

“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

Informe N° 056-2018-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Luz del Sur S.A.A contra la Resolución OSINERGMIN N° 225-2017-OS/CD mediante la cual se aprobaron los Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución correspondiente a los periodos de Fijación de Tarifas 2018-2022 y 2019-2023

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

Referencia : a) Recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Luz del Sur S.A.A. mediante documento s/n, recibido el 21/12/2017, según registro 201700219877 y registro GRT N° 011829.

b) Expediente D- 597-2016-GART

Fecha : 05 de febrero de 2018

Resumen Ejecutivo



El presente Informe tiene como finalidad analizar los argumentos jurídicos del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Luz del Sur S.A.A (en adelante Luz del Sur) contra la Resolución OSINERGMIN N° 225-2017-OS/CD (en adelante Resolución 225), mediante la cual, se aprobaron los Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución correspondientes a los periodos de Fijación de Tarifas 2018-2022 y 2019-2023.



Luz del Sur solicita se declare la nulidad parcial de los Términos de Referencia, aprobados por Resolución 225, en el extremo que excluye la participación de los trabajadores en las utilidades (en adelante PTU) de los costos laborales a ser considerados en el Estudio de Costos para fijar el VAD 2018-2022. Ampara su solicitud en aspectos vinculados con **(i)** principio de legalidad **(ii)** motivación **(iii)** PTU y Tasa de Actualización **(iv)** derecho de propiedad, y **(v)** responsabilidad patrimonial y administrativa.

En la secuencia indicada en el párrafo anterior, los argumentos y principales afirmaciones de Luz del Sur se refieren a que

- (i)** La Resolución 225 es nula porque contraviene el **principio de legalidad**. Las normas del subsector de electricidad aplicables son los Artículos 64 y 67 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante LCE) y el Artículo 150 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM (en adelante RLCE). Por mandato expreso de los mencionados Artículos 67 y 150, Osinergmin debe considerar el cumplimiento de las normas laborales, incluyendo los beneficios sociales como la PTU, no estando facultado a excluirlos del VAD, y no puede discriminar entre unos y otros costos. El artículo 29 de la Constitución reconoce el derecho a la PTU y el Decreto Legislativo 892 regula los criterios

para su distribución y que forman parte, por tanto, del beneficio social a que tienen derecho los trabajadores de la empresa.

- (ii) La Resolución 225 es nula por ausencia de **motivación**, en ninguna parte del informe legal que sustentó la Resolución 225 se menciona el sustento legal que justifica la exclusión de la PTU y, todas son generalidades u opiniones por lo que la motivación es aparente, insuficiente o incongruente.
- (iii) La **PTU** no es un costo de capital sino un costo laboral y por ello no está considerado en la **Tasa de Actualización** de 12%, la PTU no forma parte ni de la Tasa Libre de Riesgo ni del premio por el riesgo en el país, es un error la afirmación del “círculo vicioso” que se generaría en el caso de incluir la PTU en el COyM, el reconocimiento de la PTU, no conlleva a incrementar utilidades sino a no confiscar parte de la TIR.
- (iv) Excluir la PTU de los Costos de Operación y Mantenimiento (COyM) a ser considerados en el VAD, califica como una **expropiación** regulatoria, pues la empresa verá mermado su patrimonio por un monto igual al costo laboral que Osinergmin se niega a incluir en los Términos de Referencia. La PTU no beneficia a la empresa, ni a sus accionistas ni a terceros vinculados, sino exclusivamente a los trabajadores. Agrega que al no incorporar la PTU en el VAD se obliga a las empresas a perder parte de sus ingresos por los costos operativos vinculados al servicio pese a que la ley expresamente reconoce que estos ingresos deben ser fijados en el VAD y reconocidos a favor de las empresas; y,
- (v) De persistir Osinergmin en excluir de manera arbitraria y manifiestamente ilegal de los Términos de Referencia a la PTU como parte de los COyM a considerar en el Estudio de Costos, estaría incurriendo en una ilegalidad manifiesta que conlleva a una expropiación regulatoria y desde ya hace responsable a Osinergmin por los **daños y perjuicios** que dicha decisión ocasione, los que deberán ser oportunamente indemnizados. Se indica en informe anexo al recurso de Luz del Sur que se ha incurrido en ilegalidad manifiesta por cuanto las mismas objeciones fueron realizadas respecto al acto administrativo de fijación del VAD periodo 2013-2017, de modo que desde esa fecha se tiene conocimiento de la ilegalidad denunciada por las empresas distribuidoras. Indica que Osinergmin es parte de un proceso judicial contra Edecañete, en donde las dos instancias judiciales se han pronunciado en contra de la entidad y a favor de la inclusión de la PTU en los costos asociados en la determinación del VAD.

En el presente Informe se analizan los referidos cuestionamientos de Luz del Sur y se concluye que la Resolución 225 no ha incurrido en ningún vicio de nulidad y que el recurso de Luz del Sur debe declararse infundado, por las siguientes razones:

- (i) La exclusión de la PTU de los Términos de Referencia del VAD aprobados por Resolución 225, cumple con el **principio de legalidad**, toda vez que conforme a una interpretación sistemática de la legislación eléctrica no forma parte de los Costos de Operación y Mantenimiento. En efecto, de acuerdo a los Artículos 64 y 70 de la LCE, el Manual de Costos y al propio Artículo 150 del RLCE, cuando este último incorpora a los gastos de personal, incluidos beneficios sociales, comprende los “gastos de personal, incluyendo los beneficios sociales” que estén “asociados” o sean “exclusivamente” propios del proceso operativo del negocio, en la medida que “guarden relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución”; es decir, se refiere a los inherentes a la operación del negocio, a aquellos que se consideran para calcular la utilidad/pérdida operativa. La

PTU, 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 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. Respecto al artículo 67, cuando 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 que determinen incurrir en costos o gastos sobre aspectos que tengan las características de causalidad directa y asociación indicadas, que en el caso concreto de la PTU no se dan. En ese sentido, en el nuevo Artículo 67 no se ha creado un componente del VAD adicional a los previstos en el artículo 64 de la LCE y su interpretación debe ser sistemática y concordada con las demás normas citadas de la regulación eléctrica, caso contrario la tarifa incluiría hasta pago de multas ambientales, cualquier tipo de beneficio concedido en los convenios colectivos, entre otros, cosa que no se permite en el artículo 8 de la LCE, en el cual solo se reconoce en la tarifa los costos eficientes. Además, el sentido de la PTU, desde el punto de vista constitucional y legal es que la empresa comparta las utilidades o ganancias obtenidas con sus trabajadores y no que sean cargadas a los usuarios como si fueran parte de lo que ha costado brindarles el servicio, pues la obligación de pagar utilidades ha sido impuesta por el artículo 29 de la Constitución a las empresas y no a los usuarios. Estos aspectos se complementan con el hecho que, conforme se infiere de los informes técnicos y económicos de Osinergmin, la PTU se encuentra implícita en la Tasa de Actualización, con lo que, además no corresponde remunerar dos veces por el mismo concepto porque ello también vulneraría el citado artículo 8 de la LCE.

- AM*
- A*
- (ii) La exclusión de la PTU de los Términos de Referencia del VAD aprobados por la Resolución 225, fue una decisión **motivada**. Es falso que en ninguna parte del Informe Legal 580 con el que se sustentó dicha Resolución, se haya mencionado el sustento legal que justificara la exclusión de la PTU. En las páginas 7 y 8 del mencionado informe se mencionó el sustento legal expreso y las razones sustanciales que justificaban la exclusión de la PTU, lo que era suficiente para motivar el acto; sin embargo, adicionalmente, a efectos de no ser innecesariamente repetitivos, se optó por remitir los detalles de los fundamentos a los informes que sustentaron la fijación del VAD del año 2013, precisándose el número de dichos informes e incluyéndose en pie de página el link que permitía ver en la página web de Osinergmin el contenido de dichos informes y ubicar en la misma web incluso los informes anteriores a ellos.
 - (iii) Los cuestionamientos sobre PTU y Tasa de Actualización han sido refutados en los informes técnicos y económicos de la DDE y GPAE de Osinergmin al analizar el recurso materia de este informe.
 - (iv) No hay **expropiación** regulatoria por el tema de la PTU 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 y por otro lado, es un concepto que sí forma parte de una Tasa de Actualización que remunera la inversión; consecuentemente no se le está afectando su derecho a propiedad. De ningún modo pueden considerarse una confiscación, por el contrario, el reconocerle la PTU en el Costo de Operación y Mantenimiento implicaría remunerarle dos veces por el mismo concepto y además la Constitución ha dispuesto que se comparta “utilidades de la empresa”; y

- (v) Osinergmin en todo momento ha sustentado sus decisiones e interpretado y aplicado la legislación pertinente a la materia controvertida, la cual directamente o por remisión se ha explicado y reiterado en los informes técnicos y económicos que sustentaron la Resolución 225 y en aquellos de la fijación del VAD del 2013 a los que se remitiera los informes que sustentaron la Resolución impugnada. Osinergmin no solo ha cumplido con los principios de legalidad y del debido procedimiento (motivación), sino también con el de buena fe procedimental, por lo que rechaza tajantemente la afirmación de que se hayan aprobado los Términos de Referencia con exclusión de la PTU como una supuesta acción deliberada intencional y consciente sobre la existencia de vicios de legalidad. Respecto a resoluciones judiciales sobre el tema de PTU, se tiene pronunciamientos distintos en diversos procesos judiciales seguidos por diversas empresas contra Osinergmin, sin que ninguno tenga la calidad de cosa juzgada. En ese sentido, mal puede hablarse de la existencia de conductas “manifiestamente ilegales” o maliciosas en temas que acarrear pluralidad de opiniones; menos aun cuando mayoritariamente esas opiniones judiciales vienen siendo más parecidas a las de Osinergmin que a las de la impugnante y que el proceso de Edecañete, a que se refiere el impugnante, haya tenido el voto en discordia de dos magistrados.

