

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

Informe N° 630-2019-GRT

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

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

Referencia : a) Recurso de reconsideración interpuesto por Electro Sur Este S.A.A., recibido el 08.11.2019, según Registro Osinermin N° 201900185123 (Reg. 009600-2019-GRT).
b) Expediente 540-2018-GRT

Fecha : 13 de diciembre de 2019

Resumen Ejecutivo

En el presente informe se analizan los aspectos jurídicos del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Electro Sur Este S.A.A. (en adelante “ELSE”) 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.

Esta Asesoría considera que, en lo referente a los principios de presunción de veracidad y verdad material, ambos tienen una connotación particular para efectos regulatorios, toda vez que el principio de verdad material no implica que para establecer una tarifa deba reconocerse cualquier realidad de la empresa o algún costo ineficiente de la misma, sino que involucra recurrir a la información o fuente disponible que resulte más idónea y a la constatación de hechos en lo pertinente, considerando que la fijación de tarifas debe responder a criterios de eficiencia conforme a los artículos 8 y 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Asimismo, el principio de presunción de veracidad se aplica atendiendo a dichas normas, las cuales, conjuntamente con el artículo 64 de la mencionada Ley, determinan que para establecer la tarifa el regulador debe basarse en una empresa modelo eficiente, lo cual, en diversos aspectos, implica confrontar fuentes de información de modo que no siempre será suficiente un simple dato con carácter de declaración jurada.

La recurrente solicita (i) utilizar las cuadrículas de densidad de carga y la metodología empleada en el Informe Definitivo VAD (ii) reconocer costos diferenciados en equipos de protección para la red, y Reconocer Subestaciones del tipo Compacta Pedestal debido a las condiciones climatológicas de la zona de concesión, ambos referidos al diseño preliminar del tipo de red y definición de tecnología adaptada (iii) modificación de los costos unitarios de instalaciones eléctricas para la valorización del VNR – Mano de obra (iv) reconsiderar la optimización técnico-económica de las instalaciones de Distribución Eléctrica (v) revisar la metodología aplicada para el Cálculo de Pérdidas de Potencia y Energía (vi) reconsiderar la Valorización de Instalaciones No eléctricas (vii) reconsiderar la estructura organizacional (viii) reconsiderar la optimización de costos indirectos (ix) reconsiderar los costos de operación y mantenimiento técnico (x) no aplicar el Factor de Fondo de Reposición a sistemas eléctricos

del Sector Típico 4 a menos que previamente hayan sido calificados como SER (xi) incorporar el costo de la PTU como parte de los costos operativos laborales a considerar en el Estudio de Costos presentado en el marco del procedimiento (xii) modificar la actividad de mantenimiento de la Franja de Servidumbre en las zonas de selva (xiii) reconsiderar el cálculo de los factores de corrección del VAD.

En cada uno de los extremos del petitorio, ELSE 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 (que en el recurso titula como "Aspectos jurídicos que transgrede Osinergmin") en cada uno de los puntos impugnados, 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.

Sobre el petitorio (iii) referido a la modificación de los costos unitarios de instalaciones eléctricas para la valorización del VNR – Mano de obra, sobre la solicitud relacionada a que los técnicos considerados como Mano de Obra estén dentro del régimen de construcción civil y les corresponda los pagos aprobados por CAPECO, 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 Cusco.

Sobre el extremo del petitorio (vii), relacionado a reconsiderar la estructura organizacional, en el sentido de utilizar un porcentaje de asignación al VAD acorde a los antecedentes regulatorios, esta asesoría considera válido utilizar como fuente regulatoria el Manual de Costos, correspondiendo al área técnica analizar los argumentos técnicos sobre los porcentajes cuestionados por la impugnante.

Sobre el extremo del petitorio (x), relativo a no aplicar el Factor de Fondo de Reposición (FFR) a sistemas eléctricos del Sector Típico 4 a menos que previamente hayan sido calificados como SER, se concluye que corresponde al área técnica corroborar que el FFR haya sido aplicado a los SER, tomando en cuenta las normas citadas y el Plan Nacional de Electrificación Rural; y en caso haya sido aplicado a sistemas que no son SER, proceder a efectuar las adecuaciones pertinentes de modo que estos últimos no se les aplique dicho factor.

Sobre el extremo del petitorio (xi), relativo a incorporar el costo de la PTU como parte de los costos operativos laborales a considerar en el Estudio de Costos presentado en el marco del procedimiento, Respecto al costo de la **participación de los trabajadores en las utilidades** de la empresa (en adelante "PTU"), la recurrente señala que ha excluido del salario de los trabajadores el concepto de Participación de los Trabajadores en las Utilidades ("PTU"), a pesar que conforme al ordenamiento jurídico se deben reconocer los gastos laborales en los que incurre ELSE y solicita que se incorpore la PTU como parte de los costos operativos laborales a considerar en la fijación del VAD, amparando su solicitud en base a los argumentos vinculados a los siguientes aspectos:

(a) Los Términos de Referencia y la vulneración del debido procedimiento: La recurrente señala que no se le ha permitido discutir los costos por la PTU dentro del proceso de fijación tarifaria, al haber sido excluidos mediante los Términos de Referencia, lo que resulta inconstitucional

pues dicho costo laboral no pudo ser evaluado ni discutido ya que su inclusión fue rechazada de plano. En el presente informe se concluye que, Osinermin ha respetado el debido procedimiento y no se han violado los derechos de ELSE dado que el tema de la PTU, el cual es un resultado económico y no un concepto inherente a la prestación del servicio, 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; sin embargo, ELSE en el tema de PTU se limitó a efectuar un breve comentario a la prepublicación de los Términos de Referencia y luego que estos fueron aprobados no interpuso recurso impugnatorio alguno.

