

Informe N° 619-2019-GRT

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

Para	:	Luis Enrique Grajeda Puelles Gerente de la División de Distribución Eléctrica
Referencia	:	a) Recurso de reconsideración interpuesto por Electro Ucayali S.A., recibido el 07.11.2019, según Registro Osinermin N° 201900184631 (Reg. 009548-2019-GRT). b) Expediente 540-2018-GRT
Fecha	:	12 de diciembre de 2019

Resumen Ejecutivo

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

Respecto a los principios administrativos y normas citadas por la recurrente en la parte introductoria de su recurso impugnatorio, se concluye que no son materia de discusión y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo; sin embargo, 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 reconsideración respecto a los siguientes temas: (i) tasas de falla de la red (ii) porcentaje de pérdidas no técnicas reales (iii) capacidad instalada en el Sistema Eléctrico Rural Campo Verde – Pucallpa (iv) costo de mano de obra (v) costos de transporte y equipos (vi) participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa (vii) cantidad y funciones de puestos de trabajo a considerar (viii) monto a reconocer por actividades de transmisión según regulación de sistemas de transmisión (ix) frecuencia del mantenimiento de la franja de servidumbre de las redes (x) cuadrillas asociadas a la Actividad de Operaciones en Distribución (xi) tiempo de ejecución de las actividades de gestión de pérdidas (xii) medición

de calidad de producto de redes y SED (xiii) costos por la actividad de atención presencial (xiv) costos para la atención de los reclamos de los usuarios según directiva que regula el procedimiento de reclamos; y, (xv) proyectos de mejora de calidad como innovación tecnológica.

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

Respecto a los aspectos de fondo jurídicos cuestionados concretamente, ellos están relacionados con los temas vinculados a costo de mano de obra (remuneración en función a la encuesta del Ministerio de Trabajo), participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa y costos para la atención de los reclamos de los usuarios según la Directiva “Procedimiento Administrativo de Reclamos de los Usuarios de los Servicios Públicos de Electricidad y Gas Natural” (en adelante “Directiva de Reclamos”).

En cuanto al **costo de mano de obra**, Electro Ucayali indica que Osinergmin debe considerar a los técnicos electricistas dentro del régimen de construcción civil correspondiéndoles los pagos aprobados por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) conforme a la orden de inspección de trabajo 570-2017 del Ministerio de Trabajo, la cual considera debe ser vinculante para la utilización de los costos CAPECO. Agrega que la utilización de los valores de la encuesta del Ministerio de Trabajo, que a su entender no son representativos para la determinación del costo de hora-hombre para actividades de distribución eléctrica, vulnera el principio de debida motivación, de interdicción de la arbitrariedad y el derecho de defensa al fijar valores que no están debidamente motivados y el de verdad material porque Osinergmin no ha demostrado que los valores consignados por Electro Ucayali sean incorrectos o que su fuente sea inadecuada, así como la predictibilidad pues se aplican ficciones que perjudican a la empresa. Finalmente señala que se ha vulnerado la prescripción legal de establecer el VAD de acuerdo al modelamiento de la empresa para que pueda brindarse el servicio adecuadamente.

En el presente informe se concluye que, Osinergmin no ha infringido las normas ni los principios administrativos señalados en la determinación de los costos de mano de obra considerados en la fijación del VAD al utilizar la encuesta del Ministerio de Trabajo, la cual es una fuente válida e idónea, tal como se ha motivado en el Anexo 1 del Informe Técnico 503-2019-GRT (en adelante “Informe Técnico 503”) que sustenta la Resolución 168, debiendo tenerse en cuenta que se encuentra involucrado un interés público por lo que los principios de veracidad y de verdad material deben ser interpretados de acuerdo con la naturaleza de la regulación del servicio público de electricidad y al fin público que persigue la regulación tarifaria a fin de determinar los costos de mano de obra eficientes; y que, además, la orden de inspección 570-2017 del Ministerio de Trabajo, y su acta anexa no involucra un mandato de considerar como trabajador de construcción civil a cualquier trabajador que realice actividades de mantenimiento de redes eléctricas pues deriva de una realidad concreta de una empresa, que no involucra un mandato o informe vinculante que genere una obligación para cualquier autoridad administrativa de considerar como trabajador de construcción civil a cualquier trabajador que realice actividades de mantenimiento de redes eléctricas.

Respecto al costo de la **participación de los trabajadores en las utilidades** de la empresa (en adelante “PTU”), la recurrente señala que este debe ser considerado en los costos asociados a las normas laborales que debe cumplir Electro Ucayali para que sean evaluados e incluidos en la fijación del VAD, amparando su solicitud en base a los argumentos vinculados a los siguientes aspectos:

(i) 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 Electro Ucayali 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, Electro Ucayali en ningún momento expresó su disconformidad con dicho tema.

(ii) 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 Electro Ucayali no interpuso acción judicial contra la fijación de la Tarifa VAD 2013-2017 en que no se incluyó la PTU, ni emitió comentario ni impugnó la Resolución que aprobó los Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del VAD correspondiente a los periodos 2018- 2022 y 2019-2023. En ese sentido, se evidencia que tanto Electro Ucayali 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.

(iii) Los costos laborales: La recurrente manifiesta 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, lo cual no es cierto toda vez que a su entender 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 Electro Ucayali 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 Electro Ucayali, no tienen connotación regulatoria.

(iv) Derecho de propiedad: Electro Ucayali señala que la exclusión de la PTU de los costos eficientes, vulnera el derecho de propiedad de dicha empresa, protegido por el artículo 70° de 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 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.

(v) Falta de motivación: Electro Ucayali indica que, el no reconocimiento de los costos de la PTU, no ha sido motivado por el Osinerghmin, 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 Osinerghmin 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.

Respecto a los costos para la atención de los reclamos de los usuarios según la **Directiva de Reclamos**, Electro Ucayali indica que dicha Directiva se encuentra vigente y no está considerada en la regulación de los costos de cargo fijo de la regulación tarifaria vigente. Agrega que el monto necesario para cubrir la actividad de atención a reclamos asciende a S/. 191,278.81. Indica que se ha vulnerado los principios debida motivación de los actos administrativos, interdicción de arbitrariedad, verdad material, predictibilidad, presunción de veracidad, derecho de defensa (indefensión) y prescripción legal de fijar el VAD utilizando la empresa modelo y hacerlo para cada empresa.

En el presente informe se concluye que, conforme al principio de legalidad, procede determinar el reconocimiento del costo del cumplimiento de la obligación de la empresa concesionaria referida a asumir a su costo la intervención del sistema de medición y a la realización de la prueba de aislamiento de las instalaciones internas del predio del reclamante que se realizará en el sistema de medición, cuando se presentan reclamos en los que el consumo reclamado excede el 40% el consumo promedio de los últimos doce meses y el usuario no ha solicitado la prueba de contrastación. Sin embargo, el recurso impugnatorio cuestiona la frecuencia, el tiempo y el monto necesario para cubrir la atención de reclamos, los cuales son aspectos técnicos que corresponde al área técnica analizar y sustentar para determinar si este extremo del petitorio resulta fundado, infundado o fundado en parte.