Por lo expuesto, la Resolución 225 no ha incurrido en ningún vicio por lo que debe declararse no ha lugar a la nulidad solicitada por Luz del Sur e infundado su recurso en todos sus extremos. El plazo para resolver el recurso vence el 06 de febrero del 2018.

Informe N° 056-2018-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Luz del Sur S.A.A contra la Resolución OSINERGMIN N° 225-2017-OS/CD mediante la cual se aprobaron los Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución correspondiente a los periodos de Fijación de Tarifas 2018-2022 y 2019-2023

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

- 1.1** El 30 de noviembre de 2017, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Resolución 225, mediante la cual se aprobaron los Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución correspondientes a los periodos de Fijación de Tarifas 2018-2022 y 2019-2023.
- 1.2** Con fecha 21 de diciembre de 2017, Luz del Sur, mediante el documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 225, cuyos aspectos legales serán analizados en el presente informe.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

- 2.1** De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 216.2 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante el TUO de la LPAG) y por el Artículo 74 de la LCE, 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 225 fue publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2017 y que los Términos de Referencia fueron publicados en la página Web del Osinergmin el 01 de diciembre del 2017, el recurso impugnatorio del recurrente fue presentado dentro del término de Ley, al ser interpuesto el 21 de diciembre de 2017.
- 2.3** El recurso impugnatorio de Luz del Sur resulta admisible, dado que, cumple con los requisitos previstos en los Artículos 122 y 219 del TUO de la LPAG.

Aspecto procesal

Luz del Sur, señala que el procedimiento de aprobación del VAD es un procedimiento complejo cuyo fin último es la aprobación del VAD, en tanto involucra dos procedimientos que a pesar de estar vinculados, son actos administrativos independientes entre sí, el primero recae sobre la aprobación de los Términos de Referencia sobre los cuales se deben elaborar los Estudios de Costos, el cual es un acto administrativo de alcance general no normativo de carácter definitivo, y el segundo sobre la aprobación del VAD propiamente dicho que se inicia con la presentación del Estudio de Costos, de modo que la Resolución 225 contiene un acto administrativo impugnabile en el marco del TUO de la LPAG y que de no impugnarse la resolución que aprueba los Términos de Referencia, dicho acto administrativo quedaría firme y estaría impedido de cuestionar en el segundo procedimiento, la aprobación de un VAD determinado sin considerar la PTU.

Sobre el particular, conforme al Artículo 67 de la LCE, se efectúa una publicación del proyecto de Términos de Referencia a utilizar en los Estudios de Costos, otorgando un plazo de 45 días hábiles para recibir comentarios y sugerencias de los interesados; y posteriormente, dentro de los 90 días hábiles de efectuada dicha publicación, se deben aprobar los mismos. Ello implica que con dicha resolución, que no es de carácter normativo, se pone fin a la instancia sobre esa materia, es decir, concluye el tema respecto de lo que deben contener los Estudios de Costos para la próxima fijación del VAD en los períodos regulatorios que se precisan en la aprobación de dichos Términos. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 1 y 215 del TUO de la LPAG, la Resolución 225 mediante la cual se aprobaron los Términos de Referencia, constituye un acto administrativo impugnabile, y corresponde pronunciarse sobre el recurso interpuesto.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

Luz del Sur solicita se declare la nulidad parcial de los Términos de Referencia aprobados por Resolución 225, en el extremo que excluye la PTU de los costos laborales a ser considerados en el Estudio de Costos para fijar el VAD 2018-2022. Asimismo, solicita que en el mismo acto que resuelva su recurso, se aprueben los nuevos Términos de Referencia que reconozca a la PTU como parte de los costos laborales a ser considerados en el Estudio de Costos del VAD.

4) Argumentos de hecho y derecho de Luz del Sur

Luz del Sur, en su recurso y el informe del Estudio CMS Grau anexo al mismo, al impugnar la Resolución 225 en el extremo de no incluir la PTU, se sustenta en los argumentos relacionados con el principio de legalidad, motivación, Tasa de Actualización, derecho de propiedad y responsabilidad patrimonial y administrativa que se indican a continuación.

4.1 Principio de legalidad

- a) Luz del Sur señala que la Resolución 225 es nula por contravenir el principio de legalidad, el cual obliga a Osinergmin a calcular la tarifa conforme a la LCE, el RLCE y demás normas aplicables que definen los elementos que la componen, que para el caso de la PTU son los Artículos 64 y 67 de la LCE; y, el Artículo 150 del RLCE, conforme a los cuales el VAD debe remunerar, entre otros, los costos estándares de inversión, mantenimiento y operación de las empresas concesionarias que operan en el país.

Señala Luz del Sur que para efectos del VAD, por mandato expreso del Artículo 67 de la LCE, Osinergmin debe tomar en cuenta el costo de cumplimiento de las normas laborales vigentes en el Perú, las cuales incluyen los beneficios sociales –como la PTU– como expresamente reconoce el Artículo 150 del RLCE, el que establece todos los costos que se deben considerar para calcular la Tasa Interna de Retorno (TIR) y faculta a Osinergmin a evaluar y calificar dichos costos más no a desconocerlos o excluirlos del VAD, por lo que no cabe que

Osinerghmin discrimine entre unos y otros costos, menos cuando en el Artículo 150 del RLCE se incluye expresamente a los beneficios sociales. Señala que la Resolución 225 infringe el principio de legalidad al apartarse del texto expreso de la LCE según el cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que tiene atribuidas y con los fines que fueron conferidas. Indica además que a similar conclusión llegó la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso seguido por Edecañete. Indica que en las normas citadas se recoge un principio ético, destinado a fomentar el cumplimiento de la legislación mediante el reconocimiento en las tarifas, del costo que su cumplimiento acarrea, el cual recoge el principio de regulación denominado "orientación a costes" que según doctrina que cita, exige que las tarifas se sitúen ligeramente por encima de los costes reales de la prestación del servicio tarifado cuyo fundamento es el carácter sustituto de la tarifa respecto al mecanismo ordinario de precios basado en oferta y demanda y por ello la tarifa debe permitir cubrir costes dado que no se puede obligar a nadie a producir o vender por debajo de ellos.

- Adeluz*
- b) El impugnante hace referencia a la regulación en Chile, indicando que en dicho país se aplica un modelo similar al peruano y que la tarifa incluye la PTU como parte de los costos laborales y que en su documento denominado "*Comunica Definición de Áreas Típicas y Documentos Técnicos con Bases del 'Estudio para el cálculo de los componentes del Valor Agregado de Distribución; Cuadrienio 2016-2020 (...)*", la Comisión Nacional de Chile comprende a la PTU como parte de los costos de las remuneraciones.
- c) Agrega Luz del Sur que en el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú se reconoce el derecho de los trabajadores a la PTU y en el Decreto Legislativo 892 se establece en 5% de la renta anual antes de impuestos, fijando en su Artículo 2 su fórmula de aplicación, y por ende es un beneficio social al que tiene derecho el trabajador.

Concluye la recurrente que es una infracción a las normas citadas y al principio de legalidad, que los Términos de Referencia excluyan a la PTU de los costos a tomarse en cuenta en el Estudio de Costos, por lo que dicho extremo de los Términos, a su entender, estaría viciado de nulidad según el numeral 2 del Artículo 3 del TUO de la LPAG, y los numerales 1 y 2 del Artículo 10 del mismo cuerpo legal.

