucional de SEAL. En la oportunidad en que se aprobaron los Términos de Referencia, reiteramos que se siguió un detallado procedimiento administrativo que contó con una publicación de proyecto dispuesta por la Resolución 168-2017-OS/CD, con la que se otorgó 45 días hábiles para recibir comentarios y sugerencias, que fueron debidamente analizados. Luego se aprobó dichos Términos de Referencia, mediante la Resolución 225-2017-OS/CD y las empresas que estuvieron en desacuerdo con algunos extremos de dichos Términos de Referencia, tenían la facultad de impugnarlos mediante recursos de reconsideración, y así lo hicieron y estos fueron ampliamente analizados y resueltos por Osinerghmin.

El tema de la **PTU fue cuestionado por diversas empresas desde la etapa de publicación del proyecto de Términos de Referencia y en la vía administrativa ejercieron su derecho de participación y defensa en todo momento**, tanto en los comentarios al proyecto como en la presentación de recursos impugnatorios contra los Términos de Referencia; sin embargo, **SEAL en ningún momento expresó su disconformidad con dicho tema**, y resulta inexplicable que dos años después de aprobados los Términos de Referencia, cuestione un aspecto (la PTU) que a su entender no debía contener dichos Términos y alegue una supuesta falta de respeto por parte de la autoridad a su derecho al debido procedimiento, cuando su derecho lo tuvo expedito en el procedimiento de aprobación de los Términos de Referencia, pero no lo ejerció dentro de los plazos legales y ahora señala que el momento para discutir dicho tema es durante el presente proceso de fijación tarifaria y que es ilegal que Osinerghmin no permita evaluar la PTU en la etapa de evaluación de Estudio de Costos; es decir, lo que pretende SEAL es que en esencia se retire de los Términos de Referencia aprobados en el año 2017, la disposición referida a que las remuneraciones sean totales y no incluyan PTU y que con ocasión de evaluar los Estudios de Costos se vuelva discutir dicho tema, tan ampliamente desarrollado en la oportunidad en que se aprobaron dichos Términos, pese a que SEAL no lo discutió en esa oportunidad ni en ningún proceso anterior de fijación del VAD. Esta pretensión de SEAL resulta inviable, por cuanto los Términos de Referencia aprobados por Resolución 225-2017-OS/CD son de obligatorio cumplimiento y fueron debidamente sustentados en el tema de PTU.

Además, resultaba pertinente que en los Términos de Referencia se excluyera dicho concepto del Estudio de Costos, dado que, entre otras razones que se explican más adelante como reiteración de lo que Osinerghmin viene señalando desde hace años, la PTU es un resultado económico y no un concepto inherente a la prestación del servicio por lo que no podía ser incluido como un costo de operación y mantenimiento en el cálculo del VAD, además que la obligación del pago de utilidades es una obligación que

la Constitución Política del Perú le impone a las empresas que las obtienen y no a los usuarios de los servicios que prestan dichas empresas y que finalmente es un concepto implícito en la tasa de actualización.

En cuanto a los alcances del segundo párrafo del artículo 67 de la LCE, no es exacto lo señalado por SEAL respecto a la PTU en el sentido que fuera un tema que debía decidirse solo al evaluar los Estudios de Costos, pues era un tema que resultaba de la aplicación e interpretación del marco legal y que dentro de las atribuciones de Osinerghmin establecidas en el primer párrafo del artículo 67 de la LCE sí procedía precisarse. En efecto, entre las modificaciones a la LCE establecidas mediante el Decreto Legislativo 1221, estaba la del artículo 67, en cuyo primer párrafo se señala que Osinerghmin elabora los Términos de Referencia estandarizados para que los concesionarios presenten sus Estudios de Costos luego de un procedimiento de aprobación de términos que involucra la participación de los interesados con sus comentarios y sugerencias hasta por 45 días hábiles y exige que el regulador al aprobarlos acompañe una matriz de comentarios y el análisis de los mismos, razón por la cual Osinerghmin considerando los antecedentes en materia de PTU de la regulación del año 2013 y a efectos de evitar distorsiones en la propuesta tarifaria (estudio de costos), haciendo uso de dichos atribuciones, siguiendo el proceso establecido en el artículo 67 y con el respectivo sustento contenido en los Informes Técnico y Legal que formaron parte integrante de la Resolución 225-2017-OS/CD, aprobó los Términos de Referencia disponiendo en su numeral 6.1.7.1 que las remuneraciones a utilizar en el estudio de costos serán totales, y no incluirán los eventuales ingresos por PTU.

Por lo expuesto se ha respetado el debido procedimiento y no se han violado los derechos de SEAL.

c) Principio de seguridad jurídica en el tema PTU

Argumentos de SEAL

SEAL manifiesta que la exclusión de los costos por PTU infringe el principio constitucional de seguridad jurídica, porque realiza una diferenciación entre conceptos laborales que el ordenamiento peruano no hace; y que el propio Osinerghmin tampoco hacía en los procesos regulatorios anteriores. Señala la empresa que, en efecto, hasta el año 2013, Osinerghmin reconoció la PTU como parte de los costos a retribuir mediante el VAD y que no obstante, yendo contra sus propios actos, ahora pretende excluirlos, lo que a todas luces resulta una decisión arbitraria y contraria a la seguridad jurídica. De esta forma, al diferenciar donde la ley no hace diferencia, estableciendo para la PTU un régimen distinto que el aplicable a los demás costos laborales, y contradiciendo sus propios actos, Osinerghmin anula la expectativa razonable de SEAL de que la actuación de la administración pública se hará con observancia de lo dispuesto por el marco normativo vigente y violenta el principio de predictibilidad que proscribe la arbitrariedad en las actuaciones del Estado.

Análisis legal

A continuación, se citan los antecedentes del tema de tratamiento tarifario de la PTU de donde se evidencia que Osinerghmin no va contra sus propios actos, no ha infringido el principio de predictibilidad ni ha adoptado decisiones arbitrarias.