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

El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 19 de diciembre de 2019.

Informe N° 619-2019-GRT

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

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

- 1.1.** El 16 de octubre de 2019 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 168-2019-OS/CD (en adelante “Resolución 168”), mediante la cual se fijaron los Valores Agregados de Distribución respecto de las empresas: Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronoroeste S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A., Electro Sur Este S.A.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electrosur S.A., Empresa Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A., Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A., Electro Oriente S.A. y Electro Ucayali S.A.
- 1.2.** Con fecha 07 de noviembre de 2019, la empresa Electro Ucayali S.A., mediante documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 168.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

- 2.1.** De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 218.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante “TUO de la LPAG”) el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la publicación de la resolución materia de impugnación.
- 2.2.** Considerando que la Resolución 168 fue publicada el 16 de octubre de 2019 y que el plazo máximo para la presentación del recurso de reconsideración era el 08 de noviembre de 2019¹; el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal establecido en la normativa vigente. Asimismo, el recurso resulta admisible al haberse cumplido con los requisitos previstos en los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG.
- 2.3.** En cuanto a la transparencia en los procesos regulatorios, Osinergmin cumplió con publicar el recurso de reconsideración materia de análisis en su página Web, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas.
- 2.4.** Finalmente, Osinergmin convocó a Audiencia Pública, la cual se llevó a cabo los días 28 y 29 de noviembre de 2019, a fin que las empresas impugnantes sustenten y expongan sus recursos de reconsideración y respondan a las consultas de los asistentes a la audiencia, de conformidad con el artículo 193 del TUO de la LPAG.

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

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

Electro Ucayali S.A (en adelante “Electro Ucayali”), 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 Osinerghmin lo siguiente:

- 3.1. Evaluar el cumplimiento de los índices de calidad y suministro considerando las tasas de falla presentes en la red real de Electro Ucayali.
- 3.2. Utilizar el porcentaje que represente las pérdidas no técnicas reales de la compañía equivalente en BT a un 3,28% del total de energía suministrada en cada sistema, y en Media Tensión (en adelante “MT”) a un 0,0065% del total de energía suministrada en aquellos sistemas con ventas no nulas en MT.
- 3.3. Redimensionar la capacidad instalada en el Sistema Eléctrico Rural (en adelante “SER”) Campo Verde - Pucallpa, de modo que se garantice la atención de la demanda para todos los años del periodo regulatorio.
- 3.4. Respecto a los costos unitarios para valorización del Valor Nuevo de Reemplazo (en adelante “VNR”) – mano de obra, solicita:
 - a) Indicar el detalle de la metodología desarrollada para el cálculo de los costos de hora-hombre utilizados en la determinación de los costos estándar de inversión.
 - b) Incluir la información de remuneración promedio profesional técnico y del técnico de nivel medio.
 - c) Considerar a los técnicos electricistas dentro del régimen de construcción civil conforme a lo determinado por el Ministerio de Trabajo.
- 3.5. Utilizar los costos de transporte y equipos propuestos por Electro Ucayali en la entrega del informe “Propuesta de Costos del Valor Agregado de Distribución”, considerando que Electro Ucayali entregó, en el levantamiento de observaciones, cotizaciones del costo de la camioneta que fue solicitada por el Supervisor VAD².
- 3.6. Incluir la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa (en adelante “PTU”) en los costos asociados a las normas laborales que debe cumplir Electro Ucayali, con la finalidad de que sean evaluados e incluidos en la fijación del VAD.
- 3.7. Considerar los 126 puestos de trabajo, propuestos por Electro Ucayali, para las actividades de distribución y adicionar personal técnico y administrativo para las actividades de generación y transmisión, de acuerdo con el detalle que indica el recurso impugnatorio.
- 3.8. Reconocer el valor USD 213 800 dólares anuales para las actividades de transmisión, aprobados en el proceso de regulación de los sistemas secundarios y complementarios de transmisión.
- 3.9. Reconsiderar la frecuencia del mantenimiento de la franja de servidumbre de las redes MT, considerando una frecuencia anual del 100% de longitud total de las redes MT.

² La precisión de este extremo del petitorio, fue efectuada mediante Carta G-2159-2019 (Ingresada según Registro Osinerghmin 201900192088 y Registro 9788-2019-GRT) que absuelve el requerimiento efectuado mediante Oficio N° 1079-2019-GRT.

- 3.10. Considerar las cuadrillas asociadas a la Actividad de Operaciones en Distribución con personal de terceros propuestos por Electro Ucayali. Solicita considerar las 6 cuadrillas propuestas en el recurso.
- 3.11. Corregir la asignación de tiempo de ejecución indicados de la hoja Ratios Comerciales.
- 3.12. Reconocer todas las actividades que involucran el desarrollo de la medición de calidad de Producto para las redes de MT y SED de acuerdo a lo que fue propuesto por Electro Ucayali.
- 3.13. Reconocer los costos totales incurridos para realizar la actividad de atención presencial.
- 3.14. Incluir, dentro del cálculo de los Cargos Fijos, los costos que se incurren en la atención de los reclamos de los usuarios de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva de Reclamos.
- 3.15. Incluir, en Innovación Tecnológica, la implementación de los proyectos de mejora de calidad sobre:
 - a) Sistema de Telegestión para Tecnología LED de Alumbrado Público (AP); y,
 - b) Tecnologías Smart Grid y Detectores de Falla.

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 3.4, 3.6 y 3.14, relacionados con los temas vinculados a costo de mano de obra (remuneración en función a la encuesta del Ministerio de Trabajo), participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa y costos para la atención de los reclamos de los usuarios según la Directiva de Reclamos. 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) Argumentos de Electro Ucayali y análisis legal

4.1. Aspectos generales señalados en la parte introductoria del recurso impugnatorio

Argumentos de Electro Ucayali

- a) Electro Ucayali en la parte introductoria de su recurso impugnatorio, desarrolla de manera general la teoría sobre principios y normas (desde la página 6 hasta la página 26 del recurso) que considera que han sido vulnerados en la Resolución 168.

Señala Electro Ucayali que la resolución impugnada es un acto administrativo y que para ser válido debe cumplir con los principios del procedimiento administrativo y normas legales que sustentan sus decisiones. Seguidamente, la impugnante cita las prescripciones legales, conceptos jurídicos, pronunciamientos jurisprudenciales y/o doctrinarios sobre los siguientes temas: (i) debida motivación de los actos administrativos (principio del debido procedimiento y la motivación como requisito de validez del acto administrativo y alcances de la motivación) (ii) Interdicción de la arbitrariedad (principio de predictibilidad o confianza legítima) (iii) principio de igualdad ante la ley (iv) principio de **verdad material** (v) principio de predictibilidad y transparencia (vi) principio de **presunción de veracidad** (vii) principio del debido

procedimiento (derecho de defensa, indefensión) y (viii) derecho a la propiedad y expropiación directa.

