

“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

Informe N° 064-2018-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú 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 Enel Distribución Perú S.A.A. mediante documento s/n, recibido el 22/12/2017, según registro 201700220251 y registro GRT N° 011802-2017.

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 Enel Distribución Perú S.A.A (en adelante Enel) 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.

Enel solicita se declare la nulidad y vía integración se revoque la Resolución 225, disponiendo la inclusión en los Términos de referencia del pago de la participación de los trabajadores en las utilidades (en adelante PTU) como concepto a ser considerado en los costos de operación y mantenimiento. Como otro extremo de su recurso, solicita que se elimine la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión como requisito mínimo para los medidores inteligentes.

Respecto al tema de la PTU Enel ampara su solicitud en aspectos vinculados con **(i)** principios de legalidad y razonabilidad en cuanto a competencia de Osinergmin respecto a la aprobación de los Términos de Referencia; y, la exclusión de la PTU de dichos Términos **(ii)** derecho de defensa y debido proceso; **(iii)** derecho de propiedad.

Los argumentos y principales afirmaciones de Enel son los siguientes:

- (i)** Si los estudios de costos se elaboran a base de lo establecido en los Términos de Referencia, éstos tienen que también considerar el cumplimiento del ordenamiento jurídico general, incluyendo las normas laborales. Osinergmin no puede aprobar los términos de referencia considerando solo el cumplimiento de algunas normas laborales excluyendo otras como el pago de la PTU. Es labor del consultor evaluar cuáles de esos

costos corresponden ser incluidos evaluando para el efecto el cumplimiento de la LCE y que se estaría limitando a priori la función de tales estudios que es la pertinencia de reconocer ciertos costos en el proceso de fijación del VAD. No es facultad de Osinergmin excluir a priori ciertos conceptos incluidos expresamente por la LCE. Una intervención de Osinergmin que no respete los **principios de legalidad y razonabilidad** constituye una desviación de competencias.

En el Artículo 67 de la LCE se dispone expresamente que los Estudios de Costos deben de considerar el cumplimiento de las normas laborales. El pago de la PTU no es una liberalidad sino el cumplimiento de una obligación impuesta por el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú y la normativa laboral vigente (Decreto Legislativo N° 892). Osinergmin ha actuado fuera del marco de sus competencias vulnerando los principios de legalidad y razonabilidad, debido a que, en la aprobación de los Término de Referencia no ha respetado lo establecido en el artículo 67 de la LCE, sino que, por el contrario, ha impuesto restricciones que expresamente contravienen dicho artículo.

- (ii) Excluir de los Términos de Referencia el reconocimiento de la PTU vulnera su **derecho de defensa y debido proceso**, dado que, no podrá presentar su estudio de costo considerando la PTU y como consecuencia de ello en el proceso de determinación del VAD tampoco podrá ni tendrá la oportunidad de exponer sus argumentos u ofrecer pruebas que respalden el reconocimiento de la PTU como mandato legal.
- (iii) La exclusión de la PTU de los Términos de Referencia vulnera su **derecho de propiedad** establecido en el artículo 70 de la Constitución. Es una expropiación indirecta o regulatoria porque no permite que la PTU se evalúe como un costo a ser reconocido en el VAD, a pesar de haber incurrido en el mismo en cumplimiento directo de un mandato legal. Vulnera la metodología de empresa modelo eficiente establecida en el Artículo 64 de la LCE porque afecta directamente la rentabilidad del riesgo que asume, establecida en 12% a favor de las empresas de distribución eléctrica, reduciéndola proporcionalmente en el monto equivalente de PTU. Dicha exclusión también determina el carácter confiscatorio de la actuación de Osinergmin debido a que ocasiona que sus accionistas recuperen un monto menor que los costos efectivamente incurridos.
- (iv) Osinergmin no ha indicado las razones técnicas que sustentan la exigencia de “**Alerta de Tensión en medidores inteligentes**”, como una de las funcionalidades mínimas que deben tener dichos medidores, lo cual vulnera el principio de razonabilidad y afecta su derecho constitucional a la libre contratación dado que se reduce la posibilidad de obtener del mercado los medidores más eficientes y útiles para la mejora en la calidad de la prestación del servicio eléctrico.