Como antecedentes del tratamiento regulatorio que Osinergmin le ha venido dando a la PTU, cabe indicar que ya en el año 1997, la Comisión de Tarifas Eléctricas (hoy Osinergmin)¹⁵, mediante Resolución N° 023-97-P/CTE, publicada el 15/10/1997, fijó el VAD sin incluir la PTU. Esta resolución, que también le era aplicable a SEAL, en el tema de PTU fue impugnada solo por la empresa Luz del Sur, indicando que la PTU tenía el carácter de remuneración al ser considerada como un gasto necesario para obtener la renta de las empresas. Mediante Resolución N° 027-97-P/CTE, publicada el 31/10/1997, se declaró infundado dicho extremo del recurso, precisándose que no todos los costos de un concesionario operando en el país son considerados en la determinación del VAD, sino solo los mencionados en el artículo 64 de la LCE, lo cual no incluye una serie de otros costos que inciden en la actividad empresarial, tales como la depreciación, los costos financieros, los impuestos sobre la renta y otros. Se indicó que la PTU solo puede incluirse en el cómputo del VAD si ésta fuera parte de alguno de los componentes mencionados en el artículo 64 de la LCE y que la PTU no formaba parte de ninguno de ellos. Esta Resolución N° 027-97-P/CTE agotó la vía administrativa y no fue impugnada judicialmente ni cuestionada en otra vía por ninguna empresa concesionaria.

En el año 2001, mediante Resolución N° 2120-2001-OS/CD, publicada el 16/10/2001, el VAD se fijó sin incluir la PTU. Este aspecto no fue impugnado por ninguna empresa.

Respecto a la Fijación del VAD para los periodos 2005-2009 y 2009-2013; cabe indicar que en esas regulaciones no fue materia de análisis o pronunciamiento expreso si como resultado de la aplicación e interpretación de la legislación eléctrica, la PTU, debía o no reconocerse como gastos de personal en los costos de operación y mantenimiento de la empresa modelo, al punto que en esas mismas fijaciones tarifarias hubieron sectores típicos en los que las mencionadas utilidades no formaron parte del VAD.

En el año 2013 es cuando se cuestiona y aborda con profundidad el tema de la PTU y se analiza al detalle dicho rubro. El 16/10/2013, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Resolución 203-2013-OS/CD mediante la cual, entre otros, se fijó el VAD para el periodo del 01 de noviembre del 2013 al 31 de octubre del 2017, actualmente prorrogado, en el caso de SEAL hasta el 31 de octubre del 2019. La Resolución 203-2013-OS/CD excluyó el costo por PTU de la Tarifa VAD 2013-2017, por los fundamentos que se explicaron en los Informes Técnico y Legal que formaron parte integrante de dicha resolución, es decir los Informes 430 y 432-2013-GART, respectivamente. Osinergmin se basó fundamentalmente en los argumentos que a continuación se indican. Osinergmin ha cumplido con utilizar los criterios de empresa modelo eficiente para determinar los costos a incluir como operación y mantenimiento en la fijación del VAD, toda vez que desde el punto de vista jurídico no se incluye cualquier costo sino solo aquellos que conforme al Artículo 8 de la LCE, respeten el concepto que las tarifas se fijan "reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V" de la misma ley. De los Artículos 64 y 70 de dicho Título V, complementados por el

¹⁵ El 17 de mayo de 1999, se publicó la Ley N° 27116, cambiando el nombre de Comisión de Tarifas Eléctricas por el de Comisión de Tarifas de Energía, al haberle otorgado a esta entidad, nuevas facultades reguladoras, sumándole a la fijación de tarifas de energía eléctrica, la fijación de tarifas de hidrocarburos líquidos por ductos, de transporte y distribución de gas natural por ductos. El 29 de julio de 2000, se publicó la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, estableciéndose en su Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final que a más tardar el 31 de diciembre del año 2000 la Comisión de Tarifas de Energía (CTE) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) se integrarán como un solo organismo Regulador. La denominación del Organismo Regulador será OSINERG. Posteriormente, mediante la Ley 28964, publicada el 24 de enero del 2007, al agregársele funciones vinculadas a la minería el organismo pasó a denominarse Osinergmin.

Artículo 150 del RLCE, se infiere que la PTU no es un costo de operación y mantenimiento al no tener relación de causalidad directa con el servicio, toda vez que no forma parte del proceso productivo de la empresa, no es un elemento necesario para prestar el servicio, y no basta con que sea un desembolso ineludible, pues en el mismo sentido que la PTU tampoco son costos el impuesto a la renta que paga la empresa eléctrica ni las utilidades que gana el accionista. Además, el Artículo 79 de la LCE, que también pertenece al Título V que rige la fijación de tarifas, contiene la tasa de descuento, que contiene implícita la PTU. Osinergmin indicó que, respecto a la predictibilidad, tampoco existe vicio de nulidad dado que, toda autoridad administrativa e incluso las autoridades judiciales, tiene la facultad de apartarse de lo decidido en oportunidades anteriores, modificar un precedente o cambiar una interpretación.

Osinergmin indicó que la PTU venía siendo reconocida a través del Costo de Capital o Tasa de Actualización de 12% previsto en el artículo 79 de la LCE; y que, por lo tanto, incorporar la PTU como un costo de operación y mantenimiento, a la vez que significaba una redundancia en el reconocimiento de costos, impactaría también en la viabilidad de la aplicación del criterio de Empresa Modelo. Otras razones económicas financieras incluidas en el Anexo 1 del Informe Técnico 432-2013-GART sustentatorio de la Resolución 203-2013-OS/CD, respaldaban dicha posición.

La exclusión del costo de la PTU en la Tarifa VAD 2013-2017, viene siendo impugnado a través de acciones contencioso administrativas, promovidas por las empresas Luz del Sur, ENEL (antes Edelnor) y Edecañete (ahora Luz del Sur). Todos esos procesos se encuentran en trámite. SEAL no interpuso acción judicial contra dicha fijación del VAD en que no se incluyó la PTU.