(b) Principio de seguridad jurídica: La recurrente 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 Osinermin tampoco hacía en los procesos regulatorios anteriores hasta el año 2013. **En el presente informe** se concluye que, Osinermin 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, tal como se verifica en los antecedentes del tratamiento tarifario de la PTU desde el año 1997, precisándose que ELSE no interpuso acción judicial contra la fijación de la Tarifa VAD 2013-2017 en que no se incluyó la PTU, 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 ELSE como las demás concesionarias de distribución eléctrica, conocen con certeza los fundamentos de fondo que respaldan el criterio adoptado por el Osinermin 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.

(c) Los costos laborales: La recurrente no está de acuerdo con la posición de Osinermin 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 ELSE 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 ELSE, no tienen connotación regulatoria.

(d) Derecho de propiedad: ELSE 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.

(e) Falta de motivación: ELSE indica que, el no reconocimiento de los costos de la PTU, no ha sido motivado por el Osinergmin, 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 Osinergmin 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° 630-2019-GRT

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

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

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

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

- 2.1.** De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 218.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante "TUO de la LPAG") el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la publicación de la resolución materia de impugnación.
- 2.2.** Considerando que la Resolución 168 fue publicada el 16 de octubre de 2019 y que el plazo máximo para la presentación del recurso de reconsideración era el 08 de noviembre de 2019¹; el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal establecido en la normativa vigente. Asimismo, el recurso resulta admisible al haberse cumplido con los requisitos previstos en los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.
- 2.3.** En cuanto a la transparencia en los procesos regulatorios, Osinergmin cumplió con publicar el recurso de reconsideración materia de análisis en su página Web, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas.
- 2.4.** Finalmente, Osinergmin convocó a Audiencia Pública, la cual se llevó a cabo el día 28 de noviembre de 2019, a fin que las empresas impugnantes sustenten y

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.

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.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

ELSE señala que la Resolución 168 ha transgredido varias disposiciones normativas y principios que rigen los actos de la administración pública y que por ello interpone recurso de reconsideración para que dicha resolución sea revocada, en aquellos extremos que considera contrarios al ordenamiento jurídico. Impugna concretamente los aspectos que se enuncian a continuación, solicitando a Osinergmin lo siguiente:

3.1. Utilizar las cuadrículas de densidad de carga y la metodología empleada en el Informe Definitivo VAD.

3.2. Respecto al diseño preliminar del tipo de red y definición de tecnología adaptada solicita lo siguiente:

- a) Reconocer costos diferenciados en equipos de protección para la red, como es el caso de pararrayos, aisladores y otros componentes, considerando las características particulares de geografía, clima y altitud de la zona de concesión de ELSE.
- b) Reconocer Subestaciones del tipo Compacta Pedestal debido a las condiciones climatológicas de la zona de concesión de ELSE.

3.3. Respecto a costos unitarios de instalaciones eléctricas para la valorización del VNR – Mano de obra, solicita:

- a) Considerar para la determinación de los Costos Estándar de Inversión, las condiciones particulares de las redes de ELSE (instaladas sobre los 3,000 m.s.n.m y con niveles isoceraúnicos entre 50 y 80), que implican especificaciones técnicas diferenciadas en los materiales con respecto a las redes estándar definidas por el Osinergmin.
- b) Considerar que los técnicos que se consideran como Mano de Obra están dentro del régimen de construcción civil y les corresponde los pagos aprobados por Capeco. En caso Osinergmin no utilice los pagos aprobados por Capeco, como pretensión subordinada, se solicita descartar el estudio "Demanda de Ocupaciones a nivel nacional 2019 del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo" (en adelante "MINTRA nacional") y utilizar en su lugar MINTRA Cusco.

3.4. Respecto a la optimización técnico-económica de las instalaciones de Distribución Eléctrica:

- a) Red de media tensión en zonas urbanas: utilizar el modelamiento efectuado en el Informe Definitivo VAD; o como pretensión subordinada, utilice un modelo que se aplicable a cada uno de los sistemas eléctricos de ELSE.
- b) Red de media tensión en zonas rurales: utilizar el modelamiento efectuado en el Informe Definitivo VAD; o como pretensión subordinada, realice el proceso de optimización de la Red en Zonas Rurales considerando cada uno de los Sistemas Eléctricos por separado y respetando la traza de las instalaciones existentes.
- c) Redes de baja tensión en zonas urbanas: utilizar el modelamiento efectuado en el Informe Definitivo VAD; o como pretensión subordinada, modificar el modelamiento considerando i) cada uno de los Sistemas Eléctricos por

separado en lugar de realizar agrupaciones por Zonas de Densidad de Carga; y ii) que las zonas de densidad MD y BD se utilicen salidas en concordancia con los armados considerados en los Costos de Inversión.