4.2 Motivación

El recurso de Luz del Sur cita tres párrafos del informe legal, indicando que en ninguna parte de dicho informe se menciona el sustento legal que justifique la exclusión de la PTU de los Costos de Operación y Mantenimiento (COyM) de una empresa de distribución eléctrica e indica que todas son generalidades y opiniones particulares de quien suscribe el informe, por lo que a su entender se estaría frente a una motivación aparente, insuficiente o incongruente. Señala la impugnante en el informe anexo al recurso, que en las observaciones que efectuaron las empresas Electro Sur, Electro Dunas, Distriluz, Electro Sur Este, Luz del Sur y Enel, al proyecto de términos de referencia, indicaron que la PTU debía

incluirse como costo pertinente al VAD y que se hizo referencia al texto del Artículo 67 de la LCE que es claro, expreso e inequívoco, pero que, sin embargo, los argumentos expuestos en las observaciones fueron rechazados sin mayor sustento en el informe 580-2017-GRT sobre la base de una remisión a los argumentos expuestos en informes técnicos del año 2013.

Señala además que Osinergrmin no cita ni tiene sustento legal para decir que la PTU no guarda relación directa con la prestación del servicio de distribución eléctrica. El impugnante considera que ello contraviene el texto expreso de la ley ya que en este caso la relación de causalidad viene determinada expresa y directamente por la ley. Agrega que en el Artículo 67 de la LCE y 150 del RLCE se establece claramente que todos los costos laborales deben ser considerados para la determinación del VAD y que siendo la PTU un costo laboral no puede desconocerse.

El recurrente señala que la PTU sí guarda relación de causalidad directa con el servicio de distribución y que hay un error conceptual de Osinergrmin por cuanto las utilidades serán un resultado económico, pero la PTU en éstas es una consecuencia directa de la prestación del servicio, al ser un beneficio social reconocido a los trabajadores de una empresa de distribución por la Constitución y la ley y que a su entender, la relación de causalidad se demuestra que las utilidades se distribuyen en función de los días efectivamente trabajados y de su remuneración y que por ello concluye que la PTU forma parte de los costos de personal en que debe incurrir la empresa en cumplimiento de la legislación laboral. Agrega, además que la legislación tributaria reconoce a la PTU como un gasto deducible de la renta de tercera categoría justo por guardar relación directa con la fuente productora de la renta.

Concluye Luz del Sur este extremo de supuesta falta de motivación, citando el Artículo IV numeral 1.2, numeral 4 del Artículo 3 y el Artículo 6 del TUO de la LPAG, así como jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la debida motivación, y calificando la decisión de Osinergrmin como ilegal y manifiestamente arbitraria.

4.3 PTU y Tasa de Actualización

- a) El impugnante señala que la PTU no es un Costo de Capital sino un Costo Laboral, por ello no está considerado en la Tasa de Actualización de 12% y que expresamente en el Artículo 79 de la LCE se establece que esta Tasa es igual a la Tasa Libre de Riesgo, más el premio por el riesgo en el país, esta última definida en el numeral 18 del Anexo de la LCE como la Tasa de rentabilidad del capital para las operaciones en los sistemas de intermediación financiera, para condiciones de bajo riesgo de capital. Indica Luz del Sur que sorprende que un regulador que tiene entre sus funcionarios a connotados economistas, no perciba que la PTU no forma parte ni de la Tasa Libre de Riesgo ni del premio por riesgo país y que consiguientemente mal podría formar parte de la Tasa de Actualización. Agrega que como la PTU no forma parte de las rentas de Capital, como sí los dividendos que se pagan a los accionistas, es que dicho concepto es deducible para efectos de Impuesto a la Renta pues se trata de una renta producto del trabajo y que es distinto el caso de los dividendos, que retribuyen

la contribución al Capital efectuada por sus accionistas y, por ende, no forman parte de los COyM.

- b) Luz del Sur considera que Osinermin yerra con la afirmación del “círculo vicioso” que se generaría en el caso de incluir la PTU en el COyM y más cuando ello no se produjo en fijaciones tarifarias anteriores al 2013 que reconocieron a la PTU como parte de los costos operativos. Indica que el reconocimiento de un costo operativo real como la PTU no conlleva a incrementar utilidades sino a no confiscar parte de la Tasa Interna de Retorno (TIR) con la que se retribuye al inversionista; y que justo por ello, en los Artículos 149 y 150 del RLCE se obliga a considerar en la TIR gastos de personal incluyendo beneficios sociales, dentro de los cuales se encuentra incluida la PTU, pudiéndose calcular la TIR después de descontar estos costos. Agrega el impugnante que si la afirmación de Osinermin fuera cierta, un “círculo vicioso” similar se daría en el caso del impuesto a la renta y que la deducción de la renta imponible generaría el mismo incremento infinito de las utilidades, pero que, sin embargo, la norma tributaria permite deducir dicha participación, por considerarlo como un costo laboral que no forma parte de la renta del inversionista. En el informe anexo al recurso, el impugnante señala también que Osinermin parte de una confusión entre la PTU y las utilidades de la empresa y que, si bien la PTU se obtiene de las utilidades, no puede confundirse con ellas, que tiene sentido excluir a las utilidades que perciben los accionistas de los costos considerados para calcular el VAD, si se consideran como ingresos que benefician a la empresa (y sus accionistas mediante el pago de dividendos), y que en este escenario sí cabe su exclusión de los costos operativos de la empresa. Agrega que, sin embargo, el caso analizado es distinto, pues la PTU se deriva de las utilidades no se confunde con ellas porque no beneficia a la empresa ni a sus accionistas, sino solo a los trabajadores y se paga como derecho laboral reconocido en el Artículo 29 de la Constitución y como tal es un costo laboral asumido por la empresa de distribución eléctrica, que debe ser reconocido en el VAD.
- c) El impugnante indica que si la PTU es un costo laboral Osinermin está obligado a reconocerlo como parte de los COyM. Considera ilegal la conclusión del informe legal según la cual no está en discusión si la PTU sea o no un costo laboral sino su aplicación regulatoria y que no es un concepto a incluir. Señala que ello contraviene el mandato expreso del Artículo 67 de la LCE.

4.4 Derecho de propiedad

Luz del Sur señala que la exclusión de la PTU configura una confiscación regulatoria de sus inversiones, que a su entender verá mermado su patrimonio por un monto igual al costo laboral que Osinermin se niega a incluir en los Términos de Referencia. Indica que hay expropiación regulatoria, pues es innegable que la PTU afecta el resultado económico de la empresa y que no la beneficia, ni a sus accionistas ni a terceros vinculados, sino exclusivamente a los trabajadores. Agrega que al no incorporar la PTU en el VAD se obliga a las empresas a perder parte de sus ingresos por los costos operativos vinculados al servicio pese a que la ley expresamente reconoce que estos ingresos deben ser fijados en el VAD y reconocidos a favor de las empresas. Por ello considera que se ha producido una expropiación regulatoria que afecta el derecho constitucional

de propiedad de las concesionarias de distribución determinado en los justos títulos de concesión, y el derecho de percibir los costos asociados al servicio de distribución eléctrica. El impugnante en el informe anexo a su recurso, señala en cita doctrinaria que las acciones de un Estado receptor de su inversión constituyen una expropiación indirecta en la medida que éstas lo hayan privado del beneficio económico que razonablemente esperaba obtener, en función del marco legal y económico en que se realizó la inversión.

Advierte la concesionaria los efectos en el procedimiento administrativo de que no se declare oportunamente la nulidad solicitada, así como también que, conforme a Tratados de Libre Comercio o Acuerdos Bilaterales, se tome en cuenta que puede demandarse arbitrariamente al Estado peruano por la exclusión de la PTU como privación ilegítima de la propiedad de sus ingresos derivados del VAD.

4.5 Responsabilidad patrimonial y administrativa

Luego de citar los artículos 258 y 259 del TUO de la LPAG, señala textualmente que de persistir Osinergmin en excluir de manera arbitraria y manifiestamente ilegal de los Términos de Referencia a la PTU como parte de los COyM a considerar en el Estudio de Costos, estaría incurriendo en una ilegalidad manifiesta que conlleva a una expropiación regulatoria y desde ya hace responsable a Osinergmin por los daños y perjuicios que dicha decisión ocasione, los que a su entender le deberán ser oportunamente indemnizados.

En el Informe anexo a su recurso, Luz del Sur señala que se ha incurrido en ilegalidad manifiesta dado que existe evidencia abundante que indica que los funcionarios de Osinergmin tenían conocimiento informado sobre la contravención a los términos de referencia a la LCE y su Reglamento; que las mismas objeciones fueron realizadas respecto al acto administrativo de fijación del VAD periodo 2013-2017, de modo que desde esa fecha se tiene conocimiento de la ilegalidad denunciada por las empresas distribuidoras. Indican que Osinergmin es parte de un proceso judicial contra Edecañete, en donde las dos instancias judiciales se han pronunciado en contra de la entidad y a favor de la inclusión de la PTU en los costos asociados en la determinación del VAD y que en este mismo procedimiento complejo de aprobación del VAD, las empresas interesadas han reiterado sus observaciones resaltando la ilegalidad de la exclusión de la PTU. Agrega que todo ello revela que el acto administrativo de aprobación de los Términos de Referencia con exclusión de la PTU son producto de una acción deliberada, intencional y consciente sobre la existencia de vicios de legalidad en los que incurrió Osinergmin, correspondiendo que los funcionarios responsables sean procesados disciplinariamente bajo los alcances de la Ley 37057, Ley del Servicio Civil y sus normas reglamentarias a fin de exigirles responsabilidad funcional y la aplicación de sanciones disciplinarias correspondientes.