En cuanto a los Términos de Referencia para la Fijación del VAD correspondiente a los periodos 2018- 2022 y 2019-2023 (El presente proceso regulatorio), reiteramos que SEAL no efectuó comentarios al proyecto ni impugnó la Resolución que los aprobó. En efecto, mediante Resolución 225-2017, publicada el 30/11/2017, Osinergmin aprobó los Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del VAD correspondiente a los periodos de Fijación de Tarifas 2018- 2022 y 2019-2023. En el tema de la PTU, en los informes que sustentaron la mencionada resolución y que formaban parte integrante de la misma, se indicó que, por los mismos fundamentos expuestos en los Informes N° 430-2013-GART y N° 432-2013-GART, que sustentan la Resolución Osinergmin N° 203-2013-OS/CD de la fijación del VAD del año 2013, publicados en la página web de Osinergmin, así como los informes que resolvieron los recursos de reconsideración contra la referida Resolución 203-2013, se concluía que la PTU no es un costo que debe ser considerado en el costo de operación y mantenimiento del VAD dado que, no guarda relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución eléctrica, forma parte de la Tasa de Actualización que se reconoce según lo previsto en el artículo 79 de la LCE, no encontrándose en discusión su naturaleza de derecho laboral o resultando irrelevante determinar sus matices contables o cualquier otro matiz ajeno a los conceptos regulatorios, por lo que el hecho que el artículo 67 de la LCE exija el cumplimiento del ordenamiento jurídico general y, entre otras, el de las normas laborales, no implica que haya dispuesto que las PTU sean un costo de operación y mantenimiento que forma parte del VAD ni que tenga el doble reconocimiento tarifario (en la rentabilidad de la inversión materializada a través de la Tasa de Actualización y en los costos de operación y mantenimiento).

Lo antes señalado, evidencia que no solamente no se ha vulnerado la seguridad jurídica ni el debido procedimiento, sino que tanto SEAL como las demás concesionarias de distribución eléctrica, conocen con certeza los fundamentos de fondo que respaldan el criterio adoptado por el Osinergmin al excluir a la PTU de los costos a considerar para la fijación del VAD. Todas las empresas concesionarias, conocen perfectamente los fundamentos que sustentan el criterio que se sigue desde regulaciones anteriores, y de manera especial, el criterio que observó el Osinergmin en la regulación del VAD 2013-2017 en el sentido de excluir la PTU, así como en la regulación del VAD 2018-2022.

Respecto a que Osinergmin supuestamente infringe el principio constitucional de seguridad jurídica, porque realiza una diferenciación entre conceptos laborales que el ordenamiento peruano no hace y que está diferenciando donde la ley no hace diferencia, estableciendo para la PTU un régimen distinto que el aplicable a los demás costos laborales, cabe indicar que ello no es exacto, tal como se explica a continuación.

En efecto, la no inclusión de la PTU en los cálculos del VAD es resultado de la interpretación sistemática del artículo 150° del RLCE con lo establecido en los artículos 8°, 64° y 70° de la LCE, dado que la PTU es un concepto vinculado a los “resultados” de la operación comercial de la empresa y no vinculado a la prestación del servicio al usuario que es por el que se paga una tarifa y porque la PTU se encuentra implícita en la tasa de rentabilidad establecida en el artículo 79° de la LCE, por lo que incluir la PTU como pretende la actora, es decir, como parte de los costos operativos laborales (a reconocerse en el componente de costo de operación y mantenimiento en el VAD), implicaría un doble beneficio para la concesionaria de distribución.

Las normas legales no prevén el cien por ciento de supuestos, toda vez que siempre se presentan aspectos sujetos a interpretación, más aún en regulaciones tarifarias que comprenden múltiples conceptos y en los que resulta imposible legislar el tratamiento de cada elemento individual con nombre propio, que puede ir desde una tuerca hasta una sub estación. Ante esta situación, a falta de literalidad expresa sobre el tratamiento de algún elemento, como es en el presente caso el de la PTU, se aplican métodos de interpretación jurídica y los principios del procedimiento administrativo, entre los cuales se encuentra el de legalidad.

Reiteramos que, las normas del sector eléctrico no han establecido expresamente si se debe incluir o excluir la PTU de los costos de operación y mantenimiento del VAD, es decir, el marco legal vigente no precisa cuál es el tratamiento regulatorio que debe darse a la PTU en la fijación de las tarifas de distribución eléctrica. Esta situación implica la necesidad de interpretar en forma concordada y sistemática el marco legal vigente, de modo que la tarifa responda a los criterios de costos eficientes que exige el artículo 8° de la LCE. Interpretar las normas para determinar el alcance de la PTU no significa violar el principio de legalidad ni actuar con arbitrariedad, sino por el contrario, significa proceder conforme a la Constitución, la ley y el derecho que es precisamente lo que exige dicho principio.

En consecuencia, recapitulando lo expuesto, se tiene que de acuerdo a una interpretación concordada del Artículo 150 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (cuyo último párrafo delimita costos a una relación de causalidad directa con la prestación del servicio), los artículos 64 y 70 del Decreto Ley N° 25844, Ley de

Concesiones Eléctricas y el Manual de Costos aprobado por Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, los gastos de personal que se reconocen son los inherentes a la operación del negocio, es decir, aquellos que se consideran para calcular la utilidad o pérdida operativa y no la PTU que es producto de la rentabilidad de la empresa y no de su proceso operativo. En ese sentido, no corresponde reconocer PTU como un costo o gasto laboral que forme parte del costo de operación y mantenimiento en la fijación del VAD, dado que no es un gasto en que se haya incurrido para operar y mantener el servicio recibido y porque según lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, le corresponde a la empresa asumir la PTU y no a los usuarios. A ello se agrega el hecho que, desde el punto de vista técnico y económico la PTU se encuentra implícita en la Tasa de Actualización siendo esa una razón adicional para no incluirla como costo de operación y mantenimiento en el Valor Agregado de Distribución al no poderse remunerar dos veces por un mismo concepto, pues se infringiría los artículos 8 y 42 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, en los cuales se exige fijar tarifas con criterios de eficiencia.

Por lo expuesto, Osinergmin no ha infringido el principio de seguridad jurídica, no ha efectuado diferenciaciones ilegales en el tratamiento de costos laborales, no ha infringido el principio de predictibilidad ni ha adoptado decisiones arbitrarias.

d) Los costos laborales y la PTU en la fijación del VAD

Argumentos de SEAL

SEAL señala que en los informes que sustentan el proyecto de Resolución se ha intentado sostener que las normas del sector eléctrico no han establecido expresamente si se debe incluir o excluir la PTU de los costos reconocidos por el VAD y que, sin embargo, ello no es cierto toda vez que a su entender los costos laborales, como las PTU, son reconocidos expresamente como costos de las empresas concesionarias, que deben ser reconocidos en la fijación del VAD, por la LCE y su Reglamento. SEAL cita el segundo párrafo del artículo 67° de la LCE y los incisos a) y b) del artículo 150 del RLCE y señala que el artículo 67° de la LCE, es claro en indicar que, para la evaluación de los Estudios de Costos, Osinergmin debe considerar el cumplimiento del ordenamiento jurídico; y en particular de las normas laborales. Agrega SEAL que al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 29 de la Constitución Política del Perú, establece que es deber de todas las empresas cumplir con el reparto de utilidades y que por tanto, Osinergmin debe reconocer los costos de la PTU, toda vez que SEAL está obligado constitucionalmente a realizar el reparto de las utilidades, el cual constituye un costo laboral impuesto por disposiciones de ineludible cumplimiento, por lo que a su entender debe ser reconocido en la fijación del VAD.