- d) Redes de baja tensión en zonas rurales: utilizar el modelamiento efectuado en el Informe Definitivo VAD o como pretensión subordinada, modificar el modelamiento (i) presentando como se aplican las configuraciones propuestas, (ii) presentando los cálculos que sustentan los valores de pérdidas sin considerar longitudes de red equivalentes; (iii) verificando que en todos los casos las pérdidas resultantes correspondan a una caída de tensión máxima de acuerdo con la NTCSE/SER; y (iv) respetando la traza de las instalaciones existentes.

3.5. Revisar la metodología aplicada para el Cálculo de Pérdidas de Potencia y Energía, para obtener resultados diferenciados por cada Sistema Eléctrico urbano o rural; indicando expresamente las caídas de tensión máximas admisibles con las cuales se obtienen las pérdidas de energía.

3.6. Respecto a la Valorización de Instalaciones No eléctricas

- a) Mantener la estructura jerárquica de las Gerencias Regionales y dimensionar los terrenos y edificaciones acorde a dichas estructuras.
b) Dimensionar el espacio necesario para desarrollar las labores de cobranza en las oficinas de ELSE, conforme al antecedente regulatorio del Grupo 1.
c) Mantener los criterios de la Guía del VNR para el dimensionamiento de vehículos, siendo que el criterio presentado por Osinergmin presenta fallas de concepto y la cantidad reconocida es insuficiente para realizar las labores en la empresa.
d) Respetar el Reglamento Nacional de Edificaciones para el dimensionamiento de las oficinas o mantener la propuesta de ELSE con edificaciones de 01 piso.
e) Mantener los costos de terrenos y edificaciones presentados por ELSE.

3.7. En cuanto a la estructura organizacional, solicita:

- a) Utilizar la propuesta de dimensionamiento de la Estructura Organizacional presentado por ELSE.
b) Utilizar un porcentaje de asignación al VAD de la Estructura Organizacional, acorde a los antecedentes regulatorios.

3.8. Respecto a la optimización de costos indirectos:

- a) Aplicar los ratios aprobados por el Osinergmin para determinar los Costos Indirectos, los cuales tienen una asignación del 100%.
b) Considerar los costos de marketing para ELSE.

3.9. Respecto a los costos de operación y mantenimiento técnico:

- a) Utilizar el dimensionamiento de las cuadrillas de operación técnica realizado por ELSE en el Informe Definitivo VAD.
b) Utilizar el dimensionamiento de las cuadrillas de gestión comercial realizado por ELSE en el Informe Definitivo VAD.
c) Utilizar el dimensionamiento de la cantidad de personal de terceros para la Atención Presencial en el Informe Definitivo VAD.
d) Modificar la vida útil de las luminarias a 15 años.

- 3.10.** No aplicar el Factor de Fondo de Reposición a sistemas eléctricos del Sector Típico 4 a menos que previamente hayan sido calificados como SER.
- 3.11.** Incorporar el 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.
- 3.12.** Modificar la actividad de mantenimiento de la Franja de Servidumbre en las zonas de selva; y, en consecuencia, considerar la actividad de poda 02 veces al año a la totalidad de las instalaciones eléctricas en dicha zona.
- 3.13.** Respecto al cálculo de los factores de corrección del VAD:
 - a) Considerar la Demanda Coincidente (kW) en MT y BT en horas punta publicado en la prepublicación para el cálculo del PTPMT y PTPBT en la Resolución Impugnada.
 - b) Revisar el valor del Factor de expansión de pérdidas de potencia en baja tensión (PPBT), considerado en el cálculo del PTPMT de la Resolución Impugnada

4) Argumentos de ELSE y análisis legal

4.1. Aspectos legales generales señalados por ELSE

Los aspectos generales indicados por la empresa, que incluyen prescripciones legales, conceptos jurídicos, pronunciamientos jurisprudenciales y/o doctrinarios, no son materia de discusión y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo; sin embargo, cabe aclarar que en lo referente a los principios de verdad material y presunción de veracidad, éstos tienen 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.

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

En los artículos 8 y 42 de la LCE se establece que las tarifas deben reconocer costos de eficiencia y estructurarse de tal modo que promuevan eficiencia del sector eléctrico, lo cual conlleva a que en el proceso de fijación tarifaria del VAD, conforme al artículo 64 de la LCE el Regulador debe basarse en una empresa modelo eficiente, lo que en esencia implica simular competencia. Ello involucra que para el ejercicio de su función reguladora, Osinergmin requiere confrontar distintas fuentes de información y analizarlas integralmente, en algunos casos no solo evaluando la veracidad de la información sino también entrando a detalles comprendidos en dichas fuentes, para lo cual no siempre es suficiente un simple dato con carácter de declaración jurada que es el sentido que el impugnante pretende que se le dé al principio de presunción de veracidad en la fijación del VAD (por ejemplo no será lo mismo para estructurar la empresa modelo un dato derivado de compras al por menor de otro que involucra compras a gran escala o la fecha de los contratos, situaciones de los proveedores, actividades que comprende el servicio que se remunera, etc.).