5) Análisis legal sobre los argumentos del recurrente

Cumpliendo siempre con el principio de buena fe procedimental, previsto en numeral 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual la autoridad

administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y en general todos los que participan en un procedimiento realizan sus respectivos actos guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe; mediante el presente Informe se procede a analizar los argumentos contenidos en el recurso materia de análisis, sin pronunciarnos sobre las frases del mismo que vulneran dicho principio y que en sí mismas involucran solo apreciaciones subjetivas o juicios de valor que no contienen ningún concepto técnico o jurídico que refutar.

5.1. Principio de legalidad

- a) El principio de legalidad, reconocido por el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y según los fines para los que le fueron conferidas.

Amalia

→

a.1.) Conforme al mencionado principio, tanto en la Resolución 225 como en la fijación del VAD del año 2013, Osinergmin ha aplicado precisamente las normas que cita el impugnante, considerando que la PTU es un concepto que no forma parte de los componentes del VAD. En tal sentido resulta evidente que para efectos de un proceso regulatorio, no se discute la naturaleza contable, laboral o tributaria de la PTU, sino que el aspecto controvertido es cuáles son sus efectos regulatorios, es decir, si deben o no reconocerse en la tarifa como parte del VAD y si esa distribución de utilidades está bajo el ámbito de aplicación de los Artículos 64 de la LCE, en el cual se detallan los componentes del VAD, 150 de su Reglamento, que señala los costos a reconocerse para el cálculo de la TIR y el criterio de aplicación de los mismos, y demás normas concordantes y complementarias, entre las cuales está el Artículo 67 de la LCE según el cual los componentes del Artículo 64 de la LCE se calculan mediante Estudios de Costos que Osinergmin debe evaluar considerando criterios de eficiencia de las inversiones y el cumplimiento del ordenamiento jurídico general, incluyendo, entre otras, las normas laborales.

En efecto, para cada elemento respecto del cual deba definirse si éste se incluye o no en una regulación tarifaria, no se determinan naturalezas contables, tributarias, laborales o de cualquier otra índole, pues esto último solo corresponde ver en detalle (a las autoridades que tengan competencias para ello) cuando los efectos de la norma recaen en ámbitos o especialidades de dichas naturalezas. Por ejemplo, en la vía administrativa la autoridad laboral interpreta la naturaleza de las normas laborales para determinar derechos y obligaciones laborales de trabajadores y empleadores, sin definir o interpretar su aplicación o alcances en el ámbito del derecho familiar, tributario o de servicios públicos.

Cuando se trata de una norma de naturaleza distinta a la especialidad en la que se van a aplicar y de ella no fluya indubitablemente su alcance en otras especialidades, corresponde efectuar una interpretación sistemática de la misma, que haga a la norma analizada razonablemente compatible con la referida especialidad, evitando que se configuren decisiones que distorsionen o contravengan las normas especiales del ámbito en que se va a aplicar; así por

ejemplo el derecho laboral y el derecho de familia involucran interpretaciones de carácter tuitivo en favor del trabajador o la familia, que no tienen efecto en otros ámbitos jurídicos, como es el caso de reconocer sobre qué ingresos del trabajador recaerá su obligación de pagar alimentos a sus hijos, sin que ello por sí solo determine el carácter remunerativo o efecto tributario de dicho concepto. En ese sentido, cabe citar al Tribunal Constitucional, que en su sentencia de fecha 27 de setiembre del 2013, recaída en el Expediente 03972-2012-PA/TC, destaca que no es importante referirse a la naturaleza de una figura jurídica, sino que lo relevante es el derecho afectado en el ámbito en que se va a aplicar, habiendo señalado el Tribunal lo siguiente:

“...cabe recordar que la finalidad del otorgamiento de una pensión alimenticia se sustenta en el deber constitucional de asistencia familiar. Debido a ello **lo esencial** para su otorgamiento **no radica en la naturaleza de los ingresos** de la persona obligada, sino en que se brinde una adecuada alimentación (vestido, educación, salud, transporte, distracción, etc.) a quienes disfrutaban del derecho de alimentación por razones de vínculo familiar”.

En consecuencia, teniendo en cuenta 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, 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. Ello porque no se trata que el dinero destinado al cumplimiento de cualquier norma laboral, ambiental, tributaria, etc. forme parte de la tarifa del usuario, pues llevar la interpretación a esos extremos, implicaría en algunos casos infringir frontalmente normas sectoriales como el caso de pago de multas, cualquier tipo de acuerdo de los convenios colectivos, entre otros.

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”¹.

¹ RUBIO Correa, Marcial; “El Sistema Jurídico” Fondo Editorial de la PUCP. Quinta Reimpresión, año 2004. Pg. 266

La interpretación del Artículo 67 de la LCE y del inciso b) del Artículo 150 del RLCE, debe ser necesariamente complementado con otras normas y conceptos de la legislación eléctrica, tales como los Artículos 64, y 70 de la LCE; 142 y siguientes del RLCE, numerales 3.3 y 4.2 del Manual de Costos, aplicando así el método de interpretación jurídica denominado método sistemático por comparación con otras normas, según el cual “el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el qué quiere decir la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella”².

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

a.2) Con los criterios de interpretación jurídica indicados, así como los criterios económicos y regulatorios que analizan el recurso de reconsideración materia de este informe, los cuales son coincidentes con los expuestos en los informes técnicos y económicos de Osinergmin que sustentaron la regulación del VAD del año 2013³, debe hacerse una interpretación concordada y sistemática de las normas involucradas la cual se expone a continuación y que en esencia es reiterativa de lo señalado en síntesis en las páginas 7 y 8 del Informe 580, abarcando esta vez detalles similares a los incluidos en los indicados informes del año 2013 a que expresamente se remitió el Informe legal que sustentó la Resolución impugnada.

De conformidad con lo previsto en el Artículo 64 de la LCE, el VAD se basa en una empresa modelo eficiente con un nivel de calidad preestablecidos en las normas técnicas de calidad y considera los siguientes componentes:

- Costos asociados al usuario, independientes de su demanda de potencia y energía.- De acuerdo con el Artículo 142 del RLCE, que en la regulación se aplica con el nombre de “Cargos Fijos”, los costos asociados al usuario cubre los costos eficientes para el desarrollo de las actividades de facturación, que incluye lectura, procesamiento y emisión de la misma, reparto y cobranza.
- Pérdidas estándares de distribución en potencia y energía.- son las pérdidas físicas y comerciales inherentes a las instalaciones de distribución

² Ibidem. Pg. 267

³ Los informes legales, técnicos y económicos que sustentaron la regulación del VAD del año 2013, fueron el Informe Legal 430-2013-GART, complementado con los informes técnicos y legales que sustentaron la publicación del proyecto de fijación (es decir, el Informe Legal 323-2013-GART y el Informe Técnico 319-2013-GART, y sus informes anexos) y el Informe Técnico 432-2013-GART, y sus informes anexos, entre los cuales se incluyen los informes elaborados por la entonces denominada Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin, llamada desde la aprobación del Decreto Supremo 010-2016-PCM, Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE).

eléctrica que en la regulación se aplican con el nombre de “factores de expansión de pérdidas”.

- Costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada.- estos costos se reconocen en la regulación a través del VAD de media tensión (VADMT) y VAD de baja tensión (VADBT).

La norma prevé además la incorporación de un cargo asociado con la innovación tecnológica en los sistemas de distribución⁴.

Nótese que el citado 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.

Respecto a la Tasa Interna de Retorno (TIR), el Artículo 70 de la LCE dispone que Osinerghmin 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 Osinerghmin 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.**

⁴ Según el Artículo 144-A del RLCE, dicho cargo tiene como límite máximo el 1% de los ingresos registrados de cada empresa en el año anterior a la fijación tarifaria.

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.

Así, como se señaló en el Informe de Picón & Asociados, de fecha 02 de octubre del 2013 (Anexo del Informe 430-2013-GRT que sustentó Resolución Osinergrmin N° 203-2013-OS/CD de la fijación del VAD del año 2013), en la fijación del VAD no estamos evaluando 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. 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.