En cuanto a los principios de presunción de veracidad y de verdad material, Electro Ucayali señala que si los administrados alegan un hecho, éste debe ser tomado como cierto hasta que la administración pública pruebe lo contrario por cuanto considera que a los administrados les asiste el derecho de que sus alegaciones sean tomadas por ciertas y la administración pública no puede dejar de observar esas formulaciones salvo que ella hubiera logrado probar que los hechos indicados por el administrado no son ciertos.

En la parte introductoria del recurso, se hace también referencia a la prescripción legal de fijar el VAD utilizando una empresa modelo eficiente y hacerlo de manera individual. Sobre ello Electro Ucayali cita los artículos 64, 66 y 67 de la LCE e indica finalmente que las prescripciones del modelamiento deben atender a las necesidades de la empresa evaluada.

- b) Por otro lado, también en la parte introductoria del recurso, bajo el título de “consideración general en torno a la prepublicación”, Electro Ucayali señala que la LCE y su Reglamento, establecen que el VAD se calcula a partir de los estudios de costos que efectúan los distribuidores y que la LCE no contempla un estudio de costos de un tercero, como es el caso del Supervisor del Estudio de Costos VAD (en adelante “Supervisor VAD”). Indica que el trabajo del Supervisor VAD tiene como objetivo la revisión del estudio del distribuidor, en particular, revisar que sea congruente con lo que disponen los Términos de Referencia del VAD pero que esto no ha ocurrido y que prueba de ello es que muchos aspectos han diferido de la prepublicación lo que a su entender ha generado incertidumbre y vulnera el principio de predictibilidad. Señala que, al no presentar los sustentos, el informe del Supervisor VAD carece de trazabilidad dado que las empresas están imposibilitadas de revisar y observar el contenido de las decisiones de Osinergmin y que el Informe del Supervisor VAD, tampoco ha cumplido sus propios Términos de Referencia.

Análisis legal

- a) 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.

Por otro lado, 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.

- b) En lo referente al Supervisor VAD, en el tercer párrafo del artículo 67 de la LCE se reconoce la facultad de Osinergmin de modificar aquellos aspectos de los estudios de costos presentados que, habiendo sido oportunamente observados, no hubiesen sido absueltos por el concesionario.

El área técnica consideró que el estudio de costos presentado por Electro Ucayali no cumplía aspectos sustanciales o la mayor parte de los Términos de Referencia del VAD, y que las observaciones efectuadas a dicho estudio no fueron debidamente subsanadas por la empresa, lo cual determinó que se utilizara el informe del Supervisor VAD que forma parte del Informe Técnico 503 que sustenta la Resolución 168, en cumplimiento además de lo dispuesto por el artículo 122 del

RLCE³ según el cual, no habiendo sido absueltas las respectivas observaciones a satisfacción del Organismo Regulador, éste establece los valores finales y fija las tarifas.

El Estudio del supervisor VAD ha sido elaborado con la coordinación directa, supervisión y aprobación de Osinergmin, que como todo ente regulador se apoya en servicios de consultoría, y que finalmente, cuando corresponde, hace suyo el resultado de dichos servicios al emitir su decisión regulatoria. Es tal sentido, es válido que la aprobación del VAD se sustente en el Informe Técnico 503 de Osinergmin, cuyo parte principal referente a la empresa Electro Ucayali, son principalmente los informes del Supervisor VAD, es decir, su propuesta de VAD y archivos de cálculo.

Del artículo 67° de la LCE se desprende que los componentes del VAD se calculan para cada empresa concesionaria mediante estudios de costos, de acuerdo con los Términos de Referencia, lo que implica que éstos son de obligatorio cumplimiento, no solo para las empresas concesionarias sino también para el propio Osinergmin. En consecuencia, los informes del Supervisor VAD que forman parte del informe técnico sustentatorio de la Resolución 168 deben respetar lo previsto en los referidos Términos de Referencia.

Por lo tanto, 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 acto⁴.

En distintos aspectos impugnados, Electro Ucayali alude en su recurso a principios administrativos supuestamente vulnerados en la Resolución 168. Sobre el particular, dado que la mayoría de ellos están vinculados con cuestionamientos de datos estrictamente técnicos, corresponde que, en esencia el área técnica, de ser el caso refute técnicamente lo que alega la empresa bajo el subtítulo de “Específicamente”, 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 principios⁵ y que el recurso debe declararse infundado, o en caso contrario, el recurso sea declarado fundado o fundado en parte y se proceda a las correcciones pertinentes.

A continuación, se resumen los argumentos de la recurrente y se efectúa el análisis sobre los aspectos legales de fondo cuestionados concretamente, los cuales están referidos a los

³ **Artículo 122.-** En los casos en que la Comisión (*actualmente OSINERGMIN*) haya presentado observaciones a los estudios de costos presentados por el COES o los concesionarios para la fijación tarifaria, y éstas no hayan sido absueltas a satisfacción de la Comisión, corresponderá a la Comisión (*actualmente OSINERGMIN*) establecer los valores finales y fijar las tarifas dentro de los márgenes que señalan los Artículos 53° y 71° de la Ley.

⁴ 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.

⁵ 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.

extremos del petitorio señalados como numerales 3.4, 3.6 y 3.14 del presente informe en temas vinculados a: costos de mano de obra (las remuneraciones en función de la encuesta del Ministerio de Trabajo), la PTU; y, la Directiva de Reclamos, 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. Encuesta del Ministerio de Trabajo, Técnicos Electricistas en el régimen de construcción civil y el Acta de Inspección 570.

Argumentos de Electo Ucayali

Con relación al extremo del petitorio señalado en el numeral 3.4 del presente informe, Electro Ucayali señala que los valores tomados en la Encuesta de Demanda Ocupacional 2019 del Ministerio de Trabajo (en adelante Encuesta MINTRA), no son representativos para la determinación del costo de hora-hombre para actividades de distribución eléctrica, puesto que 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, y que además, el objetivo de dicha encuesta es brindar indicadores.

Señala la impugnante que Osinergmin, al analizar comentarios de la empresa Electronoroeste S.A, mencionó que el criterio de utilizar la información publicada por el Ministerio de Trabajo se sostiene considerando que dicho Ministerio es la entidad rectora de la administración pública del trabajo. Agrega que por ello Osinergmin deba acatar lo dispuesto en la orden de inspección N° 570-2017 del Ministerio del Trabajo, de fecha 20 de setiembre de 2017, mediante la cual dispone que la actividad de mantenimiento (reparación, ampliación y reformas) de redes eléctricas está considerada de la división 45 - Construcción - de la clasificación CIU de las Naciones Unidas, actividad que se encuentra regulada bajo el Decreto Legislativo N° 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada, y por lo tanto a los trabajadores les corresponde estar bajo el régimen especial de Construcción Civil, en las categorías de peón, oficial y operario y no como en el contrato laboral del régimen general del Decreto Legislativo N° 728.