Ello no significa que el regulador no aplique en forma alguna el principio de presunción de veracidad, sino que debe aplicarlo dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y de forma compatible con la función regulatoria. En ese sentido, para determinar los límites de este principio de presunción de veracidad o interpretar su alcance, existe una regla de derecho consistente en un deber expreso para la administración pública, recogido en el numeral 8 del artículo 86 del TUO de la LPAG, en el que se establece que son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes: “interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados”, sin olvidar que los administrados son tanto las empresas concesionarias de distribución eléctrica como los usuarios del servicio público de electricidad.

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

modo que permita a Osinergmin ejercer su función reguladora de acuerdo al marco regulatorio vigente. Cabe señalar que dicha optimización no significa una restricción total del principio de presunción de veracidad, en la medida que no se requiere una validación de toda la información que pudieran remitir las empresas, sino aquella que permita verificar la existencia, pertinencia y consistencia de, entre otros, la información de sus costos de personal propio y de terceros y facilite la confrontación con otras fuentes.

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

Respecto a fijar el VAD utilizando una empresa modelo eficiente y hacerlo de manera individual y que la fijación debe atender a las necesidades de la empresa evaluada, cabe indicar que la fijación de las tarifas responde a criterios de reconocimiento de costos eficientes, en consecuencia, en la fijación del VAD se atiende a las necesidades de la empresa pero con criterios de eficiencia (necesidades de una empresa eficiente); y, asimismo, para las empresas que atienden a más de 50 000 suministros, si bien la tarifa es fijada por cada empresa, conforme a los artículos 8 y 42 de la LCE, podrán existir elementos regulados en cuyos costos eficientes por razones de mercado o de sistemas, coincidan dos o más empresas y otros en los que cada una tenga diferentes costos.

Por otro lado, corresponderá al área técnica, analizar que en cada aspecto impugnado en que se alegue vulneración a lo establecido en los Términos de Referencia del VAD, si se ha cumplido con ellos en la fijación del VAD, a efectos de determinar en cada uno de ellos, si el respectivo extremo del petitorio resulta fundado, infundado o fundado en parte; y en estos últimos dos supuestos proceder a la corrección pertinente o de ser el caso a ampliar o complementar el sustento o motivación del acto².

En los petitorios 3.1, 3.2, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7a, 3.8, 3.9, 3.12, y 3.13 de su recurso, ELSE alude 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 empresa bajo el subtítulo de “Aspectos jurídicos que transgrede Osinergmin”, en cada uno de los puntos impugnados (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.

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

³ Respecto a los de presunción de veracidad y 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 análisis legal contenido en el literal a) del numeral 4.1 del presente informe.

Sobre el particular, dado que la mayoría de ellos están vinculados a cuestionamientos de datos estrictamente técnicos, corresponde que el área técnica, de ser el caso, refute técnicamente lo que alega la empresa bajo el subtítulo de “Aspectos jurídicos que transgrede Osinergmin”, en cada uno de los puntos impugnados (por qué se ha descartado los datos que ha presentado la empresa, las fuentes utilizadas para la fijación, el fundamento para los cambios de criterio que se han dado y si estos efectivamente se han producido, etc.) a fin de evidenciar que se han respetado dichos principios y que el recurso debe declararse infundado, o en caso contrario, declararse fundado o fundado en parte y se proceda a las correcciones pertinentes, mediante un pronunciamiento debidamente motivado.

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 3.3, 3.7b, 3.10 y 3.11 del presente informe, en temas vinculados a: vulneración a principios del procedimiento, costos de mano de obra (las remuneraciones en función de la encuesta del Ministerio de Trabajo), la aplicación del Factor de Fondo de Reposición y la PTU, respectivamente; correspondiendo al área técnica, complementar el análisis de dichos extremos en lo que resulte pertinente.

En consecuencia, debido a la naturaleza técnica de los demás extremos del petitorio señalados en el numeral 3) del presente informe, y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración presentado resulta, en sus extremos, fundados, fundados en parte o infundados.

4.2. Costos unitarios para valorización del VNR – mano de obra.

a. Encuesta del Ministerio de Trabajo a Nivel nacional y Encuesta del Ministerio de Trabajo a nivel de Cusco.

Argumentos de ELSE

ELSE indica que la normativa del sector eléctrico establece que la fijación del VAD se realiza por empresa y dado que está en Cusco, Osinergmin debe preferir utilizar MINTRA Cusco para calcular el costo de hora hombre correspondiente a dicha empresa.

Señala ELSE que Osinergmin ha validado la utilización de las Encuestas MINTRA considerando que contienen información representativa y específica del sector, y que la Encuesta MINTRA de la región Cusco tiene la misma metodología e información que la encuesta MINTRA Nacional, diferenciándose solo en que la primera desagrega la información para la región Cusco.

Por ello, indica que Osinergmin debería preferir el estudio específico para la región Cusco, por sobre la Encuesta MINTRA Nacional.

Análisis

Respecto al uso de MINTRA Cusco 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 concesión⁴.