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

- (i) En el primer párrafo del Artículo 67 de la LCE se dispone que los componentes del VAD, se calculan para cada empresa concesionaria mediante Estudios de Costos presentados por los concesionarios de distribución de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por Osinergmin. **Osinergmin, en consecuencia, es competente para elaborar Términos de Referencia que deben utilizarse en los Estudios de Costos que permitan calcular los componentes del VAD.** Los Términos de Referencia

incluyen por lo tanto solo criterios y metodologías para definir los costos de dichos componentes, correspondiendo a los consultores que elaboran los Estudios de Costos aplicar las metodologías y efectuar los cálculos pertinentes. De ningún modo corresponde a los consultores que elaboran los Estudios de Costos determinar los componentes del VAD. Osinergmin no puede aprobar Términos de Referencia que incluya como parte del VAD un concepto que no esté en la LCE. El **segundo párrafo del Artículo 67 de la LCE** establece que **Osinergmin deberá realizar la evaluación de los Estudios de Costos** considerando 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 segundo párrafo del artículo 67 de la LCE, concordado con su primer párrafo, evidencia que no todo cumplimiento de normas es reconocido como parte del VAD, sino solo el cumplimiento de normas que estén vinculadas con los componentes del VAD

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.

Osinergmin ha respetado los principios de **legalidad y razonabilidad**, pues de conformidad con el Artículo 29 de la Constitución y la legislación eléctrica citada, la PTU

no es parte de los componentes del VAD y por ello no es un concepto que corresponda incluirse en los Términos de Referencia como conceptos a considerar en los Estudios de Costos. Osinergmin es competente para no incluir la PTU como parte de los Términos de Referencia del VAD y haber procedido conforme a dicho criterio, no genera ninguna causal de nulidad del acto administrativo.

- (ii) El tema de la PTU, no es un tema que deba dilucidarse durante la elaboración y evaluación del Estudio de Costos sino que deriva de la aplicación directa de la legislación, en consecuencia no es exacto lo afirmado por el recurrente respecto a que se vulnera su **derecho de defensa y debido proceso** al considerar que no podrá exponer argumentos u ofrecer pruebas que a su entender respaldan el reconocimiento de la PTU. Se ha seguido el debido proceso en la aprobación de los Términos de Referencia y su derecho de defensa corresponde ser ejercido ante el acto que aprueba los Términos de Referencia, derecho que ha ejercido al interponer el recurso materia de análisis.
- (iii) 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”. Asimismo desde el punto de vista técnico se ha sustentado 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 y que la 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.
- (iv) Según la explicación técnica el objetivo de los proyectos piloto es determinar cuál es el equipo idóneo, no puede considerarse una vulneración al derecho de contratación o una afectación al principio de razonabilidad, considerar en los Términos de Referencia que el plan piloto incorpore la funcionalidad de “**Alerta de Tensión en medidores inteligentes**” que potencialmente parece ser beneficiosa, por cuanto precisamente con los resultados del plan piloto recién podrá descartarse o acogerse la funcionalidad cuestionada.

Por lo expuesto, la Resolución 225 no ha incurrido en ningún vicio por lo que debe declararse no ha lugar a la nulidad y revocación solicitada por Enel e infundado su recurso en todos sus extremos. El plazo para resolver el recurso vence el 07 de febrero del 2018.

Informe N° 064-2018-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Enel Distribución Perú 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 22 de diciembre de 2017, Enel, 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 22 de diciembre de 2017.
- 2.3 El recurso impugnatorio de Enel resulta admisible, dado que, cumple con los requisitos previstos en los Artículos 122 y 219 del TUO de la LPAG.

Aspecto procesal

Enel manifiesta que la Resolución 225 que aprueba los Términos de Referencia no es un acto normativo, sino que, de acuerdo a lo establecido en el TUO de la LPAG es un acto administrativo definitivo, por ello, en tanto dichos términos excluyen de los estudios de costos el reconocimiento de la PTU, se afecta su derecho e interés legítimo establecido en el artículo 67 de la LCE, referido a que en la determinación del VAD se considere el cumplimiento de las normas laborales, y también le ocasiona indefensión en la medida que en el procedimiento de determinación del VAD no podrá discutir dicha exclusión, estando por esas razones facultado a contradecir administrativamente la referida resolución. Enel fundamenta lo señalado en el Informe Legal elaborado por Bullard, Falla y Ezcurra abogados, que adjuntó como anexo a su recurso de reconsideración.

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**

Enel solicita se declare la nulidad y vía integración se revoque la Resolución 225, disponiendo:

- 3.1. La inclusión en los Términos de Referencia del pago de la participación de los trabajadores en las utilidades (en adelante PTU) como concepto a ser considerado en los costos de operación y mantenimiento.
- 3.2. Eliminación de la funcionalidad de Alerta de Ausencia de Tensión como requisito mínimo para los medidores inteligentes, prevista en el numeral 7.2 de los Términos de Referencia.