Por su parte, en el numeral 3.3 del Manual de Costos para las Empresas de Electricidad, aprobado por Resolución Ministerial 197-94-EM/VME (en adelante “Manual de Costos”), se hace mención a lo que se considera como gastos de empresas concesionarias distribuidoras; y en su numeral 4.2 dentro de los Elementos del costo, se define en el inciso d) los conceptos que comprende “Gastos de Personal”, precisándose que “incluye las remuneraciones al personal tanto en efectivo como en especies, así como los aportes patronales por seguridad social, sistemas de pensiones u otros que fije la ley, asignaciones familiares, gratificaciones, compensaciones y otros. Se excluyen los pagos por viáticos, refrigerios, gastos de viajes (registrado en cargas diversas de gestión) y compensación por tiempo de servicios (registrado en provisiones). Su aplicación a los centros de costo se efectuará en base a los resúmenes de planillas, las que se desagregarán por unidades de costo y de ser el caso se asignará por tiempo efectivo de labor realizado en cada unidad”.

Cabe indicar que si bien en las normas citadas (LCE, RLCE y el Manual de Costos), 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 Osineergmin), 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.

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 participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, 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.

En consecuencia, consideramos que, de conformidad con la legislación eléctrica citada, la PTU no deben formar parte de los Términos de Referencia del VAD.

Luz del Sur señala en su recurso que la Resolución 225 infringe el principio de legalidad porque según dicha empresa contraviene las normas citadas, ya que a su entender conforme al artículo 67 de la LCE y 150 de su Reglamento, el cumplimiento de la norma laboral que le obliga a pagar el beneficio de la PTU es suficiente para que la PTU sea incluida en el VAD. Lo explicado en los párrafos precedentes evidencia que dicha afirmación es infundada, que la legislación eléctrica no autoriza incluir conceptos que no estén relacionados con la operación y el mantenimiento del servicio o con beneficios sociales que no tengan relación de causalidad directa con la prestación del servicio al no estar vinculados con el proceso operativo, sino solo con los resultados económicos; en cualquier caso, las utilidades se encuentran en la etapa de resultados y no en la incursión de gastos previos ineludibles para poder prestar el servicio respectivo. Además de lo dispuesto en la legislación eléctrica que es suficiente para denegar la inclusión de la PTU en el VAD, tenemos como elemento complementario que el sentido de la PTU, desde el punto de vista constitucional y legal 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. El Decreto Legislativo 892 solo establece la forma en que debe

implementarse dicho derecho. 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 y el Decreto legislativo 892 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 la PTU pase a convertirse en una obligación de los usuarios del servicio.

Sin perjuicio de lo indicado, y como elemento aún más contundente para que no se incluya la PTU en el VAD, el área técnica señala que dichas utilidades si bien no se calculan en los costos de operación y mantenimiento del VAD, sí son elementos implícitos en el costo de capital o Tasa de Actualización, Tasa que es reconocida en la tarifa por OSINERGMIN como remuneración de la inversión, en cumplimiento del Artículo 79 la LCE. En consecuencia, no corresponde doble reconocimiento del mismo concepto, porque ello no solo implicaría que la obligación constitucional y legal de la empresa respecto a compartir sus utilidades se traslade al usuario, sino que además la empresa obtenga ganancias injustificadas por cuanto tendría la PTU por un lado en el costo de operación y mantenimiento y por el otro en la Tasa de Actualización, lo cual implicaría infringir el Artículo 8 de la LCE, según el cual las tarifas deben fijarse reconociendo costos de eficiencia.

a.3) En el Artículo 67 de la LCE, modificado en el año 2015 por Decreto Legislativo 1221, se señala que los componentes del Artículo 64 de la LCE se calculan mediante Estudios de Costos y que Osinergmin, al evaluar los Estudios de Costos, debe considerar los criterios de eficiencia de las inversiones y de la gestión de un concesionario operando en el país, considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas ambientales, laborales, entre otras.

El citado Artículo 67, al igual que las demás normas requiere también de una interpretación concordada y sistemática, conforme a los criterios indicados en el literal a1) del presente informe, 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 que sí se dan en el caso de CTS, vacaciones, etc.

En ese sentido toda la legislación (ordenamiento jurídico en general), entre ellas las normas laborales siempre han sido de cumplimiento obligatorio; es decir este nuevo Artículo 67 no ha creado un nuevo componente del VAD⁵ y menos uno específicamente denominado PTU; por ello el nuevo Artículo 67 no modifica la interpretación normativa que se tuvo en la fijación del año 2013.

En efecto, el mencionado nuevo artículo 67 de la LCE, no cambia en nada la interpretación normativa que hemos expuesto y que se consideró en la fijación del VAD del año 2013, pues antes y después de la modificación de dicho artículo, siempre fue obligatorio cumplir con toda la legislación vigente en el país, incluyendo la laboral, pero ello no implicaba ni implica con el nuevo texto, dejar de aplicar la interpretación sistemática respectiva, como se ha hecho en estas fijaciones y que además es complementada con la interpretación literal pues literalmente también las normas se siguen refiriendo a “mantenimiento y operación”, “asociados a la distribución”, “causalidad directa con la prestación del servicio”; caso contrario, -si se leyera aisladamente las palabras de la norma aplicable alusivas a “cumplimiento de normas laborales, ambientales...”- el usuario del servicio público de electricidad, que es un usuario que no tiene opción de elegir su suministrador (servicio monopólico), no solo tendría que pagar en su tarifa las utilidades que la empresa debería compartir con los trabajadores, sino además, bajo el supuesto sustento de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, implicaría en algunos casos infringir otras normas, como lo sería por ejemplo reconocer en la tarifa dos veces un mismo concepto, o pagar en la tarifa las multas impuestas a la concesionaria por materia ambiental, laboral, etc. (por cuanto las normas ambientales, laborales, etc. obligan al pago de multas), o incluir en la tarifa todo tipo de liberalidad otorgada por una concesionaria a sus trabajadores en convenios colectivos (por cuanto conforme a las normas laborales, es decir conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, son de cumplimiento obligatorio); en todos esos casos, para efectos regulatorios, la interpretación normativa del Artículo 67, además de las literalidades ya mencionadas de los artículos 64 y 70 de la LCE y 150 del RLCE, se hace también en función del artículo 8 de la LCE que exige el reconocimiento de costos eficientes y por ende los supuestos mencionados no serían admitidos en la tarifa, y según el caso, podría además aplicarse el Artículo 103 de la Constitución, según el cual, la Constitución no ampara el abuso del derecho.

⁵ Solo como cargo adicional al VAD ha incluido el nuevo concepto de innovación tecnológica, que es un tema ajeno a la impugnación sobre PTU.

Por lo expuesto, no es exacto decir que excluir la PTU es una vulneración expresa del artículo 67 de la LCE y 150 del RLCE.

a.4) Respecto a la afirmación de Luz del Sur en cuanto a que a similar conclusión que la impugnante llegó la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso seguido por Edecañete (que actualmente es la empresa Luz del Sur debido a la fusión por absorción) en cuanto a no hacer distinciones donde la ley no lo hace; no cabe analizar una resolución de un proceso judicial que aún no concluye, menos aun cuando está pendiente de calificarse una casación en dicho proceso y que lo controvertido del tema ha determinado que la resolución se haya expedido con dos votos en discordia, debidamente sustentados, de dos magistrados de la misma Corte. Por la misma razón, no cabe que mencionemos los argumentos expuestos por magistrados en procesos judiciales seguidos exactamente por el mismo tema con otras empresas, en los que Osinergmin viene obteniendo resoluciones favorables, por unanimidad, sin votos en discordia.

En cuanto a la afirmación de Luz del Sur sobre el principio de "orientación a costes" respecto a que la tarifa debe permitir cubrir los costes dado que no se puede obligar a nadie a producir o vender debajo de éstos; cabe aclarar en primer lugar que las tarifas no reconocen costos reales sino solo costos eficientes, conforme al Artículo 8 de la LCE, y en segundo lugar que los alcances de las normas de la LCE y su Reglamento, como lo son el artículo 64 y 70, en los que tarifariamente se exige siempre un contexto de costos eficientes, cuyo cumplimiento ha respetado Osinergmin al no incluir la PTU en los términos de referencia del VAD, todo ello sustentado en los informes técnicos y económicos que sustentaron la Fijación del VAD del año 2013, a los que se remitió el Informe Técnico que sustentó la Resolución 225, que la PTU se encuentra implícita en la respectiva Tasa de Actualización, razón por la cual es imposible que se fije el VAD por debajo de los costos eficientes.