Análisis legal

La PTU es un concepto que no aparece como tal (en forma específica, clara o patente) en los artículos 67 de la LCE y 150 del RLCE citados por SEAL¹⁶, por lo que no es exacta la afirmación de SEAL respecto a que no sea cierto que las normas del sector eléctrico no hayan establecido expresamente si se debe incluir o excluir la PTU de los costos

¹⁶ Los cuales, además, como se ha señalado en el informe que sustenta el proyecto y cuya explicación se reitera más adelante, no se interpretan aisladamente.

reconocidos por el VAD, toda vez que es un hecho objetivo que dicho concepto no aparece expresamente regulado en las normas.

En tal sentido, considerando que no hay norma de la actividad eléctrica que haya dispuesto expresamente el tratamiento tarifario de la PTU, y más allá de su denominación de costo o gasto o sus efectos laborales, contables o tributarios, lo que corresponde analizar es exclusivamente si la PTU tiene efectos regulatorios que deban ser calculados en el VAD, por cuanto lo que se va a afectar es el derecho de los usuarios del servicio público de electricidad a pagar el costo eficiente del servicio recibido y el derecho del concesionario a ser remunerado en la tarifa conforme a lo dispuesto en la legislación eléctrica (según normas establecidas en el Título V de la LCE y su Reglamento).

En principio, cualquier regulación tarifaria requiere de una interpretación concordada y sistemática de normas aplicables, más aún cuando en el tema materia de análisis la LCE y su Reglamento, no han establecido expresamente cuál es el tratamiento regulatorio que debe dársele a la PTU en la fijación de tarifas de distribución eléctrica. En tal sentido, como se ha advertido desde la fijación del VAD en el año 2013, no será suficiente la interpretación literal y aislada de un par de normas, como lo son el inciso b) del Artículo 150 del Reglamento del RLCE, o el nuevo Artículo 67 de la LCE, sino que será necesario recurrir además a métodos de interpretación jurídica más apropiados, siendo aplicable, entre otros, el de la *ratio legis* que es un método que implica descubrir lo que quiere decir la norma desentrañando su razón de ser. Según lo explica Marcial Rubio “la ratio legis debe fluir del texto mismo de la norma o del grupo normativo que le es correspondiente”.

Según el método de interpretación sistemática, una norma no debe ser interpretada en forma aislada sino dentro de todo su contexto normativo y de acuerdo al sistema jurídico al que pertenece, con el cual no puede desafinar, de modo que se alinea con los principios que rigen dicho sistema y criterios de orden constitucional que plasman dichos principios, de modo que como indica la doctrina, una norma jurídica que en sí misma tiene un significado, puede adquirir un sentido distinto cuando se pone en relación con las demás normas que constituyen el derecho vigente.

Con los criterios de interpretación jurídica indicados, se ha efectuado la interpretación concordada y sistemática de las normas involucradas que llevan a la conclusión que la PTU no forma parte de los costos de operación y mantenimiento del VAD y que son también aplicables para concluir que los argumentos laborales expuestos por SEAL, no tienen connotación regulatoria, sino únicamente efectos en la esfera laboral al que la empresa está obligada a respetar.

De conformidad con los Artículo 64 y 70 de la LCE, pertenecientes al Título V de la LCE denominado Sistema de Precios de la Electricidad, complementados con el Artículo 150 del RLCE, tanto para efectos de fijación del VAD como para el cálculo de la TIR, deben tomarse en cuenta los costos de operación y mantenimiento “asociados” o “exclusivamente” propios del sistema de distribución. Técnicamente el sistema de distribución se define como el costo por unidad de potencia necesario para poner a disposición del usuario, la energía desde el inicio de la distribución eléctrica (después de la celda de salida del alimentador de media tensión ubicada en la subestación de transmisión) hasta el punto de empalme de la acometida del usuario. El Manual de Costos, aprobado por Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, tampoco permite la

inclusión de la PTU como gasto de personal a reconocer como costo operativo del VAD, toda vez que, si en todo momento la LCE y su Reglamento se centran en costos asociados o exclusivamente del servicio y la PTU es posterior a la cadena productiva, no podría considerarse como costo del servicio.

La PTU no es un costo, operativo ni administrativo, necesario para poner a disposición del usuario la energía eléctrica, al extremo que ni siquiera se sabe de antemano si se generarán o no dichas utilidades; cosa que no ocurre con la CTS, vacaciones y similares en los que la empresa necesariamente debe incurrir para realizar su actividad eléctrica (como costo laboral), al margen de si el resultado del negocio eléctrico le vaya a generar ganancias o pérdidas.

De conformidad con lo previsto en el Artículo 64 de la LCE, incluido en el Título V de dicha Ley, el VAD se basa en una empresa modelo eficiente con un nivel de calidad preestablecidos en las normas técnicas de calidad y considera los componentes los costos asociados al usuario, las pérdidas estándares de distribución de potencia y energía y; los costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada. El referido Artículo 64, no considera como componente del VAD a la PTU, ni a ningún otro costo o gasto que no esté asociado a la distribución eléctrica.

Osinergmin ha utilizado los criterios de empresa modelo eficiente para determinar los costos a incluir en el VAD por concepto de operación y mantenimiento y solo se puede incluir aquellos que la ley autoriza, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 8 de la LCE, se establece un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, "reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V" de la misma ley.