Electro Ucayali indica que Osinergmin, conforme a la mencionada orden de inspección de trabajo 570-2017, debe considerar a los técnicos electricistas dentro del régimen de construcción civil y que les corresponde los pagos aprobados por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO). Indica la impugnante que Osinergmin desacredita sin fundamento el acta de inspección afirmando que no constituye un documento de uso general, y presenta otra clasificación de la actividad de acuerdo con INEI y que afirma además que no es un costo en el que incurren las empresas, pero el hecho es que es un costo asociado a un derecho obligatorio que tendrán que asumir las contratistas en la medida que el Ministerio del Trabajo continúe con sus inspecciones y, por ello, considera que el reconocimiento del Ministerio del Trabajo en el acta de inspección debe ser vinculante para la utilización de los costos CAPECO.

Señala Electro Ucayali que el proceder de Osinerghmin vulnera los principios de debida motivación de los actos administrativos al fijar valores que no se justifican técnicamente y que son diametralmente distintos a lo que ocurre para la empresa, y que ello también implica una vulneración a la interdicción de la arbitrariedad al no tener debido sustento, y que se transgrede el principio de verdad material porque Osinerghmin no ha demostrado que los valores consignados por Electro Ucayali sean incorrectos o que las fuentes utilizadas por la empresa no sean adecuadas. Indica la impugnante que los valores de la demanda han sido presentados a partir de documentos elaborados por las distribuidoras que tiene la calidad de administrados por lo que Osinerghmin debe tomarlos por ciertos hasta que logre demostrar lo contrario. Señala que Osinerghmin no sustenta los motivos por los que ha considerado determinados valores y no los propuestos por la empresa y que también se estaría infringiendo el derecho de defensa al no ser posible discutir los motivos por los que Osinerghmin habría tomado esta decisión, lo cual según la impugnante viciaría de nulidad la resolución en tanto no está debidamente motivada como lo exige el TUO de la LPAG. Menciona que Osinerghmin debe actuar de manera predecible, guardando coherencia con lo que técnica y legalmente se espera de la fijación tarifaria según las necesidades de la empresa para prestar el servicio con las calidades y exigencias normativas del sector y que aplicar ficciones en perjuicio de esta expectativa transgrede la predictibilidad. Finalmente señala la impugnante que se ha vulnerado la prescripción legal de establecer el VAD de acuerdo al modelamiento de la empresa que involucra usar datos de la empresa para un correcto dimensionamiento de los valores que tienen que ser reconocidos con efecto tarifario para que pueda brindarse el servicio adecuadamente, sin embargo considera la empresa que en la fijación tarifaria se han asumido ficciones peligrosas, pidiendo que se cumplan estándares de diferentes niveles normativos sin que para ello se le otorgue recursos necesarios a través de la tarifa.

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 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 electrónica⁶, 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

⁶ 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.

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...”

Cabe indicar que la actividad de distribución eléctrica se brinda en condiciones de monopolio natural; por ello Osinergmin 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 Osinergmin 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 Electro Ucayali 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 Osinergmin recurrió a otra fuente como lo fue la Encuesta MINTRA. Asimismo, con Oficio 866-2019-GRT de fecha 10 de setiembre de 2019, Osinergmin 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 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 Osinergmin ha motivado su decisión.

Respecto a la supuesta vulneración del principio de presunción de veracidad, este principio no ha sido infringido por las razones indicadas en el análisis legal contenido en el numeral 4.1 del presente informe; es decir, 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 y que la fijación tarifaria se presenta en un contexto de asimetría de información entre el organismo regulador y las empresas concesionarias que prestan el servicio público de electricidad. Conforme a los artículos 8, 42 y 64 de la LCE, 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, sino que para determinar los límites de este principio o interpretar su alcance a una fijación tarifaria en que los administrados son tanto las empresas como los usuarios del servicio, resulta aplicable 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”.

En tal sentido, conforme al artículo 79 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM, Osinergmin podía solicitar la información necesaria para cumplir su función reguladora la cual involucra un interés público por cuanto no solo afecta a la empresa regulada sino también a los usuarios del servicio público de electricidad, y en efecto solicitó dicha información sin que se atendiera dicho requerimiento. Es por ello que también orienta el proceder de Osinergmin, el principio de verdad material previsto en el numeral 1.11 del TUO de la LPAG según el cual la autoridad administrativa debe verificar los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, que en este caso comprende no solo un dato específico sino otros detalles de fuentes que va a confrontar para determinar cuál es el costo eficiente de mercado del elemento a regular.

Reiteramos que para contextualizar la interpretación de los principios en cuestión, se debe tomar en cuenta que conforme al numeral 4.1 de los Términos de Referencia, los Estudios de Costos del VAD tienen cuatro etapas diferenciadas y el objetivo de la primera de ellas es 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, de allí que la información fue requerida para tal efecto aún antes de empezar el proceso regulatorio⁷.

En consecuencia, para la determinación de los costos de mano de obra eficientes, 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, correspondiéndole al área técnica realizar el análisis técnico respectivo a efectos que la decisión regulatoria sea motivada. Dicha motivación ha sido desarrollada en el citado Anexo 1 del Informe Técnico 503, sin perjuicio que sea ampliado o complementado por dicha área con ocasión del análisis del recurso de reconsideración. Asimismo, en el informe mencionado se explica cómo se llega en la regulación del VAD a las remuneraciones del técnico a nivel medio y del profesional técnico, no habiéndose infringido en forma alguna el principio de presunción de veracidad ni la prescripción legal de fijar el VAD utilizando una empresa modelo y hacerlo para cada empresa.

Respecto a la interdicción de arbitrariedad (que está inmersa en el principio de predictibilidad), es preciso indicar que, según el Diccionario de la Real Academia española, se entiende por arbitrariedad la conducta o aquello “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”. De lo explicado en los párrafos precedentes, se evidencia que Osinergmin no incurrió en arbitrariedad alguna habiendo respetado el principio administrativo que la prohíbe, más aún cuando solicitó información y efectuó observaciones oportunas sobre el tema, de modo que la concesionaria tenía la libertad para remitir la información que sustentara su posición (y sirviera como uno de los referentes o fuentes a comparar para la regulación) y los costos en que incurría en materia de mano de obra, pero sin explicación razonable simplemente la empresa nunca remitió la información, por lo que resulta evidente que ha existido conducta arbitraria, pero no por parte de Osinergmin sino por parte de la empresa, y que no se ha vulnerado el derecho de defensa de Electro Ucayali en tanto Osinergmin ha sustentado la fuente utilizada y las razones por las que no procede utilizar los costos CAPECO, sin que la impugnante haya ejercitado su derecho de defensa refutando dichas razones.