- MM*
- ↑*
- b)** Respecto a la referencia a la regulación en Chile y que la Comisión Nacional de Chile comprende la PTU como parte de los costos de las remuneraciones, cabe indicar que el proceder de organismos técnicos de otros países no tiene fuerza vinculante para Osinergmin, al cual, precisamente en función del principio de legalidad, le corresponde aplicar e interpretar las normas de la legislación eléctrica peruana⁶.
- c)** Osinergmin ha sostenido en todo momento que la PTU es un derecho que la Constitución Política del Perú reconoce a los trabajadores, es un beneficio social y una obligación que el empleador debe cumplir respecto a sus trabajadores. Es importante resaltar que, en todo momento, por las razones que se indican en el literal a.1) del numeral 5.1 del presente informe, se ha reconocido que no se encuentra en discusión la naturaleza de la PTU, que sea un beneficio social, que sea parte de los gastos en el personal, sus aspectos tributarios, contables o similares, siendo lo relevante que la PTU no tiene

⁶ Sin perjuicio de ello, es preciso señalar que, en el artículo 193 de la Ley General de Servicios Eléctricos de Chile, donde se define los costos de explotación para la verificación de rentabilidad, no existe disposición expresa respecto a que los costos deben guardar relación de causalidad directa con la prestación del servicio.

relación de causalidad directa con la prestación del servicio toda vez que no es un costo necesario en el que haya que incurrir para que pueda brindarse el servicio de distribución ni para que este pueda operarse o mantenerse; sino que la PTU se encuentra fuera de la cadena operativa y por ello no puede ser incluido en los Términos de Referencia como parte de los rubros de operación y mantenimiento que incluirán los Estudios de Costos y se aprobarán en la fijación del VAD.

El Artículo 29 de la Constitución Política del Perú 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, la cual debe compartir parte de las utilidades que obtiene con sus trabajadores, que como se deduce de lo explicado por el área técnica, en el caso de la actividad de distribución eléctrica, en la empresa modelo lo que debe compartir con sus trabajadores por concepto de utilidades es la parte de lo que ha obtenido como remuneración de su inversión, con la Tasa de Actualización⁷, y no con la parte que debe pagar el usuario del servicio público de electricidad por la operación y el mantenimiento del servicio que recibe.

Por lo expuesto, consideramos que en cumplimiento del principio de legalidad, de conformidad con el Artículo 29 de la Constitución y la legislación eléctrica citada, el pago de utilidades a los trabajadores no deben formar parte de los Términos de Referencia del VAD y haber procedido conforme a dicho criterio, no genera ninguna causal de nulidad del acto administrativo, por cuanto precisamente se ampara en el marco legal aplicable, citado en el presente análisis, que es en esencia al que se remitió el Informe Legal 580-2017-GRT al ampararse en los informes técnicos y legales que sustentaron el VAD del año 2013 y que el nuevo Artículo 67 de la LCE no ha revertido esta situación, como se ha explicado en el numeral a.3) que antecede.

5.2. Motivación

En principio, debe precisarse que es falso lo indicado por Luz del Sur respecto a que en ninguna parte el Informe Legal 580 que sustentó la resolución impugnada, se haya mencionado el sustento legal que justifique la exclusión de la PTU de los Costos de Operación y Mantenimiento (COyM) de una empresa de distribución eléctrica. Resulta extraño que en el recurso impugnatorio en los tres párrafos que se citan del informe, precisamente no se mencione aquellos que incluían el sustento legal. Basta con leer el último párrafo de la página 7 y la primera parte de la página 8 del referido informe, para encontrar el sustento legal expreso que lleva a Osinergmin a la conclusión que la PTU no forman parte del COyM. En efecto el Informe Legal 580, en dichas páginas, señaló textualmente lo siguiente:

“Por los mismos fundamentos expuestos en los informes 430-2013-GART y 432-2013-GART, que sustentan la Resolución Osinergmin N° 203-2013-OS/CD de la fijación del VAD del año 2013, publicados en la página web de

⁷ Si la empresa real obtiene utilidades mayores o menores a la empresa modelo, para efectos de derechos laborales se aplicará en el ámbito laboral dicha realidad y la empresa tendrá que abonar a sus trabajadores el 5% de lo que efectivamente haya resultado como utilidades.

Osinergmin⁸, así como los informes que resolvieron los recursos de reconsideración contra la referida resolución 203, concluimos que la PTU no es un costo que debe ser considerado en el costo de operación y mantenimiento del VAD por no guardar causalidad directa con la prestación del servicio de distribución eléctrica (corresponde a un costo que se cubre a través de las utilidades que obtiene la empresa sin que se encuentre en discusión el derecho a la PTU, ni sus matices contables, tributarios o laborales) y que forma parte de la Tasa de Actualización prevista en el Artículo 79 de la LCE. En efecto, **la PTU no constituye un gasto de personal que deba ser reconocido en el cálculo del costo de operación y mantenimiento del VAD toda vez que conforme a los artículos 64 y 70 de la LCE, el Manual de Costos, aprobado por Resolución Ministerial N° 197-94-EM/VME, así como el Artículo 142 y siguientes del RLCE, los costos a reconocer deben guardar relación de causalidad directa con la prestación del servicio y por cuanto las utilidades son un resultado económico y no un concepto inherente a la prestación misma del servicio”.**

Como puede verse en la cita que antecede, en el Informe 580 se menciona el sustento legal y razones sustanciales que justifican la exclusión de la PTU lo que de por sí bastaba como motivación, pero se optó además porque lo referente al detalle de los fundamentos, a efectos de no ser innecesariamente repetitivos, se remitiera a los fundamentos expuestos a los informes que sustentaron la fijación del VAD del año 2013 y resolvieron los recursos de reconsideración (esos fundamentos legales hemos preferido esta vez reproducirlos en el numeral 5.1 del presente informe, a pesar que siempre estuvieron a disposición de los interesados en la página web y en link incluido en el Informe 580 y que conocían de su contenido); es más, en pie de página del mismo Informe 580 se incluyó el link que permite ver en la página web de Osinergmin el contenido de dichos informes⁹ y ubicar en la misma página web incluso los informes anteriores a ellos.

No es exacto en consecuencia lo expuesto por Luz del Sur respecto a que en el Informe 580 todas sean generalidades y opiniones particulares que lo conviertan en motivación aparente, insuficiente o incongruente. Como se ha señalado, en dicho informe se explicaron las razones y sustento legal que determinan que la PTU no sea incluido en el Costo de Operación y Mantenimiento y por remisión los detalles y métodos de interpretación se encuentran en los informes que sustentaron la fijación del VAD 2013 y que fueron expresamente citados en el Informe 580, de lo que se obtenía la extensa explicación señalada en el numeral 5.1 del presente informe. Respecto a que la PTU no guarda relación de causalidad directa con la prestación del servicio de distribución eléctrica, reiteramos que ello se evidencia con el hecho que las utilidades no forman parte de aquello necesario

⁸ <http://www2.osinerg.gob.pe/Resoluciones/pdf/2013/OSINERGMIN%20No.203-2013-OS-CD.pdf>

⁹ Como ya se dijo, Los informes legales, técnicos y económicos que sustentaron la regulación del VAD del año 2013, fueron el Informe Legal 430-2013-GART, complementado, según lo indicado en el numeral 3.1 literal a.1 del mencionado informe 430, con los informes técnicos y legales que sustentaron la publicación del proyecto de fijación (es decir, el Informe Legal 323-2013-GART y el Informe Técnico 319-2013-GART, y sus informes anexos) y el Informe Técnico 432-2013-GART, y sus informes anexos, entre los cuales se incluyen los informes elaborados por la entonces denominada Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin, llamada desde la aprobación del Decreto Supremo 010-2016-PCM, Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE). Todo ello puede encontrarse en la página web de Osinergmin.

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; no podría haber causalidad directa en algo que es posterior a lo necesario para prestar el servicio o que no haya nacido asociado a su etapa de operación (pues el derecho a la PTU se origina cuando se generan ganancias), y que es prescindible a brindar el servicio, operarlo y mantenerlo, en caso que por algún motivo (por ejemplo fuerza mayor) no llegaran a generarse dichas utilidades; por ello se concluye que la PTU no tiene relación de causalidad con la prestación del servicio y que es un resultado económico y no un concepto inherente a la prestación del servicio. Luz del Sur considera que el razonamiento de Osinergmin es errado por cuanto para la impugnante, según lo indica en la página 17 de su recurso, “la PTU es una consecuencia directa de la prestación del servicio al ser un beneficio social reconocido a los trabajadores de una empresa de distribución por la Constitución y la Ley”. Sobre esta afirmación, cabe precisar que la PTU es consecuencia directa del hecho que se hayan generado utilidades para la empresa; y no necesariamente se generan con la sola prestación del servicio, pues aun prestándose el servicio, si no habría utilidades, no habría PTU; la causalidad implica lo necesario para llevar a cabo la actividad, es necesario por ejemplo, en cuanto a gasto de personal, pagar CTS, vacaciones, etc. por cuanto ello son parte del costo en que se incurre para poder prestar el servicio y poner a disposición del usuario el servicio eléctrico, sin importar si finalmente el negocio arroje ganancias o pérdidas; por ello por un lado, esos conceptos sí son parte del Costo de Operación y Mantenimiento en el VAD y están asociados a la distribución eléctrica por unidad de potencia suministrada y por otro lado, tiene su correlato en el hecho que son tomados en cuenta en la verificación de la TIR por la causalidad directa que tiene con la prestación del servicio. Además, la Constitución reconoce ese beneficio a los trabajadores, pero a modo de que la empresa comparta con ellos las utilidades que obtenga y no reteniendo para sí misma el íntegro de lo obtenido como utilidades y cargarle por otro lado a los usuarios, como parte de lo que debe pagar por operación y mantenimiento del servicio, el monto (PTU) equivalente a aquello que la empresa debería compartir.