Respecto a la Tasa Interna de Retorno (TIR), el Artículo 70 de la LCE dispone que Osinergmin calcule la TIR considerando un periodo de análisis de 25 años. El cálculo se efectúa para cada concesionario con estudio individual del VAD que presta servicio a más de cincuenta mil suministros, y en los demás casos para el conjunto de concesionarios. La TIR se determina evaluando:

- Los ingresos que habrían percibido si se hubiesen aplicado los Precios Básicos a la totalidad de los suministros en el ejercicio inmediato anterior.
 - Los costos de operación y mantenimiento exclusivamente del sistema de distribución, para el ejercicio inmediato anterior, incluyendo las pérdidas; y,
 - El Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las instalaciones de cada empresa, con un valor residual igual a cero.
- En la evaluación de la TIR se incorporan beneficios obtenidos por la empresa en los proyectos de innovación tecnológica.

El citado Artículo 70 de la LCE se complementa con el Artículo 150 del RLCE en el que se dispone que los costos que se reconozcan para el cálculo de la TIR serán los siguientes:

- Energía adquirida a terceros
- **Gastos de personal, incluyendo los beneficios sociales**
- Suministros diversos

- Servicios prestados por terceros
- Cargas diversas de gestión; y,
- Pérdidas estándares calculadas de acuerdo a lo establecido en el Artículo 143 del RLCE.

La misma norma agrega en su párrafo final que corresponde al Osinergrmin la evaluación y calificación de dichos costos, los que deberán corresponder a valores estándares internacionales aplicables al medio, **guardando relación de causalidad directa con la prestación del servicio.**

Según lo dispuesto en las normas citadas, tanto para efectos de fijación de los componentes del VAD (artículo 64 de la LCE) como para el cálculo de la TIR (artículo 70 de la LCE), deben tomarse en cuenta los costos de operación y mantenimiento “asociados” o “exclusivamente” propios del sistema de distribución; es decir aquello necesario para poner a disposición del usuario la energía eléctrica desde el inicio de la distribución eléctrica hasta el punto de empalme de su acometida. El reparto de utilidades a los trabajadores no es un costo necesario para poner a disposición del usuario la energía eléctrica, al extremo que ni siquiera se sabe de antemano si se generarán o no dichas utilidades; cosa que no ocurre con la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), vacaciones y beneficios similares en los que la empresa necesariamente debe incurrir para realizar su actividad eléctrica, al margen de si el resultado del negocio eléctrico le vaya a generar ganancias o pérdidas. Por ello carece de objeto que la PTU se incluya en el Estudio de Costos del VAD.

Como se señaló en el Informe de Picón & Asociados, de fecha 02 de octubre del 2013 (Anexo del Informe 430-2013-GRT que sustentó Resolución Osinergrmin N° 203-2013-OS/CD de la fijación del VAD del año 2013), en la fijación del VAD no se evalúan las obligaciones laborales que surgen para una empresa de distribución como consecuencia de ser empleador y obtener utilidades, sino los componentes dentro de su estructura de costos en la prestación del servicio que brinda la empresa, antes de establecer si obtiene utilidades para repartir o no; y es por ello que el reparto de las utilidades no está incluido dentro de los costos operativos y de mantenimiento y por ende no se incluye en el estudio de costos, de allí que los Términos de Referencia no lo hayan considerado dentro del costo de operación y mantenimiento como parte de las remuneraciones del personal. Esto se complementa con el hecho que las utilidades son además de carácter contingente ya que está supeditada a que efectivamente se generen ganancias, aunque su carácter contingente no es lo elemental, sino que lo más importante es que conforme a los artículos 64 y 70 de la LCE, no son parte de costos de operación y mantenimiento y que además no forman parte de los gastos deducidos para calcular la utilidad operativa de la empresa.

En el mismo sentido, para el cálculo de la TIR, el artículo 150 del RLCE no es abierto para el reconocimiento de cualquier tipo de “costo de gastos de personal, incluyendo beneficios sociales”, sino que delimita dichos costos, según el último párrafo de la propia norma, a que guarden relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución.

Cabe indicar que si bien en las normas citadas, no se precisa los rubros que incluyen los costos de operación y mantenimiento para calcular el VAD; de lo dispuesto en el Artículo 150° del RLCE y Artículos 64 y 70 de la LCE, se puede desprender que este concepto comprende “los gastos de personal, incluyendo los beneficios sociales” que

estén “asociados” o sean “exclusivamente” propios del proceso operativo, en la medida que “guarden relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución”.

Las actividades que realizan los trabajadores vinculadas a la prestación del servicio de energía eléctrica sí son parte del costo de personal reconocido en el VAD y entre ellas se incluyen los gastos de personal dedicado no solo a las actividades estrictamente eléctricas sino también las relacionadas con recepción, cobranzas y otras de índole administrativo, comprendiendo los derechos de CTS, vacaciones, etc. por cuanto estos son beneficios sociales asociados directamente a la prestación del servicio.

Es de mencionar que en la Resolución 027-97-P/CTE de la entonces denominada Comisión de Tarifas Eléctricas (hoy Osinergmin), publicada el 31/10/1997, en que se declara infundado el recurso de Luz del Sur respecto a la PTU, entre varios de los fundamentos que denegó la inclusión de la PTU, señala acertadamente, en el análisis contenido en su literal B.5, que “...por otro lado **en la legislación laboral la participación de utilidades recibe un tratamiento especial que la diferencia de los beneficios sociales ordinarios.** En tal sentido, el Artículo 8 de la Ley de Productividad y competitividad laboral señala que si bien *el empleador podrá pactar con el empleado que perciba una remuneración mensual no menor a 2 UIT una remuneración integral computable por periodo anual que comprenda todos los beneficios legales y convencionales aplicables a la empresa.* Dicha remuneración no comprende la participación de utilidades”. Ello evidencia que no se tomaba en cuenta la PTU porque no estaba en el nivel de la prestación del servicio (sino que se generan después), como sí ocurría con los otros beneficios sociales.

Asimismo, cabe recordar que en la citada Resolución 027-97-P/CTE se explicó que **no todos los costos de un concesionario operando en el país son considerados en la determinación del VAD, sino solo los mencionados en el artículo 64 de la LCE**, que no incluye una serie de otros costos que inciden en la actividad empresarial, tales como la depreciación, los costos financieros, los impuestos sobre la renta y otros. Se indicó que la PTU solo puede incluirse en el cómputo del VAD si ésta fuera parte de alguno de los componentes mencionados en el artículo 64 de la LCE y que la PTU no formaba parte de ninguno de ellos.