Respecto al uso de la encuesta MINTRA nacional y la no utilización de los costos MINTRA regionales (como sería el caso de MINTRA Cusco), en el Anexo 1 del Informe Técnico 503⁵ 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 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 le 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”.

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

En cuanto a lo solicitado por ELSE respecto a que Osinergrmin reconozca los costos CAPECO, a continuación, se resumen y analizan los argumentos de dicha empresa, respecto a los cuestionamientos que efectúa 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.

⁴ 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.

⁵ Páginas 5 al 7

b. Sobre la aplicación del principio de predictibilidad

Argumentos de ELSE

ELSE señala que los costos CAPECO han sido aceptados consistentemente por Osinermin como información base para estructurar los costos de inversión en los procesos regulatorios anteriores. Por ello, la utilización de la Encuesta MINTRA implica un cambio de criterio respecto de fijaciones tarifarias precedentes que no cuenta con justificación técnica.

Este cambio de criterio vulnera el principio de predictibilidad porque, como indica, el propio Osinermin ha considerado la información de CAPECO como representativa y válida y la ha empleado para la fijación del VAD del año 2009 y 2013, lo que genera una expectativa razonable sobre la forma en que se llevaría a cabo el presente procedimiento de fijación tarifaria.

Añade que en la fijación tarifaria del 2009, Osinermin 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 argumentó que *“no necesariamente lo reportado por las empresas del Ministerio del 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 ELSE llega a la distorsionada conclusión que según el Informe 437-2009-GART “expresamente se indicó que la encuesta MINTRA no podía ser considerada por Osinermin 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 2018⁶, 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

⁶ Que forma parte integrante de la Resolución Osinermin N° 158-2018-OS/CD mediante la cual se aprobó el VAD 2018 – 2022.

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 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 han 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 IV⁷ y el numeral 2 del Artículo VI⁸ 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 procederes 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 explicita, 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

⁷ 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**".

⁸ 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...

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 fluctuantes necesidades del interés general; pero se le exige, a cambio, un esfuerzo de razonabilidad que debe plasmarse en la motivación del acto”*⁹.

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 ELSE

ELSE señala que los valores tomados de la Encuesta MINTRA no son representativos para la determinación del costo de hora – hombre para actividades de distribución eléctrica, pues consideran un universo heterogéneo y ha sido elaborado con los objetivos de captar información sobre demanda ocupacional futura de personal en empresas privadas formales de 20 a más trabajadores, y requerimientos de calificación necesarios para desarrollar adecuadamente la ocupación demandada.

Añade que el objetivo de la misma es brindar indicadores respecto a las expectativas salariales que un empleador estaría dispuesto a pagar por una demanda marginal de trabajo, dado el contexto macroeconómico presente. Por ello, su utilización no resulta razonable, ni tiene justificación técnica, pues no refleja los costos eficientes que una empresa en marcha como ELSE debe afrontar por el costo de hora – hombre.

En ese sentido, señala que Osinergmin debería preferir los costos de CAPECO para la presente regulación tarifaria.

Análisis legal

En el Anexo 1 del Informe Técnico 503 con el cual se sustentó la Resolución 168, se desarrolla el sustento técnico sobre la validez de la encuesta MINTRA y su idoneidad para considerarla en la regulación del VAD, así como también se explican las razones por las que no resulta apropiado utilizar en dicha regulación los costos CAPECO, siendo

⁹ 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.

estos últimos la fuente que la recurrente pretende que se utilice basándose en un acta de inspección de trabajo. En el referido informe se señaló lo siguiente:

“Es necesario precisar que la referencia de costos de mano de obra publicados por CAPECO fue considerada en procesos regulatorios anteriores, a falta de información confiable del costo de mano de obra del mercado de personal de empresas contratistas de las empresas de distribución eléctrica del país. Sin embargo, a raíz de la publicación, el 24 de setiembre de 2015, del Decreto Legislativo 1221, Decreto Legislativo que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú; así como de la implementación de la planilla electrónica¹⁰, que ha permitido el ordenamiento y sistematización de la información de remuneraciones, se dispone ahora de referencias de costo de mano de obra de trabajadores formales **de cualquier actividad o sector económico**.

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

Como se puede apreciar, los costos de hora hombre publicados por CAPECO son aplicables únicamente al régimen de construcción civil y no son representativas de cualquier otra actividad económica, es decir, no representan el costo de mercado de contratación del personal de empresas contratistas de la actividad de distribución eléctrica. Por ello, aunque cualquier empresa o institución podría tomar dicha referencia de costos para alguna aplicación en particular, en la práctica ninguna empresa distinta al régimen de construcción civil incorporaría en el pago de planillas de su personal las mismas bonificaciones y conceptos remunerativos establecidos expresamente para el régimen de construcción civil por lo cual no se puede afirmar que actualmente sea una referencia apropiada para fines de la regulación de tarifas de distribución.

De este modo, en vista de la falta de información de costos de personal proporcionada por las empresas y dado que los costos CAPECO no son representativos del costo de personal de las empresas contratistas de actividades tercerizadas por las Concesionarias de Distribución, OSINERGMIN ha utilizado la “Encuesta de Demanda Ocupacional”. Los resultados de dicha encuesta tienen validez en consideración de la metodología estadística utilizada y en consideración que la información utilizada proviene de empresas encuestadas.