Respecto a los efectos que puede tener la orden de inspección 570-2017 y su acta anexa, de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción de Empleo de la Región Tacna; ambos documentos derivan de un acto de fiscalización de un inspector de trabajo sobre situaciones y realidad concreta de la empresa inspeccionada, que no involucra un mandato o informe vinculante⁸ que genere una obligación para cualquier autoridad administrativa de considerar como trabajador de construcción civil a cualquier trabajador que realice actividades de mantenimiento de redes eléctricas.

Dicha medida inspectiva, conforme al artículo 20 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 019-2006-TR, no es susceptible de impugnación de acuerdo al artículo 217.2 del vigente TUO de la LPAG⁹, en tanto no

⁷ Oficio 008-2019-GRT (Anexo 3 del documento adjunto a dicho oficio)

⁸ Solo puede tener efecto vinculante aquello que una norma le atribuya tal naturaleza. No existe ninguna norma que atribuya efecto vinculante en materia regulatoria a las actas de inspecciones de trabajo.

Cabe señalar, como dato ilustrativo que, incluso tratándose de informes y dictámenes, el artículo 182.2 del TUO de la LPAG dispone que se presumirán facultativos y no vinculantes.

⁹ Citado en el Decreto Supremo 019-2016-TR como “artículo 206.2 de la Ley N° 27444”, que en el TUO de la LPAG es el artículo 217.2.

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

Por lo expuesto, una medida inspectiva, además de no agotar la vía administrativa ni analizar en detalle los alcances de dispositivos y el Código CIU 45, no tiene fuerza vinculante ni genera efectos regulatorios, por lo que el contenido de la orden de inspección y el acta de requerimiento anexa a ella, no han sido ni deben tomarse en cuenta para decidir cuál es la fuente idónea para el costo de mano de obra en la fijación del VAD. Sin perjuicio de ello, los alcances del código CIU 45, han sido analizados por el área técnica en las páginas 13 y 14 del mismo Anexo 1 del Informe Técnico 503, habiendo concluido que no corresponde a la actividad eléctrica alegada y que la clasificación adecuada de los técnicos del sector eléctrico se encuentra en las categorías contenidas en otra clasificación industrial (CIUU 3510, 4220, 4321 y 7110).

Por lo expuesto, Osinergmin no ha infringido las normas ni los principios administrativos en la determinación de los costos de mano de obra considerados en la fijación del VAD y la orden de inspección 570 y el acta de requerimiento anexa a ella del Ministerio de Trabajo, no es una fuente idónea para determinar el costo de mano de obra en la fijación del VAD.

4.3. Optimización de los costos de operación y mantenimiento: Participación de los Trabajadores en las Utilidades de la empresa (PTU).

Electro Ucayali señala que Osinergmin no ha considerado ni en los Términos de Referencia del VAD ni en el proyecto de resolución con el que se aprobaría el VAD de dicha empresa, ni en la Resolución 168, el extremo que considera dentro del salario del personal a la PTU. Señala que la PTU es un costo que debe ser incluido en los costos asociados a las normas laborales que debe cumplir Electro Ucayali para que sean evaluados e incluidos en la fijación del VAD. A continuación se resume sus argumentos y se efectúa el análisis legal pertinente.

a.1 Los Términos de Referencia y el debido procedimiento en el tema PTU

Argumentos de Electro Ucayali

Electro Ucayali 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 Electro Ucayali. 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 Electro Ucayali, 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 Electro Ucayali, 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

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. Electro Ucayali formuló sus comentarios u observaciones sobre 10 temas, ninguno de los cuales estuvo referido al tema de la PTU. Los Términos de Referencia se aprobaron mediante Resolución Osinergmin 225-2017-OS/CD la cual se sustentó en el Informe legal 580-2017-GRT y el Informe Técnico 578-2017-GRT (en el tema PTU se mantuvo la misma redacción que el proyecto). Dichos informes reiteraban la posición expuesta en detalle por Osinergmin desde la regulación del VAD del año 2013. Electro Ucayali 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 Electro Ucayali 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 Electro Ucayali y que en su oportunidad cuestionaron otras empresas, ha sido en esencia, si debe ser un concepto materia de retribución como parte de la remuneración de los trabajadores en la fijación del VAD y no cuál es el monto que debería reconocerse o cómo debería calcularse dicho monto, pues esto último solo se discutiría en tanto la PTU sea un concepto reconocido con efecto regulatorio como parte de las indicadas

remuneraciones, lo cual no es un criterio a considerar dado el marco legal aplicable que determinó precisamente plasmar la respectiva exclusión de la PTU en los Términos de Referencia, dentro de la competencia que tenía Osinergrmin de aprobar dichos Términos.

Las empresas presentaron sus objeciones desde sus comentarios al proyecto de Términos de Referencia y una vez aprobados éstos, las que no estuvieron conformes lo impugnaron habiendo sido dichos recursos detalladamente analizados y resueltos por Osinergrmin con la respectiva base legal e interpretación normativa¹⁰; sin embargo, Electro Ucayali como ya se explicó, no manifestó desacuerdo alguno en la vía administrativa, no ejerció en aquella oportunidad sus derechos constitucionales para cuestionar la decisión de Osinergrmin 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 Electro Ucayali por cuanto, Osinergrmin 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 Electro Ucayali. 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 Osinergrmin.

El tema de la **PTU fue cuestionado por diversas empresas desde la etapa de publicación del proyecto de Términos de Referencia y en la vía administrativa ejercieron su derecho de participación y defensa en todo momento**, tanto en los comentarios al proyecto como en la presentación de recursos impugnatorios contra los Términos de Referencia; sin embargo, **Electro Ucayali en ningún momento expresó su disconformidad con dicho tema**, y resulta inexplicable que dos años después de aprobados los Términos de Referencia, cuestione un aspecto (la PTU) que a su entender no debía contener dichos Términos y alegue una supuesta falta de respeto por parte de la autoridad a su derecho al debido procedimiento, cuando su derecho lo tuvo expedito en el procedimiento de aprobación de los Términos de Referencia, pero no lo ejerció dentro de los plazos legales y ahora señala que el momento para discutir dicho tema es durante el presente proceso de fijación

¹⁰ 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.

tarifaria y que es ilegal que Osinergmin no permita evaluar la PTU en la etapa de evaluación de Estudio de Costos; es decir, lo que pretende Electro Ucayali 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 lo discutió en esa oportunidad ni en ningún proceso anterior de fijación del VAD. Esta pretensión de Electro Ucayali 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 Electro Ucayali respecto a la PTU en el sentido que fuera un tema que debía decidirse solo al evaluar los Estudios de Costos, pues era un tema que resultaba de la aplicación e interpretación del marco legal y que dentro de las atribuciones de Osinergmin 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 Osinergmin 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 Osinergmin 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 Electro Ucayali.

a.2 Principio de seguridad jurídica en el tema PTU

Argumentos de Electro Ucayali

Electro Ucayali 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 Osinergmin tampoco hacía en los procesos regulatorios anteriores. Señala la empresa que, en efecto, hasta el año 2013, Osinergmin 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, Osinergmin anula la expectativa razonable de ELECTRO UCAYALI de que la actuación de la administración pública se hará con observancia de lo dispuesto por el marco normativo vigente.