Consideramos que la PTU, si bien es cierto es un beneficio social, no tiene la naturaleza de asociarse como un derecho vinculado a la prestación del servicio y por ello no se incluye en el supuesto legal de las normas citadas. Las utilidades son el resultado económico del capital invertido y el trabajo desplegado. La Constitución Política del Perú se refiere expresamente al derecho de los trabajadores a participar en las utilidades “de la empresa” lo que implica que en el nivel de determinar utilidades ya no está en juego la prestación del servicio.

Luego se hace la distinción de lo que corresponde a las utilidades de los trabajadores, para cuestiones tributarias. Con o sin utilidades de accionistas y trabajadores, ya se adquirió o contrató lo necesario para hacer viable o sostenible el servicio; es por ello que no puede afirmarse que las utilidades sean un costo necesario para prestar el servicio o que sea un costo de operación o de mantenimiento.

Ello, como se indica en el Informe de Picón & Asociados, de fecha 09 de julio del 2013 (Anexo del Informe 432-2013-GRT que sustentó Resolución Osinergmin N° 203-2013-

OS/CD de la fijación del VAD del año 2013), evidencia lo que emana de una estructura típica de un Estado de Ganancias y Pérdidas, en que la utilidad/pérdida operativa es la que se obtiene luego de aplicar los costos de operación y mantenimiento, sin tomar en cuenta gastos financieros ni extraordinarios. Por ello, cuando el Artículo 150° del RLCE y el Manual de Costos incorporan dentro de los costos de operación y mantenimiento a los “gastos de personal, incluidos beneficios sociales”, se refiere a los inherentes a la operación del negocio, a aquellos que se consideran para calcular la utilidad/pérdida operativa, tal como fluye de la interpretación concordada de dicho Artículo con los Artículos 64° y 70° de la LCE, así como del referido Manual de Costos. La PTU, se determina en función de un porcentaje de la renta imponible del ejercicio gravable (utilidad antes de impuestos), lo que está muy por debajo de la utilidad/pérdida operativa en la estructura del estado de ganancias y pérdidas. En consecuencia, las utilidades se generan fuera de la cadena de lo que implica operación y mantenimiento propiamente dichos y se generan en marco de las ganancias obtenidas por la empresa luego de finalizado el ejercicio correspondiente y para que se origine el derecho a utilidades por parte de los trabajadores, se requiere que efectivamente la empresa haya concretado la obtención de ganancias; aspecto que difiere de la CTS, vacaciones, etc. los cuales si son derechos vinculados al proceso operativo.

Del análisis jurídico, se evidencia que además de lo dispuesto en la legislación eléctrica, desde el punto de vista constitucional y legal el sentido de la PTU es que la empresa comparta las utilidades o ganancias obtenidas con sus trabajadores debido a la participación decisiva que tienen éstos con su fuerza de trabajo en la generación de las mismas y no que dichas utilidades sean cargadas a los usuarios como si fueran parte de lo que ha costado brindarles el servicio, pues en esencia la obligación de pagar utilidades ha sido impuesta por el artículo 29 de la Constitución a las empresas y no a los usuarios. En consecuencia, en el ámbito del derecho constitucional y laboral es y será obligatorio que las empresas compartan sus utilidades con sus trabajadores; pero ello no significa que en el ámbito regulatorio del servicio público de electricidad, el desembolso que el cumplimiento del Artículo 29 de la Constitución origine, sea asumido por el usuario del servicio público de electricidad pues la interpretación sistemática de la norma constitucional y legal, para efectos tarifarios, implica concordarla con los artículos 64 y 70 de la LCE y el artículo 150 del RLCE, los cuales, como ya se explicó, exigen relaciones de causalidad directa al proceso operativo de la prestación del servicio que la PTU no tiene; lo que determina que la PTU no sea un componente del VAD y ello a su vez determina que no forme parte de los Estudios de Costos a que se refiere el artículo 67 de la LCE y por ende no pueda llegarse a una interpretación errada de este último Artículo, que cumplir con la norma laboral signifique que la PTU se incluya en el costo de operación y mantenimiento reconocido en el VAD, lo que para efectos prácticos significaría que la empresa no asuma la obligación que la Constitución le impone y que pagar la PTU pase a convertirse en una obligación de los usuarios del servicio.

El Artículo 67 de la LCE, al igual que las demás normas requiere también de una interpretación concordada y sistemática, de modo que no se distorsionen los aspectos regulatorios de la legislación de la actividad eléctrica en que se van a aplicar. En tal sentido el componente del VAD previsto en el artículo 64, como ya se explicó exige que se trate de costos de operación y mantenimiento “asociados” a la distribución y el 70 de la LCE para el cálculo de la TIR requiere de costos de Operación y Mantenimiento exclusivamente del sistema de distribución; y el artículo 150 del RLCE se refiere a

beneficios sociales asociados que guarden relación de causalidad directa con los costos en que deba incurrirse para la prestación del servicio de distribución, todo lo cual determina que la PTU no sea considerada un componente del costo de operación y mantenimiento en el VAD. En consecuencia, cuando el Artículo 67 de la LCE establece que al evaluarse los Estudios de Costos deben considerarse las normas laborales, se debe entender que dentro de los costos de operación y mantenimiento serán aquellas normas laborales sobre conceptos que tengan las características de causalidad directa y asociación indicadas, que en el caso concreto de la PTU no se dan (y esto es otra justificación más para que desde los Términos de Referencia, Osinergmin excluya la PTU del Estudio de Costos) y que sí se dan en el caso de CTS, vacaciones, etc.

Por ello, nada más concluyente que el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú que dispone expresamente que el Estado reconoce el derecho de los trabajadores de participar en las utilidades “de la empresa”; lo cual implica que el pago de dicha PTU es de cargo de la empresa y no del usuario del servicio público de electricidad.