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

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

¹⁰ La planilla electrónica fue implementada mediante Decreto Supremo N° 018-2007-TR, publicado el 28 de agosto de 2007; Decreto Supremo N° 015-2010-TR, publicado el 18 de diciembre de 2010; y Decreto Supremo N° 008-2011-TR, publicado en 05 de junio de 2011.

Cabe indicar que la actividad de distribución eléctrica se brinda en condiciones de monopolio natural; por ello Osinermin 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 Osinermin como Organismo Regulador es la de fijar dichos costos tratando de arribar a aquellos que se fijarían libremente si existiese un mercado competitivo de distribución eléctrica. El costo real de las empresas es un referente importante, aunque no es decisivo. En el presente caso cabe recordar que ELSE no remitió su información de costos reales que le fuera solicitada mediante el Oficio 008-2019-GRT (Anexo 3 del documento adjunto a dicho oficio), ni globales ni por hora hombre, y Osinermin recurrió a otra fuente como lo fue la Encuesta MINTRA. Asimismo, con Oficio 866-2019-GRT de fecha 10 de setiembre de 2019, Osinermin solicitó a la Corporación FONAFE información de costos unitarios y de mano de obra de los servicios tercerizados de sus empresas concesionarias de distribución eléctrica del FONAFE sin que se haya recibido la información requerida.

Como el mercado competitivo no existe, los costos reales de la empresa de distribución eléctrica, no pueden ser considerados como costos definitivos, debiendo recurrirse también a otras referencias como encuestas de mercado para poder determinarlos. Por tal razón, en el mismo sentido a lo establecido en el numeral 6.1.7.1 de los Términos de Referencia, respecto de los costos de operación y mantenimiento, se reconoce que la empresa real solo es un punto de partida o de referencia, y que los costos unitarios de personal, directos o indirectos, deben de surgir del análisis comparativo de los valores reales con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado.

En consecuencia y según el sustento técnico citado (Informe Técnico 503), la información contenida en la encuesta MINTRA sí puede calificar como una fuente idónea para sustentar los costos de mano de obra, por lo que Osinermin ha motivado su decisión.

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 nacional o MINTRA Cusco, sino que, Osinermin debe de 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 ELSE.

En consecuencia, corresponde al área técnica analizar los argumentos técnicos expuestos por ELSE, y según el caso, reafirmar, adecuar o ampliar su análisis expuesto en el citado Anexo 1, del Informe Técnico 503.

4.3. Respecto de la estructura organizacional, solicita utilizar un porcentaje de asignación al VAD acorde a los antecedentes regulatorios.

ELSE señala Osinermin ha reducido el porcentaje de asignación al VAD multiplicando el porcentaje de 65.8% por un factor adicional del 75% utilizando como sustento la

Resolución Ministerial N° 197-94-EM/VDE “Manual de Costos para Empresas de Electricidad Concesionarias y/o Autorizadas”.

No obstante, esta resolución no es aplicable al presente caso, pues sirve para la elaboración y presentación de la información de los estados financieros, para el cálculo de la Tasa Interna de Retorno (TIR), además que dicha resolución no se encuentra señalada en los Términos de Referencia del VAD como criterio válido para la asignación de porcentajes para el cálculo de los gastos indirectos. Añade que utilizar esta resolución constituiría una vulneración al principio de predictibilidad regulatoria, pues este criterio no ha sido utilizado en ningún antecedente regulatorio.

Análisis legal

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

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

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

ELSE señala en su recurso, que según el artículo 3 de la Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, el Manual de Costos sirve exclusivamente para la elaboración y presentación de la información de los Estados Financieros. Esta información no es exacta, pues conforme al artículo 3 de la Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, se dispone textualmente que dicho Manual “será de aplicación para la elaboración y presentación de la información de los Estados Financieros a partir del ejercicio de 1994”. Esta precisión se efectúa en la resolución con la que se aprobó el dispositivo legal mencionado (no es un artículo del Manual de Costos propiamente dicho), dado que el Manual estaba siendo aprobado el 11 de abril de 1994 y hasta su expedición estaba vigente el “Manual de Costos para empresas de servicio público de electricidad”,

aprobado por Resolución Ministerial 057-86-EM/DGE. Considerando que según el artículo 59 del RLCE, los estados financieros del año 1994 debían ser presentados dentro de los primeros 20 días calendario del mes de abril del año 1995, la precisión efectuada en el artículo 3 de la Resolución Ministerial 197-94-EM/VME era útil para evitar superposición de dos esquemas y dejar claro que en abril de 1995 se presentarían los estados financieros elaborados conforme al nuevo Manual de Costos; pero en ningún momento se señaló que el nuevo dispositivo legal era “exclusivo” para estados financieros ni pretendió limitar los alcances de su aplicación como fuente normativa, así como tampoco los términos de referencia limitan la aplicación de fuentes normativas a utilizar para la regulación.

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

4.4. No aplicar el Factor de Fondo de Reposición a sistemas eléctricos del Sector Típico 4 a menos que previamente hayan sido calificados como SER.