Análisis legal

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

Como antecedentes del tratamiento regulatorio que Osinergmin le ha venido dando a la PTU, cabe indicar que ya en el año 1997, la Comisión de Tarifas Eléctricas (hoy Osinergmin)¹¹, mediante Resolución N° 023-97-P/CTE, publicada el 15/10/1997, fijó el VAD sin incluir la PTU. Esta resolución, que también le era aplicable a Electro Ucayali, 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

¹¹ El 17 de mayo de 1999, se publicó la Ley N° 27116, cambiando el nombre de Comisión de Tarifas Eléctricas por el de Comisión de Tarifas de Energía, al haberle otorgado a esta entidad, nuevas facultades reguladoras, sumándole a la fijación de tarifas de energía eléctrica, la fijación de tarifas de hidrocarburos líquidos por ductos, de transporte y distribución de gas natural por ductos. El 29 de julio de 2000, se publicó la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, estableciéndose en su Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final que a más tardar el 31 de diciembre del año 2000 la Comisión de Tarifas de Energía (CTE) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) se integrarán como un solo organismo Regulador. La denominación del Organismo Regulador será OSINERG. Posteriormente, mediante la Ley 28964, publicada el 24 de enero del 2007, al agregársele funciones vinculadas a la minería el organismo pasó a denominarse Osinergmin.

mantenimiento de la empresa modelo, al punto que en esas mismas fijaciones tarifarias hubieron sectores típicos en los que las mencionadas utilidades no formaron parte del VAD.

En el año 2013 es cuando se cuestiona y aborda con profundidad el tema de la PTU y se analiza al detalle dicho rubro. El 16/10/2013, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Resolución 203-2013-OS/CD mediante la cual, entre otros, se fijó el VAD para el periodo del 01 de noviembre del 2013 al 31 de octubre del 2017, actualmente prorrogado, en el caso de Electro Ucayali 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 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. Electro Ucayali 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 Electro Ucayali 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 Osinermin N° 203-2013-OS/CD de la fijación del VAD del año 2013, publicados en la página web de Osinermin, 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 Electro Ucayali 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. 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 Osinermin 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 Osinermin 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.

a.3 Los costos laborales y la PTU en la fijación del VAD

Argumentos de Electro Ucayali

Electro Ucayali 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. Electro Ucayali 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 Electro Ucayali 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 Electro Ucayali 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 Electro Ucayali¹², por lo que no es exacta la afirmación de Electro Ucayali 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 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

¹² 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.

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 Electro Ucayali, no tienen connotación regulatoria, sino únicamente efectos en la esfera laboral al que la empresa está obligada a respetar.

De conformidad con los Artículo 64 y 70 de la LCE, pertenecientes al Título V de la LCE denominado Sistema de Precios de la Electricidad, complementados con el Artículo 150 del RLCE, tanto para efectos de fijación del VAD como para el cálculo de la TIR, deben tomarse en cuenta los costos de operación y mantenimiento “asociados” o “exclusivamente” propios del sistema de distribución. Técnicamente el sistema de distribución se define como el costo por unidad de potencia necesario para poner a disposición del usuario, la energía desde el inicio de la distribución eléctrica (después de la celda de salida del alimentador de media tensión ubicada en la subestación de transmisión) hasta el punto de empalme de la acometida del usuario. El Manual de Costos, aprobado por Resolución Ministerial 197-94-EM/VME, tampoco permite la inclusión de la PTU como gasto de personal a reconocer como costo operativo del VAD, toda vez que, si en todo momento la LCE y su Reglamento se centran en costos asociados o exclusivamente del servicio y la PTU es posterior a la cadena productiva, no podría considerarse como costo del servicio.

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

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

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

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

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

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

- Energía adquirida a terceros
- **Gastos de personal, incluyendo los beneficios sociales**
- Suministros diversos
- Servicios prestados por terceros
- Cargas diversas de gestión; y,
- Pérdidas estándares calculadas de acuerdo a lo establecido en el Artículo 143 del RLCE.

La misma norma agrega en su párrafo final que corresponde al Osinergmin 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.

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

Asimismo, cabe recordar que en la citada Resolución 027-97-P/CTE se explicó que **no todos los costos de un concesionario operando en el país son considerados en la**

determinación del VAD, sino solo los mencionados en el artículo 64 de la LCE, que no incluye una serie de otros costos que inciden en la actividad empresarial, tales como la depreciación, los costos financieros, los impuestos sobre la renta y otros. Se indicó que la PTU solo puede incluirse en el cómputo del VAD si ésta fuera parte de alguno de los componentes mencionados en el artículo 64 de la LCE y que la PTU no formaba parte de ninguno de ellos.

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

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

Ello, como se indica en el Informe de Picón & Asociados, de fecha 09 de julio del 2013 (Anexo del Informe 432-2013-GRT que sustentó Resolución Osinergmin N° 203-2013-OS/CD de la fijación del VAD del año 2013), evidencia lo que emana de una estructura típica de un Estado de Ganancias y Pérdidas, en que la utilidad/pérdida operativa es la que se obtiene luego de aplicar los costos de operación y mantenimiento, sin tomar en cuenta gastos financieros ni extraordinarios. Por ello, cuando el Artículo 150° del RLCE y el Manual de Costos incorporan dentro de los costos de operación y mantenimiento a los “gastos de personal, incluidos beneficios sociales”, se refiere a los inherentes a la operación del negocio, a aquellos que se consideran para calcular la utilidad/pérdida operativa, tal como fluye de la interpretación concordada de dicho Artículo con los Artículos 64° y 70° de la LCE, así como del referido Manual de Costos. La PTU, se determina en función de un porcentaje de la renta imponible del ejercicio gravable (utilidad antes de impuestos), lo que está muy por debajo de la utilidad/pérdida operativa en la estructura del estado de ganancias y pérdidas. En consecuencia, las utilidades se generan fuera de la cadena de lo que implica operación y mantenimiento propiamente dichos y se generan en marco de las ganancias obtenidas por la empresa luego de finalizado el ejercicio correspondiente y para que se origine el derecho a utilidades por parte de los trabajadores, se requiere que efectivamente la empresa haya concretado la obtención de ganancias; aspecto que difiere de la CTS, vacaciones, etc. los cuales si son derechos vinculados al proceso operativo.