Por lo expuesto, son apropiados los Términos de Referencia al señalar que las remuneraciones consignadas en el Estudio de Costos no incluyan la PTU y no es exacta la afirmación de SEAL respecto a que los costos laborales, como las PTU, son reconocidos expresamente como costos de las empresas concesionarias, que deban ser reconocidos en la fijación del VAD.

e) Derecho de propiedad y el tema de la PTU

Argumentos de SEAL

La exclusión de la PTU de los costos eficientes, vulnera el derecho de propiedad de SEAL, protegido por el artículo 70° de la Constitución, pues resulta confiscatorio que SEAL esté impedida de incorporar la PTU en su Estudio de Costos para la aprobación del VAD, cuando dicho concepto es un pago obligatorio que deben hacer a sus trabajadores, las empresas del rubro eléctrico que operan en el país. SEAL, verá mermado su patrimonio por un monto igual al que deba pagar a sus trabajadores por dicho concepto. SEAL agrega que la fijación de tarifas debe reflejar las decisiones eficientes de las empresas, las que incluyen el cumplimiento de las obligaciones laborales, incluido el pago de beneficios sociales como la PTU. De acuerdo a ello, el reconocimiento de los costos incurridos en cumplimiento de las normas laborales, incluyendo beneficios sociales como la PTU (excluido indebidamente del procedimiento de fijación del VAD), es un derecho de las empresas reguladas al igual que cualquier otra empresa que opera en el Perú, pues el pago de las PTU está reconocido como gasto en el artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta; es decir, como un costo para operar.

En este caso, existe una evidente afectación al derecho de propiedad por existir una expropiación indirecta con el criterio adoptado por Osinergmin, pues la exclusión de la PTU impedirá a SEAL el reconocimiento de todos los gastos o costos estándares en los que incurre para operar el servicio de distribución eléctrica; costos y gastos estándares que están reconocidos en la Constitución y en la Ley.

Análisis legal

No puede haber vulneración del derecho de propiedad por el tema de la PTU al ser un elemento que, según lo explicado en el análisis legal contenido en los literales c) y d) que anteceden, no forma parte de los costos de operación y mantenimiento que debe contemplar el VAD¹⁷. La PTU no beneficia a la empresa ni a sus accionistas ni a terceros, sino solo a los trabajadores; entonces cabe preguntarnos por qué debe pagar el usuario de servicio público de electricidad la PTU si tampoco lo beneficia a él, ni es un costo en que haya tenido que incurrir la empresa para poderle prestar el servicio eléctrico; y si además el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú reconoce literalmente el derecho de los trabajadores de participar en las “utilidades de la empresa”.

De la interpretación normativa expuesta en el análisis legal contenido en en los literales c) y d) del presente informe, se concluye que no hay confiscación por no incluir la PTU en el Estudio de Costos, al ser un elemento que, desde el punto de vista jurídico, técnico y económico, no forma parte de los Costos de Operación y Mantenimiento que debe contemplar el VAD; consecuentemente no se le está afectando el derecho de propiedad de la empresa y a ello se agrega el hecho que, por otro lado, es un concepto que sí forma parte de una Tasa de Actualización que remunera la inversión. El hecho que la empresa deba cumplir con pagar la PTU a sus trabajadores no significa en ninguna actividad económica una confiscación sino tan solo el cumplimiento de un mandato constitucional.

En efecto, la PTU es un derecho reconocido a los trabajadores en la Constitución, debido a la influencia que éstos han tenido para generar las respectivas ganancias. En reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional se han referido al derecho a la libre iniciativa privada reconocida en el Artículo 58 la Constitución: *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de la promoción de empleo, salud, educación seguridad, servicios públicos, e infraestructura (...)”*.

El Tribunal Constitucional también ha enfatizado en sus sentencias que esta libertad económica no puede entenderse desvinculada del marco o modelo de Constitución económica que contiene la Ley Fundamental¹⁸, sino como conformante de ella y, en particular, de la directriz que contiene el citado artículo 58 de la Constitución.

Es así que, coherente con el modelo de economía social reconocido en el Artículo 58 de la Constitución Política del Perú, en el Artículo 29 de la misma Constitución se establece: *“El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación”*, es decir, que en atención a que los trabajadores han contribuido con su trabajo a la generación de ganancias de la empresa, tienen derecho a que se les entregue un porcentaje de ellas. Por tal razón, del texto constitucional, se aprecia con absoluta claridad que la Ley Fundamental ha establecido una obligación elevada a rango Constitucional a cargo de las empresas, referida a que otorguen participación de sus beneficios a sus trabajadores.

¹⁷ A ello se agrega el hecho que, por otro lado, según sustento técnico y económico, es un concepto que sí forma parte de una Tasa de Actualización que remunera la inversión.

¹⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente No. 0011-2013-Pi/TC.

De acuerdo a lo indicado, resulta evidente la legalidad del criterio adoptado por Osinergrmin al excluir la PTU de los costos a considerar para la determinación del VAD, pues permitir que se incluya la PTU en el cálculo de la tarifa, permitiría que las empresas eludan la obligación constitucional que les impone el Artículo 29 de la Constitución, pues al final, quienes asumirían el pago de dicha PTU serían los usuarios de la empresa y no ella misma.

La mencionada interpretación jurídica se ve reforzada con el análisis técnico económico que efectuó Osinergrmin en el año 2013 en el Informe Técnico 054-2013-OEE¹⁹, citado en el informe 047-2018-GPAE; en ambos informes se desarrolla por qué la PTU no debe ser incorporada como un costo de la empresa modelo eficiente dado que no es compatible con el esquema regulatorio especificado en la LCE y su Reglamento. En consecuencia, la PTU podrá ser un gasto para efectos tributarios, pero no para efectos regulatorios de cálculo del VAD.

Por lo expuesto, somos de la opinión que en materia de PTU, no se afecta el derecho de propiedad de la empresa concesionaria por reconocer la PTU en el Estudio de Costos como un costo o gasto laboral que forme parte del costo de operación y mantenimiento a evaluarse en la fijación del VAD, toda vez que la PTU no es un gasto en que se haya incurrido para operar y mantener el servicio recibido y porque según la Constitución Política del Perú asumir la PTU le corresponde a la empresa y no a los usuarios. A ello se agrega el hecho que, desde el punto de vista técnico y económico la PTU se encuentra implícita en la Tasa de Actualización por lo que esa es una razón adicional para su no inclusión toda vez que no se puede pretender remunerar dos veces por un mismo concepto pues se infringiría los artículos 8 y 42 de la LCE que exige fijar tarifas con criterios de eficiencia.

f) Supuesta falta de motivación

Argumentos de SEAL

SEAL indica que, el no reconocimiento de los costos de la PTU, como costos eficientes reconocidos a SEAL, no ha sido motivado por el Osinergrmin, quien no justifica porqué realiza una interpretación restrictiva de lo que la ley considera como costos laborales, ni porqué hace diferencias entre estos costos laborales, cuando la ley no hace distinción alguna. Agrega la empresa que en este sentido, la observación de Osinergrmin adolece de motivación adecuada; y en este sentido, vulnera el derecho de SEAL a acceder a un debido procedimiento y que Osinergrmin se encuentra obligado a aceptar la presentación de los costos por PTU dentro del Estudio de Costos de SEAL, evaluarlos e incluirlos para la fijación del VAD, tutelando así su derecho al debido procedimiento, seguridad jurídica y evitando la vulneración irreparable del derecho de propiedad de la empresa.