Luz del Sur ha señalado también que, para encontrar la relación de causalidad directa entre la PTU y la prestación del servicio de distribución, basta con remitirse al artículo 2 del Decreto Legislativo 892 de acuerdo con los días efectivamente trabajados y su remuneración y por consiguiente forma parte de los costos de personal en que debe incurrir la empresa en cumplimiento de la legislación laboral. Sobre el particular, reiteramos que la PTU es consecuencia directa de que se generen utilidades, no puede forzarse como un costo que la empresa deba incurrir para prestar el servicio. Es evidente que la PTU está vinculada a la actividad eléctrica ya que sin ella no habría ganancias que compartir, pero no es un elemento de causalidad directa para que pueda prestarse el servicio. La Constitución Política del Perú ha reconocido a los trabajadores el beneficio de la PTU como premio por su contribución al desarrollo de la empresa y con ello promueve la armonía social obligando al empleador a compartir las utilidades que obtiene la empresa gracias a la combinación del capital que aportó y al trabajo de la gente que contrató. En consecuencia lo que debe distribuir debe responder también de algún modo al grado de colaboración del trabajador para que se hayan producido las ganancias; y por ello el Decreto Legislativo 892 fija como variables para la distribución proporcional, los días

trabajados y el monto de la remuneración; esas variables no convierte en causalidad directa o insumo necesario a la PTU para que se haya podido llevar adelante la actividad eléctrica ni cargan el cumplimiento de la legislación laboral de esta materia a los usuarios, sino que constitucional y legalmente es una obligación laboral que debe cumplirse con lo obtenido por la empresa por concepto de utilidades y no con el pago de costo de operación y mantenimiento.

Respecto al artículo 67 de la LCE, no es exacto lo indicado por Luz del Sur en informe anexo a su recurso, en el que señala que los argumentos de las empresas expuestos en las observaciones al proyecto de Términos de Referencia del VAD en que hicieron referencia al texto expreso de dicho artículo, los argumentos expuestos se rechazaran sin mayor sustento sobre la base de una remisión a los argumentos expuestos en los informes técnicos del año 2013. Sobre el particular, en el último párrafo del numeral 3.4 del Informe Legal 580 se destaca que el nuevo Artículo 67 de la LCE no cambiaba los fundamentos de porque la PTU no es un concepto que deba ser incluido en el COyM que forma parte del VAD ya que no estaba en discusión si se trata de costos laborales sino su aplicación regulatoria, y que ello había sido ampliamente dilucidado por Osinergmin en la vía administrativa y se había reiterado en el mismo numeral 3.4 de dicho informe, en el cual, cabe indicar no se remite solo a informes técnicos sino también a los legales.

Respecto a los alcances del nuevo Artículo 67 de la LCE, complementamos lo expuesto en el sentido que, con lo señalado en el literal a.3) del numeral 5.1 del presente informe, que evidencia que dicho artículo no ha creado un nuevo componente del VAD, que no puede interpretarse aisladamente las frases de dicho artículo (siempre es necesaria la interpretación sistemática y concordada de las normas) porque ello derivaría en que cualquier liberalidad que otorgue un empleador a sus trabajadores por convenio colectivo, debería ser pagada por el usuario en su tarifa (los convenios colectivos, por norma laboral, son de obligatorio cumplimiento), lo cual evidentemente no es así porque infringiría el criterio de costo eficiente que exige el artículo 8 de la LCE.

En cuanto a la afirmación de Luz del Sur respecto a que la legislación tributaria reconoce a la PTU como gasto deducible de la renta de tercera categoría por guardar relación directa con la fuente productora de la renta, debemos indicar que en cuanto al carácter tributario de la PTU, la norma tributaria se orienta a determinar sobre qué ingresos resulta jurídica, técnica y económicamente razonable imponer tributos y aceptar deducciones sin crear ningún efecto jurídico adicional a la tributación misma para calificar la PTU como parte de un costo de operación y mantenimiento de un sistema de distribución eléctrica o de cualquier otra actividad económica y mucho menos de un servicio regulado que incluye Tasa de Actualización.

Por lo expuesto, jurídicamente en los informes que forman parte de la Resolución impugnada se ha sustentado por qué no existe norma legal ni constitucional que habilite reconocer la PTU como costo de operación y mantenimiento en la fijación del VAD; y desde el punto de vista técnico y económico se ha sustentado que la PTU está implícita en la Tasa de Actualización, en unos casos dicho sustento se encuentra expresamente en lo indicado y resumido en el Informe Legal 580 y en

otros, dentro de los Informes Técnicos y Legales que fueron expresamente citados en dicho informe como sustento.

El hecho que el impugnante tenga una interpretación distinta a la autoridad administrativa no significa que esa autoridad no haya sustentado o motivado su decisión o que su motivación haya sido insuficiente, incongruente o tan solo aparente y menos aún que haya sido arbitraria o manifiestamente ilegal.

Por lo expuesto, esta asesoría es de la opinión que no existe vicio de nulidad en la Resolución 225, toda vez que Osinergrmin si ha cumplido con el requisito de sustentar o motivar su resolución.

5.3. PTU y Tasa de Actualización

- 
- 
- a) Respecto a los cuestionamientos de Luz del Sur sobre el Costo de Capital y Costo Laboral en la Tasa de actualización, debemos indicar que dado el carácter técnico del tema, en el Informe Legal 580 se precisó que la posición de Osinergrmin sobre ello se fundamentó en los informes técnicos (Informe 432-2013-GRT y Anexos en los que se sustenta y dice expresamente que la PTU está implícita en la Tasa de Actualización) sobre los recursos impugnatorios de Luz del Sur y ENEL respecto a la fijación del VAD del año 2013 y que dicha posición era mantenida hasta ahora por el área técnica y seguidamente se resumió con citas textuales lo que habían señalado dichos informes técnicos elaborados por ingenieros y economistas de Osinergrmin (llegando a decirse incluso en la página 9 del Informe 580 “Continuando con la cita del sustento técnico cabe recordar que Osinergrmin...”). Considerando que nuevamente se trata aquí de cuestionamientos de aspectos técnicos y económicos, corresponde a DDE y GPAE analizar este extremo del recurso. La parte legal está expuesta en los numerales 5.1 y 5.2 que anteceden.
 - b) Sobre la afirmación del “círculo vicioso”, dado que ello también es de naturaleza técnica económica (fue parte una cita resumen de los Informe Técnicos que sustentaron la fijación del VAD del año 2013, tal como se indicó en el Informe Legal 580), este aspecto corresponde ser analizado por el área técnica.
 - c) En cuanto a la afirmación de Luz del Sur que si la PTU es un costo laboral, Osinergrmin deba reconocerlo como parte del Costo de Operación y Mantenimiento, consideramos que la PTU no debe formar parte del Costo de Operación y Mantenimiento y que la naturaleza contable, laboral, tributaria o de cualquier otra índole no determina su carácter regulatorio sin que ello signifique contravenir el nuevo Artículo 67 de la LCE, por las razones expuestas en el numeral 5.2 del presente informe y el literal a.3) del numeral 5.1 del mismo.

5.4. Derecho de propiedad

No puede haber expropiación regulatoria por el tema de la PTU al ser un elemento que, desde el punto de vista jurídico, técnico y económico, según lo explicado en el presente informe así como en los informes técnicos y económicos

que analizan el recurso de Luz del Sur, no forma parte de los Costos de Operación y Mantenimiento que debe contemplar el VAD y que por otro lado, es un concepto que sí forma parte de una Tasa de Actualización que remunera la inversión. Es cierto lo que dice la impugnante al señalar que la PTU no beneficia a la empresa ni a sus accionistas ni a terceros vinculados, 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”.

En efecto, se reitera que 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. Ni en la Constitución, ni el Decreto Legislativo 892 ni demás normas reglamentarias le dan a la PTU el efecto legal para toda actividad económica de ser un insumo más en la elaboración de un producto o en la prestación de un servicio y menos en un servicio regulado con Tasa de Actualización. Su exigibilidad de pago y que no sea un costo de operación y mantenimiento, de ningún modo pueden considerarse una confiscación, por el contrario, el reconocerle la PTU en el Costo de Operación y Mantenimiento implicaría remunerarle dos veces por el mismo concepto.