Del análisis jurídico, se evidencia que además de lo dispuesto en la legislación eléctrica, desde el punto de vista constitucional y legal el sentido de la PTU es que la empresa comparta las utilidades o ganancias obtenidas con sus trabajadores debido a la participación decisiva que tienen éstos con su fuerza de trabajo en la generación de las mismas y no que dichas utilidades sean cargadas a los usuarios como si fueran parte de lo que ha costado brindarles el servicio, pues en esencia la obligación de pagar utilidades ha sido impuesta por el artículo 29 de la Constitución a las empresas y no a los usuarios. En consecuencia, en el ámbito del derecho constitucional y

laboral es y será obligatorio que las empresas compartan sus utilidades con sus trabajadores; pero ello no significa que en el ámbito regulatorio del servicio público de electricidad, el desembolso que el cumplimiento del Artículo 29 de la Constitución origine, sea asumido por el usuario del servicio público de electricidad pues la interpretación sistemática de la norma constitucional y legal, para efectos tarifarios, implica concordarla con los artículos 64 y 70 de la LCE y el artículo 150 del RLCE, los cuales, como ya se explicó, exigen relaciones de causalidad directa al proceso operativo de la prestación del servicio que la PTU no tiene; lo que determina que la PTU no sea un componente del VAD y ello a su vez determina que no forme parte de los Estudios de Costos a que se refiere el artículo 67 de la LCE y por ende no pueda llegarse a una interpretación errada de este último Artículo, que cumplir con la norma laboral signifique que la PTU se incluya en el costo de operación y mantenimiento reconocido en el VAD, lo que para efectos prácticos significaría que la empresa no asuma la obligación que la Constitución le impone y que pagar la PTU pase a convertirse en una obligación de los usuarios del servicio.

El Artículo 67 de la LCE, al igual que las demás normas requiere también de una interpretación concordada y sistemática, de modo que no se distorsionen los aspectos regulatorios de la legislación de la actividad eléctrica en que se van a aplicar. En tal sentido el componente del VAD previsto en el artículo 64, como ya se explicó exige que se trate de costos de operación y mantenimiento “asociados” a la distribución y el 70 de la LCE para el cálculo de la TIR requiere de costos de Operación y Mantenimiento exclusivamente del sistema de distribución; y el artículo 150 del RLCE se refiere a beneficios sociales asociados que guarden relación de causalidad directa con los costos en que deba incurrirse para la prestación del servicio de distribución, todo lo cual determina que la PTU no sea considerada un componente del costo de operación y mantenimiento en el VAD. En consecuencia, cuando el Artículo 67 de la LCE establece que al evaluarse los Estudios de Costos deben considerarse las normas laborales, se debe entender que dentro de los costos de operación y mantenimiento serán aquellas normas laborales sobre conceptos que tengan las características de causalidad directa y asociación indicadas, que en el caso concreto de la PTU no se dan (y esto es otra justificación más para que desde los Términos de Referencia, Osinergmin excluya la PTU del Estudio de Costos) y que sí se dan en el caso de CTS, vacaciones, etc.

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

Por lo expuesto, son apropiados los Términos de Referencia al señalar que las remuneraciones consignadas en el Estudio de Costos no incluyan la PTU y no es exacta la afirmación de Electro Ucayali 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.

a.4 Derecho de propiedad y el tema de la PTU

Argumentos de ELECTRO UCAYALI

La exclusión de la PTU de los costos eficientes, vulnera el derecho de propiedad de Electro Ucayali, protegido por el artículo 70° de 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 a sus trabajadores, las empresas del rubro eléctrico que operan en el país. Electro Ucayali, verá mermado su patrimonio por un monto igual al que deba pagar a sus trabajadores por dicho concepto. Electro Ucayali 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 Electro Ucayali 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 a.3 y a.4 del presente informe, no forma parte de los costos de operación y mantenimiento que debe contemplar el VAD¹³. La PTU no beneficia a la empresa ni a sus accionistas ni a terceros, sino solo a los trabajadores; entonces cabe preguntarnos por qué debe pagar el usuario de servicio público de electricidad la PTU si tampoco lo beneficia a él, ni es un costo en que haya tenido que incurrir la empresa para poderle prestar el servicio eléctrico; y si además el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú reconoce literalmente el derecho de los trabajadores de participar en las “utilidades de la empresa”.

De la interpretación normativa expuesta en el análisis legal contenido en los literales a.3 y a.4 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.

¹³ 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.

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 Fundamental¹⁴, 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 Osinermin 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 Osinermin en el año 2013 en el Informe Técnico 054-2013-OEE¹⁵, citado en el informe 047-2018-GPAE; en ambos informes se desarrolla por qué la PTU no debe ser incorporada como un costo de la empresa modelo eficiente dado que no es compatible con el esquema regulatorio especificado en la LCE y su Reglamento. En consecuencia, la PTU podrá ser un gasto para efectos tributarios, pero no para efectos regulatorios de cálculo del VAD.

Por lo expuesto, somos de la opinión que en materia de PTU, no se afecta el derecho de propiedad de la empresa concesionaria por reconocer la PTU en el Estudio de Costos como un costo o gasto laboral que forme parte del costo de operación y mantenimiento a evaluarse en la fijación del VAD, toda vez que la PTU no es un gasto en que se haya incurrido para operar y mantener el servicio recibido y porque según la Constitución Política del Perú asumir la PTU le corresponde a la empresa y no a los

¹⁴ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente No. 0011-2013-Pi/TC.

¹⁵ El Informe Técnico 054-2013 –OEE/OS (de la entonces Oficina de Estudios Económicos (OEE), denominada actualmente Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinermin (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 Osinermin 203-2013-OS/CD mediante el cual se fijó el VAD en el año 2013.

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.

a.5 Supuesta falta de motivación

Argumentos de Electro Ucayali

Electro Ucayali indica que, el no reconocimiento de los costos de la PTU, como costos eficientes reconocidos a Electro Ucayali, no ha sido motivado por el Osinermin, 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 Osinermin adolece de motivación adecuada; y en este sentido, vulnera el derecho de la empresa a acceder a un debido procedimiento y que Osinermin se encuentra obligado a aceptar la presentación de los costos por PTU dentro del Estudio de Costos de Electro Ucayali, 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.1 del presente informe, Osinermin 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 a.1, a.2, a.3 y a.4 que anteceden, no se ha vulnerado el debido procedimiento, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad de la empresa ni ningún otro derecho.

En consecuencia, dado el marco legal aplicable a la fijación del VAD, es legal y no se infringe ningún derecho cuando los Términos de Referencia aprobados por la Resolución Osinermin 225-2017-OS/CD, así como el proyecto de fijación del VAD, publicado con la Resolución Osinermin 124-2019-OS/CD, y la Resolución 168 materia de impugnación, excluyen la PTU de los conceptos a considerar en la regulación como parte de la remuneración de los trabajadores.

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 Osinermin.

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

4.4. Costos que se incurren en la atención de los reclamos de los usuarios de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva de Reclamos.

La empresa señala que la Directiva de Reclamos, se encuentra vigente y no está considerada en la regulación de los costos de cargo fijo de la regulación tarifaria vigente. Cita el artículo 19 inciso e) de Directiva de Reclamos y presenta un cuadro de su estadística de reclamos de los últimos 3 años indicando que éstos han sido atendidos por Electro Ucayali involucrando costos de servicios extras que no han sido reconocidos en los cargos fijos de la tarifa vigente.