Análisis legal

Tal como se ha explicado en el análisis legal contenido en el literal a) que antecede, Osinergrmin ha motivado las razones por las cuales no incluyó en los Términos de

¹⁹ El Informe Técnico 054-2013 –OEE/OS (de la entonces Oficina de Estudios Económicos (OEE), denominada actualmente Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinergrmin (GPAE), de fecha 04 de octubre del 2013, formó parte del Informe Técnico 432-2013-GART que a su vez fue parte integrante de la Resolución Osinergrmin 203-2013-OS/CD mediante el cual se fijó el VAD en el año 2013.

Referencia a la PTU como parte de las remuneraciones a considerar en el estudio de Costos en los informes que forman parte integrante de la Resolución 225-2017-OS/CD mediante el cual se aprobaron dichos Términos por lo que no existe la falta de motivación a la que alude la empresa y como se ha explicado en los análisis legales contenidos en los literales b), c), d) y e) que anteceden, no se ha vulnerado el debido procedimiento, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad de la empresa ni ningún otro derecho.

Finalmente cabe indicar que los argumentos técnicos y económicos que sustentan la referida exclusión de la PTU, se encuentran en el Anexo 2 del Informe Técnico 503 que sustentó la Resolución 168, el cual incluye los Informes N° 047-2018-GPAE, N° 048-2018-GPAE, N° 053-2018-GPAE, N° 060-2018-GPAE y N° 062-2018-GPAE de la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE) de Osinerghmin.

Por lo expuesto, este extremo del petitorio debe declararse infundado.

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 SEAL 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 Osinerghmin, 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 Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. – SEAL, 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 numeral 4.1 del presente Informe, esta Asesoría considera que respecto a los principios administrativos y normas citadas por la recurrente en fundamentos de derecho su recurso impugnatorio, se concluye que no son materia de discusión y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo; y que sin embargo, el principio de verdad material tienen una connotación particular para efectos regulatorios, de modo que 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 conforme a los artículos 8 y 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

6.3 De acuerdo con los fundamentos expuestos en el numeral 4.2 del presente informe, en relación a la determinación del valor eficiente de las remuneraciones del personal de la empresa y la utilización de la encuesta de remuneraciones de Manpower Group, en el Anexo Informe Técnico 503-2019-GRT consta el sustento técnico que analizó dicha encuesta; correspondiendo al área técnica observar el principio de no discriminación o imparcialidad desarrollado en el presente informe para la determinación de las remuneraciones del personal de las empresas concesionarias, debiendo precisarse que, sólo en el caso que como resultado del análisis de comparación entre las empresas se concluya que estas no son sustancialmente iguales, se deberá aplicar trato diferenciado.

6.4 Por los fundamentos expuestos en el literal a) del numeral 4.3 del presente informe, respecto a la utilización de la Encuesta del Ministerio de Trabajo a nivel Arequipa en lugar de la encuesta del Ministerio de Trabajo a Nivel Nacional, esta Asesoría considera que de acuerdo con el artículo 67 de la LCE -el cual dispone que la evaluación de estudio de costos debe considerar criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país-, la norma no dispone que se adopten los costos de cada región sino aquellos que podría alcanzar quien opera en el Perú, los cuales pueden o no coincidir con los de la respectiva región, y en consecuencia, corresponde al área técnica evaluar los argumentos de la empresa para determinar si procede o no, asumir los Costos MINTRA Arequipa solicitados.

Por los fundamentos expuestos en los literales b), c) y d) del numeral 4.3 del presente informe, esta Asesoría considera que, Osinergmin no ha vulnerado el principio de predictibilidad por el solo hecho de utilizar la encuesta del Ministerio de Trabajo, ni por haberse apartado de los costos CAPECO, correspondiendo al área técnica evaluar los argumentos presentados por la empresa sobre la referida encuesta. Respecto a los efectos que puede tener la orden de inspección 570-2017 y su acta anexa, cabe indicar que se trata de un acto de fiscalización sobre situaciones y realidad concreta de la empresa inspeccionada, que además de no constituir un acto administrativo definitivo sobre los alcances de las afirmaciones que contiene, no tiene fuerza vinculante, ni genera efectos regulatorios.

6.5 Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.4 del presente Informe, esta Asesoría considera que la exclusión de la PTU como parte de las remuneración, cumple con el marco legal aplicable respetando los derechos de los administrados, toda vez que la PTU no es un rubro que corresponda calcular e incluir en la fijación del VAD, habiendo ejercido legalmente Osinergmin la competencia prevista en el artículo 67 de la Ley de Concesiones Eléctricas al aprobar los Términos de Referencia con dicha exclusión y fijado el VAD sin incluir la PTU.

6.6 Debido a la naturaleza técnica de los demás extremos del petitorio y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica su análisis, atendiendo los fundamentos contenidos en el presente informe. Cabe indicar que, en cada uno de los extremos del petitorio, SEAL alude en su recurso a principios administrativos supuestamente vulnerados en la resolución impugnada. Sobre el particular, dado que la mayoría de ellos se refieren a cuestionamientos de datos y aspectos estrictamente técnicos, corresponde que en esencia el área técnica refute

lo que alega la empresa en cada uno de los puntos impugnados (por qué se ha descartado los datos presentados por la empresa, fuentes utilizadas para la fijación, etc.), a fin de evidenciar que se han respetado dichos principios y que el recurso debe declararse infundado, o en caso contrario, el recurso sea declarado fundado o fundado en parte y se proceda a las correcciones pertinentes.

- 6.7** 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