ELSE indica que Osinergmin ilegalmente ha aplicado el factor de fondo de reposición (en adelante “FFR”) a todas las instalaciones eléctricas pertenecientes al Sector Típico 4, cuando la normativa es clara y expresa en indicar que este factor únicamente debe aplicarse a sistemas eléctricos SER. Cita los numerales 8.2.2, 8.3.2 y 8.4.2 de los Términos de Referencia del VAD, para señalar que según éstos el FFR solo se aplica a los Sistemas Eléctricos pertenecientes al Sector Típico SER.



Indica además, que las normas que establecen la aplicación del FFR regulan un supuesto de excepción respecto al régimen general de fijación tarifaria, y que claramente restringen derechos pues implican que se reconozca al concesionario una anualidad del VNR mucho menor a la que corresponde realmente; por lo que concluye que estas no pueden aplicarse por analogía. Asimismo, señala que debe considerarse que, en el proceso regulatorio del 2013, no se aplicó dicho factor a los Sistemas Eléctricos del ST4 de ELSE.

Análisis

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

Cabe indicar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 28749, Ley General de Electrificación Rural (en adelante LGER), los **SER son aquellos sistemas eléctricos de transmisión y distribución desarrollados en zonas rurales, localidades aisladas, de frontera del país, y de preferente interés social, que se califiquen como tales por el Ministerio de Energía y Minas**, de acuerdo al reglamento de dicha Ley. En los artículos 11 y 12 del Reglamento de la LGER (Decreto Supremo 025-2007-EM) se establece que la Dirección General de Electricidad efectúa la calificación de las instalaciones eléctricas y proyectos de instalaciones eléctricas como SER conforme al

procedimiento aprobado para tal fin¹¹ y que el **Plan Nacional de Electrificación Rural incluirá los proyectos calificados como SER.**

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

4.5. Incorporar el costo de la Participación de los Trabajadores en las Utilidades (PTU) como parte de los costos operativos laborales a considerar en el Estudio de Costos presentado en el marco del VAD.

ELSE señala que la PTU es un costo que debe ser incluido en los costos asociados a las normas laborales que debe cumplir para que sean evaluados e incluidos en la fijación del VAD. A continuación se resumen sus argumentos y se efectúa el análisis legal pertinente por cada punto objeto de cuestionamiento:

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

Argumentos de ELSE

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

La empresa indica que Osinergmin 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 ELSE, resulta también inconstitucional, dado que le impide 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 Osinergmin, adelantando opinión y sin valorar el Estudio de Costos de ELSE, 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 dicha empresa 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.

Análisis legal

¹¹ El procedimiento para Calificación de los Sistemas Eléctricos Rurales fue aprobado mediante Resolución Directoral 090-2011-EM-DGE.

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 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. ELSE en el tema de PTU se limitó a efectuar un breve comentario a la prepublicación de los Términos de Referencia¹². 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. ELSE no interpuso recurso impugnatorio contra los Términos de Referencia.

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. En consecuencia, resulta improcedente la solicitud de ELSE respecto a que se evalúe y valore el costo de PTU de dicha empresa.

Es evidente que en materia de PTU, el tema cuestionado por ELSE, 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 Osinergmin 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

¹² Literalmente su comentario fue el siguiente: "Las empresas están obligadas a pagar utilidades a sus empleados, por lo que resulta un costo en el que tienen que incurrir obligatoriamente, en ese sentido, las mismas deberían considerarse para el cálculo del VAD, no existiendo motivo que justifique su exclusión" (página 18 de su documento G -1617-2017 presentado el 02.10.2017 sobre Opiniones y sugerencias al "Proyecto de Términos de Referencia para la elaboración del estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución 2019-2023", ingresado a Osinergmin según Registro 8987-2017-GRT)

Osinergmin con la respectiva base legal e interpretación normativa¹³; sin embargo, ELSE como ya se explicó, no impugnó en la vía administrativa, la decisión de Osinergmin 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 ELSE por cuanto, Osinergmin 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 la impugnante respecto a que en la fijación tarifaria recién es el momento de evaluar el tema.

No se ha violado ningún derecho constitucional de ELSE. 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 Osinergmin.

Lo que pretende ELSE 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 dicha empresa no interpuso recurso impugnatorio por el tema PTU en esa oportunidad ni en ningún proceso anterior de fijación del VAD. Esta pretensión de ELSE 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 Osinergmin 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 ELSE 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

¹³ 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.

interpretación del marco legal y que dentro de las atribuciones de Osinermin 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 Osinermin 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 Osinermin 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 dichas 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 ELSE.

b) Principio de seguridad jurídica en el tema PTU

Argumentos de ELSE

ELSE 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 Osinermin tampoco hacía en los procesos regulatorios anteriores. Señala la empresa que, en efecto, hasta el año 2013, Osinermin 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, Osinermin anula la expectativa razonable de ELSE 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 Osinermin no va contra sus propios actos, no ha infringido el principio de predictibilidad ni ha adoptado decisiones arbitrarias.