Indica la impugnante que Osinergmin ha resuelto su observación parcialmente ya que el monto aprobado es menor al monto necesario para realizar las actividades de atención a los reclamos. Señala que el OSINERGMIN ha utilizado una frecuencia de 1.165091694092% y un tiempo de 45 minutos los mismos que según la empresa no se encuentran sustentados en el expediente técnico adjunto a la resolución del VAD. Agrega Electro Ucayali que el monto necesario para cubrir la actividad de atención a reclamos asciende a S/. 191,278.81 y señala que adjunta como sustento el respectivo archivo de cálculo.

Indica que se ha vulnerado los principios debida motivación de los actos administrativos, interdicción de arbitrariedad, verdad material, predictibilidad, presunción de veracidad, derecho de defensa (indefensión) y prescripción legal de fijar el VAD utilizando la empresa modelo y hacerlo para cada empresa.

Análisis legal

En el inciso e) del artículo 19 de la Directiva de Reclamos, se dispone expresamente que si el usuario no solicita la prueba de contraste dentro del plazo¹⁶, la distribuidora eléctrica, de oficio, y siempre que el consumo reclamado exceda en cuarenta por ciento (40%) el consumo promedio de los últimos doce meses, sin incluir los consumos estacionales; deberá proceder a su costo, con la intervención del sistema de medición (efectuando pruebas técnicas similares a la prueba de contraste en campo) y a la realización de la prueba de aislamiento de las instalaciones internas del predio del reclamante que se realizará en el sistema de medición, salvo oposición expresa del usuario de que se lleve a cabo dichas pruebas. Cuando la concesionaria informe sus resultados deberá incluir la referencia a la vigencia de la calibración del equipo utilizado en el contraste.

En el Artículo IV.1.1 del Título Preliminar del TUO de la LPAG se regula el principio de legalidad, estableciendo que las autoridades administrativas deben actuar conforme a la Constitución, a la ley y al Derecho. De conformidad con dicho principio, la fijación debe reconocer criterios exigidos en las normas de carácter obligatorio, como lo es el caso de la Directiva de Reclamos a la que alude la empresa.

Como puede verse, en la Directiva de Reclamos se dispone en esencia, una obligación a la empresa concesionaria consistente en asumir a su costo cuando se presentan reclamos en los que el consumo reclamado excede el 40% el consumo promedio de los últimos doce meses y el usuario no ha solicitado la prueba de contrastación. En consecuencia,

¹⁶ Cuatro (4) días hábiles, contados desde que la concesionaria le informa al usuario la facultad que este tiene de pedir la intervención de la empresa contrastadora.

conforme al principio de legalidad citado en el párrafo anterior, el cumplimiento de dicha obligación corresponde sea reconocido en la fijación del VAD, en la medida y dimensión que, según la información disponible, se proyecta ese tipo y cantidad de reclamos (facturación superior a 40% del promedio en los que el usuario no solicita contrastación), en la concesión de cada empresa.

Por lo expuesto es parcialmente correcto lo indicado por Electro Ucayali en la parte introductoria de este extremo del petitorio, correspondiendo al área técnica determinar el reconocimiento a que se refiere el párrafo anterior. En tal sentido, en la fijación del VAD se ha reconocido la aplicación de dicha directiva, sin embargo, el recurso impugnatorio cuestiona la frecuencia, el tiempo y el monto necesario para cubrir la atención de reclamos, los cuales son aspectos técnicos que corresponde al área técnica analizar y sustentar para determinar si este extremo del recurso resulta fundado, infundado o fundado en parte, de modo que se cumpla con los principios administrativos citados.

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

- 5.1** De conformidad con el artículo 218.2 del TUO de la LPAG, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 30 días hábiles contados a partir de su interposición.
- 5.2** Para tal efecto, teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración presentado por Electro Ucayali fue interpuesto el 07 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 19 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 Ucayali 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 respecto a los principios administrativos y normas citadas por la recurrente en su recurso impugnatorio, se concluye que no son materia de discusión y resultan aplicables a todo procedimiento administrativo; y que sin embargo, 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, esta Asesoría considera que en lo referente a los temas de Encuesta del Ministerio de Trabajo, Técnicos Electricistas en el régimen de construcción civil y la orden de Inspección 570-2017 de la Dirección Regional y Promoción de Empleo de la Región Tacna, no se han infringido las normas ni los principios administrativos en la determinación de los costos de mano de obra considerados en la regulación y que la mencionada acta de inspección, no es idónea para determinar que sean los costos CAPECO la fuente que deba emplearse para determinar el costo de mano de obra en la fijación del VAD.

Respecto a los efectos de la mencionada orden de inspección y su acta anexa, cabe indicar que se trata de un acto de fiscalización sobre situaciones y realidad concreta de la empresa inspeccionada, que además de no constituir un acto administrativo definitivo sobre los alcances de las afirmaciones que contiene, no tiene fuerza vinculante, ni genera efectos regulatorios.

Corresponde al área técnica efectuar las precisiones o análisis en lo referente a los extremos del petitorio indicado en los literales a), b) y c) del numeral 3.4 del presente informe.

- 6.4** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.3 del presente Informe, esta Asesoría considera que la exclusión de la PTU como parte de las remuneración, cumple con el marco legal aplicable respetando los derechos de los administrados, toda vez que la PTU no es un rubro que corresponda calcular e incluir en la fijación del VAD, habiendo ejercido legalmente Osinergmin la competencia prevista en el artículo 67 de la Ley de Concesiones Eléctricas al aprobar los Términos de Referencia con dicha exclusión y fijado el VAD sin incluir la PTU.
- 6.5** Por los fundamentos expuestos en el análisis legal contenido en el numeral 4.4 del presente Informe, esta Asesoría considera, conforme al principio de legalidad, que el costo asociado a la prueba de contrastación que deben efectuar los concesionarios cuando se presentan reclamos en los que el consumo reclamado excede el 40% del promedio de los últimos doce meses y el usuario no ha solicitado dicha prueba, debe ser reconocido en la fijación del VAD, en la medida y dimensión, que, según la información disponible, se proyecta ese tipo y cantidad de reclamos (facturación superior a 40% del promedio en los que el usuario no solicita

contrastación), en la concesión de cada empresa, correspondiendo al área técnica analizar el cuestionamiento efectuado por la empresa respecto al monto aprobado por este concepto en la fijación del VAD.

- 6.6** Debido a la naturaleza técnica de los demás extremos del petitorio y argumentos presentados por la empresa recurrente, corresponde al área técnica su análisis, atendiendo los fundamentos contenidos en el presente informe. Cabe indicar que, en cada uno de los extremos del petitorio, Electro Ucayali 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 “Específicamente”) en cada uno de los puntos impugnados (por qué se ha descartado los datos presentados por la empresa, fuentes utilizadas para la fijación, etc.), a fin de evidenciar que se han respetado dichos principios y que el recurso debe declararse infundado, o en caso contrario, el recurso sea declarado fundado o fundado en parte y se proceda a las correcciones pertinentes.
- 6.7** El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 19 de diciembre de 2019.

[jamez]

[mcastillo]