El Artículo 56 de la Constitución Política del Perú del año 1979, vigente al expedirse la LCE, reconocía el derecho de los trabajadores a “participar en la gestión y utilidad de la empresa”. El Decreto Legislativo 677 fue expedido bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y en su Artículo 2 dispuso la PTU mediante la distribución por parte de las empresas de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos (5% para el caso de las empresas eléctrica). Si bien es cierto que estas dos normas han sido derogadas, sus conceptos de PTU en 5% se mantienen pues están previstos en el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú de 1993 vigente y en el Artículo 2 del Decreto Legislativo 892, los cuales sustituyeron a dichas normas al momento de derogarlas, lo que significa que sus conceptos y aplicación de PTU se mantienen ininterrumpidos desde el año 1991. Es así que con la citada Constitución de 1979 y el Decreto Legislativo 677, se aprobó la LCE en el año 1992, considerando en su Artículo 79 una Tasa de Actualización de 12%, tasa que se mantiene hasta la actualidad. De las normas citadas, se evidencia que al fijar la LCE la Tasa de Actualización, se asumía que incluía la PTU, toda vez que en dicho momento, por normas previas se encontraba establecida la obligación empresarial de otorgar PTU¹⁰.

La mencionada interpretación jurídica se ve reforzada con el análisis económico que sustentó la resolución impugnada. OSINERGMIN explicó en el Informe Técnico 054-2013-OEE/OS que la PTU no debe ser incorporada como un costo de la empresa modelo eficiente ya que no es compatible con el esquema regulatorio especificado en la LCE y su Reglamento. Se indicó en dicho informe que la

¹⁰ Cabe señalar, que mediante Resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas N° 027-97-P/CTE, publicada en el diario El Peruano el 31 de octubre de 1997, se declaró INFUNDADO el recurso de reconsideración de la misma empresa Luz del Sur en el extremo que solicitó que la PTU fuera incluida en el VAD, sustentándose en dicha resolución por qué la PTU no era parte del artículo 64 de la LCE.

inclusión de la PTU como parte del costo de la empresa modelo eficiente implicaría limitar el traslado de la eficiencia obtenida por la empresa en el periodo tarifario, dado que la participación se calcula en función del resultado y eficiencia histórica. Asimismo, se mencionó que la exclusión de la PTU no implica que no se reconozca en la tarifa toda vez que dicho costo está implícito en la tasa de actualización considerada para remunerar las inversiones.

Por lo expuesto, consideramos que los argumentos señalados por Luz del Sur respecto a la supuesta confiscación, son infundados.

5.5. Responsabilidad patrimonial y administrativa



Es falso lo señalado por Luz del Sur respecto a que Osinergmin haya excluido de manera arbitraria y manifiestamente ilegal de los términos de Referencia a la PTU como parte del Costo de Operación y Mantenimiento a considerar en el Estudio de Costos. Osinergmin en todo momento ha sustentado sus decisiones e interpretado y aplicado la legislación pertinente a la materia controvertida, precisando en las páginas 7 y 8 del Informe Legal 580 las normas aplicables e interpretación de las mismas, y en las páginas 8 y 9 las citas del sustento técnico de los fundamentos regulatorios y económicos que el área técnica mantenía como fundamento de la exclusión de la PTU, lo cual se encuentra ampliado y reiterado en extenso en el presente informe (numerales 5.1 al 5.4), en los informes técnicos y económicos que analizan el recurso materia del presente informe, y en aquellos de la fijación del VAD del 2013 a los que se remitiera los informes que sustentaron la Resolución impugnada, por lo que Osinergmin no solo ha cumplido con los principio de legalidad y del debido procedimiento (motivación), sino también con el de buena fe procedimental, por lo que rechaza tajantemente la afirmación de que se hayan aprobado los Términos de Referencia con exclusión de la PTU como una acción deliberada intencional y consciente sobre la existencia de vicios de legalidad. Los fundamentos expuestos en este informe, evidencian que el personal de Osinergmin no ha incurrido en ninguna falta administrativa ni en los supuestos contenidos en los artículos 258 y 259 del TUO de la LPAG.

Cabe recordar que en un Estado de Derecho, se reconocen mecanismos impugnatorios y cuestionamientos ante el Poder Judicial a quienes se consideren afectados con las decisiones administrativas en un contexto que no existen interpretaciones siempre unánimes de normas y criterios económicos y técnicos aplicables; dado que una sociedad civilizada, en esencia, avanza en función de razonamientos legales, económicos y técnicos que de buena fe (la buena fe se presume, la mala fe debe probarse) aplican en primera instancia sus autoridades administrativas y en instancias posteriores y finales sus autoridades judiciales (o de ser el caso autoridades constitucionales). Como ejemplos reales de resoluciones judiciales que en este mismo tema existen interpretaciones diversas, se tiene (i) respecto a la sentencia de Edecañete que cita la impugnante¹¹, cabe recordar que está pendiente de calificarse una casación y que la sentencia de segunda instancia en dicho proceso se ha expedido con dos votos en discordia (ii) En proceso judicial seguido exactamente por el mismo tema con otra empresa por

¹¹ Expediente Judicial 1723-2014: Juicio iniciado en el Décimo Segundo Juzgado Contencioso Administrativo (Corte Superior de Justicia de Lima)

la fijación del VAD del 2013¹², Osinergmin viene obteniendo resolución favorable, con sentencia en segunda instancia emitida por unanimidad, sin votos en discordia, encontrándose también pendiente de calificarse una casación en dicho proceso (iii) También en el tema de PTU, pero respecto a la aprobación de porcentajes para determinar el Costo Anual Estándar de Operación y Mantenimiento de las instalaciones de transmisión, aplicables al periodo 2015-2021, se ha expedido sentencia en primera instancia que declara infundada la demanda de la propia empresa Luz del Sur, es decir, es una sentencia judicial favorable a Osinergmin¹³, estando pendiente de resolverse en la Corte Superior un recurso de apelación interpuesto por dicha empresa.

Como puede verse en los procesos judiciales similares de fijación del VAD, en que se tiene el mismo punto controvertido, es decir la inclusión o no de la PTU dentro del Costo de Operación y mantenimiento en la fijación del VAD, hay pronunciamientos distintos con recursos de casación pendientes de resolverse sin que ninguno tenga la calidad de cosa juzgada, por lo que mal puede hablarse que existan conductas “manifiestamente ilegales” o maliciosas en temas que acarrear pluralidad de opiniones, y menos aun cuando mayoritariamente esas opiniones judiciales vienen siendo más parecidas a las de Osinergmin que a las de la impugnante.

Por lo expuesto, esta asesoría considera que los argumentos señalados por Luz del Sur respecto a la supuesta responsabilidad patrimonial y administrativa de los funcionarios de Osinergmin, son infundados.




6) Conclusiones

- 6.1. Por las razones expuestas en el numeral 2) del presente informe, el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa Luz del Sur, contra la Resolución Osinergmin 225-2017-GRT, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 6.2. Por los fundamentos expuestos en el numeral 5) del presente informe, esta Asesoría es de opinión que debe declararse no ha lugar a la solicitud de nulidad parcial de la empresa de Luz del Sur, respecto a los Términos de Referencia para la elaboración del Estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución, aprobados mediante la Resolución Osinergmin N° 225-2017-OS/CD, en el extremo que excluye la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de la empresa (PTU) de los costos laborales a ser considerados en el Estudio de Costos para fijar el VAD 2018-2022, e infundado en todos sus extremos.
- 6.3. Los argumentos de carácter jurídico alegados por el recurrente, han sido analizados en el numeral 5) del presente Informe. Los argumentos regulatorios, económicos y técnicos, son analizados por la División de Distribución Eléctrica de

¹² Expediente Judicial 2685-2014-0-1801-JR-CA-06: Juicio iniciado en el Sexto Juzgado Contencioso Administrativo (Corte Superior de Justicia de Lima)

¹³ Expediente Judicial 10248-2015-0-1801-JR-CA-17: Juicio iniciado en el Décimo Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo (Corte Superior de Justicia de Lima)

la Gerencia de Regulación de Tarifas (DDE) y la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE), en sus Informes Técnicos 057-2018-GRT y 008-2018-GPAE, respectivamente, que analizan el recurso materia del presente informe, infiriéndose de los informes de Osinergrmin, la conclusión unánime que la PTU no forma parte de los gastos o costos laborales que deban ser considerados en el Estudio de Costos para fijar el VAD, por cuanto se trata de conceptos que no corresponde asumir al usuario del servicio público de electricidad como un costo de operación y mantenimiento del servicio que recibe y se encuentra implícita en la Tasa de Actualización.

- 6.4.** El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 06 de febrero del 2018.



Firmado por: CASTILLO
SILVA María del Rosario
Oficina: GRT – San Borja
Cargo: Asesora Legal de la
GRT
Fecha: 2018.02.05



Firmado por: AMEZ DIAZ
María Jacqueline
Oficina: GRT – San Borja
Cargo. Especialista Legal
GRT
Fecha: 2018.02.05