Como antecedentes del tratamiento regulatorio que Osinermin le ha venido dando a la PTU, cabe indicar que ya en el año 1997, la Comisión de Tarifas Eléctricas (hoy Osinermin)¹⁴, mediante Resolución N° 023-97-P/CTE, publicada el 15/10/1997, fijó el

¹⁴ 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

VAD sin incluir la PTU. Esta resolución, que también le era aplicable a ELSE, 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, prorrogado, en el caso de ELSE 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 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

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.

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. ELSE 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 ELSE 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 ELSE 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.

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

Argumentos de ELSE

ELSE 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. ELSE 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 ELSE 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 ELSE 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 ELSE¹⁵, por lo que no es exacta la afirmación de ELSE 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 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

¹⁵ 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.

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 ELSE, 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.

Osinermin 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 Osinermin 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 Osinermin 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 Osinergmin 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 Osinergrmin), 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 Osinergrmin 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 ELSE 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.

d) Derecho de propiedad y el tema de la PTU

Argumentos de ELSE



La exclusión de la PTU de los costos eficientes, vulnera el derecho de propiedad de ELSE, protegido por el artículo 70° de la Constitución, pues resulta confiscatorio que ELSE 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. ELSE, verá mermado su patrimonio por un monto igual al que deba pagar a sus trabajadores por dicho concepto. ELSE 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 ELSE 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 b) y c) que anteceden, no forma parte de los costos de operación y mantenimiento que debe contemplar el VAD¹⁶. 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”.

¹⁶ 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.

De la interpretación normativa expuesta en el análisis legal contenido en los literales b) y c) 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 Fundamental¹⁷, 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.

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-OEE¹⁸, 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

¹⁷ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente No. 0011-2013-Pi/TC.

¹⁸ 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.

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.

e) Supuesta falta de motivación

Argumentos de ELSE



ELSE indica que, el no reconocimiento de los costos de la PTU, como costos eficientes reconocidos a ELSE, no ha sido motivado por el Osinergmin, 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 Osinergmin adolece de motivación adecuada; y en este sentido, vulnera el derecho de ELSE a acceder a un debido procedimiento y que Osinergmin se encuentra obligado a aceptar la presentación de los costos por PTU dentro del Estudio de Costos de ELSE, 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, Osinergmin ha motivado las razones por las cuales no incluyó en los Términos de 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) y d) 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 Osinergmin.

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

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 ELSE fue interpuesto el 08 de noviembre de 2019, y de acuerdo a lo señalado en el numeral 2.2 del presente informe, el plazo máximo para resolver dicho recurso de reconsideración vence el día 20 de diciembre de 2019.
- 5.3** Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 del TUO de la LPAG y la normativa aplicable.



6) Conclusiones

- 6.1** Por las razones señaladas en el numeral 2) del presente Informe el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Electro Sur Este S.A. contra la Resolución N° 168-2019-OS/CD, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 6.2** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.1 del presente Informe, esta Asesoría considera que los principios de verdad material y presunción de veracidad tienen una connotación particular para efectos regulatorios, en que los administrados son tanto las empresas concesionarias como los usuarios del servicio público de electricidad, y que ambos principios deben aplicarse dentro de los límites de la proporcionalidad y razonabilidad compatibles con la función regulatoria de modo que se interpreten de la formas en que mejor atienden al fin público al cual se dirigen.



El principio de verdad material no implica que para establecer una tarifa deba reconocerse cualquier realidad de la empresa o algún costo ineficiente de la misma, sino que involucra recurrir a la información o fuente disponible que resulte más idónea y a la constatación de hechos en lo pertinente, considerando que la fijación de tarifas debe responder a criterios de eficiencia conforme a los artículos 8 y 42 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Asimismo, el principio de presunción de veracidad se aplica atendiendo a dichas normas, las cuales, conjuntamente con el artículo 64 de la Ley de Concesiones Eléctricas, determinan que para establecer la tarifa el regulador debe basarse en una empresa modelo eficiente, lo cual, en diversos aspectos, implica confrontar fuentes de información de modo que no siempre será suficiente un simple dato con carácter de declaración jurada

- 6.3** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.2 del presente Informe respecto a la utilización de la Encuesta del Ministerio de Trabajo a nivel Cusco 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 Cusco solicitados.

Por los fundamentos expuestos en los literales b) y c) 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.

- 
- 
- 6.4** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.3 del presente Informe, esta Asesoría considera válido utilizar como fuente regulatoria el Manual de Costos, correspondiendo al área técnica analizar los argumentos técnicos sobre los porcentajes cuestionados por la impugnante.
- 6.5** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.4 del presente Informe, esta Asesoría considera que corresponde al área técnica corroborar que el FFR haya sido aplicado a los SER, tomando en cuenta las normas citadas y el Plan Nacional de Electrificación Rural; y en caso haya sido aplicado a sistemas que no son SER, proceder a efectuar las adecuaciones pertinentes de modo que estos últimos no se les aplique dicho factor.
- 6.6** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.5 del presente Informe, esta Asesoría considera 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.
- 6.7** Debido a la naturaleza técnica de los demás extremos del petitorio y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica concluir luego de su análisis motivado, si el recurso de reconsideración presentado resulta, en sus extremos, fundados, fundados en parte o infundados, según las pretensiones planteadas, atendiendo los fundamentos contenidos en el presente informe.

6.8 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

/wmf