4) **Argumentos de hecho y derecho de Enel**

Enel impugna la Resolución 225, en el extremo de no incluir la PTU, sustentándose en los argumentos relacionados con el principio de legalidad, razonabilidad, derecho de defensa, derecho al debido proceso y derecho de propiedad que se indican a continuación.

4.1 **LCE y los Principios de legalidad y razonabilidad**

Competencia de Osinergmin respecto a la aprobación de los Términos de Referencia

Enel manifiesta que en el artículo 67 de la LCE se faculta a Osinergmin a aprobar los Términos de Referencia que deben ser empleados por las empresas de distribución eléctrica para la elaboración de los Estudios de Costos del VAD, sin embargo, dicha facultad no es discrecional, sino que, la misma norma ha dispuesto los alcances y límites de la actuación del regulador, estableciendo que Osinergmin debe evaluar los Estudios de Costos considerando el cumplimiento del ordenamiento jurídico general, haciendo énfasis en las normas laborales. Por ello, si los estudios de costos se elaboran a base de lo establecido en los Términos de Referencia estos tienen que también considerar el cumplimiento del ordenamiento jurídico general, incluyendo las normas laborales.

En ese sentido, la impugnante señala que, Osinergmin no puede aprobar los términos de referencia considerando solo el cumplimiento de algunas normas laborales excluyendo otras como el pago de la PTU, dado que, ello excluiría a priori conceptos expresamente reconocidos en la LCE para el proceso de fijación del VAD y excedería los parámetros de su Artículo 67. Enel señala que ello no significa que automáticamente cualquier costo alegado sea reconocido para el cálculo del VAD sino que es labor del consultor evaluar cuáles de esos costos corresponden ser incluidos evaluando para el efecto el cumplimiento de la LCE y que se estaría limitando a priori la función de tales estudios que es la pertinencia de reconocer ciertos costos en el proceso de fijación del VAD. Señala la impugnante que no es facultad de Osinergmin excluir a priori ciertos conceptos incluidos expresamente por la LCE.

Enel manifiesta que de acuerdo al principio de legalidad previsto en el Título Preliminar del TUO de la LPAG, las autoridades deben actuar en el marco de sus facultades respetando la Constitución y las leyes, así como los fines para los que le fueron conferidas tales facultades. Agrega que, de acuerdo al principio de razonabilidad, las autoridades administrativas deben de mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se buscan, por tal razón, las obligaciones o restricciones que establezca Osinergmin en el ejercicio de sus competencias y dentro de sus atribuciones deben de responder a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido, lo contrario implicaría una desviación de sus competencias establecidas por Ley. Indica Enel que Osinergmin no solo debe ejercer sus facultades para realizar determinado acto, (como por ejemplo aprobar los términos de Referencia) dentro de los límites previstos para su intervención, sino que además las medidas que se impongan deben ser proporcionales a los fines por los que se le otorgó la facultad de intervenir, (como por ejemplo permitir que se le reconozca como costos de la distribuidora aquellos incurridos en el cumplimiento de obligaciones legales).

Concluye Enel señalando que una intervención de Osinergmin que no respete los principios de legalidad y razonabilidad constituye una desviación de competencias.

Exclusión de la PTU de los Términos de Referencia

Enel manifiesta que el artículo 67 de la LCE dispone expresamente que los Estudios de Costos se realizan en base a los Términos de Referencia aprobados por Osinergmin deben de considerar el cumplimiento de las normas laborales. Por tal razón, considerando que en el artículo 29 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) y en los artículos 2 y 10 del Decreto Legislativo N° 892 se reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas, la PTU no constituye una liberalidad de las empresas, sino que responde al cumplimiento de una obligación impuesta en la Constitución y en la normativa laboral vigente.

En consecuencia, Enel considera que Osinergmin ha actuado fuera del marco de sus competencias vulnerando los principios de legalidad y razonabilidad, debido a que, en la aprobación de los Término de Referencia no ha respetado lo

establecido en el Artículo 67 de la LCE, sino que, por el contrario, ha impuesto restricciones que contravienen expresamente dicho artículo, al no reconocer como parte de los referidos términos las obligaciones establecidas en el marco normativo laboral.

Sin perjuicio de lo señalado, la impugnante manifiesta que, incluso si la LCE no exigiese la incorporación del cumplimiento de las normas laborales y por ello existiese duda en su consideración dentro de los Términos de Referencia, en mérito a lo dispuesto en el artículo 84 del TUO de la LPAG está en la obligación interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.

Enel concluye que, si bien la Resolución 225 es nula por haber vulnerado lo establecido en la Constitución y las Leyes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 del TUO de la LPAG, Osineergmin, de conformidad con el artículo 225 de la citada Ley, que establece que, constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, puede resolver sobre el fondo del asunto, de contar con los elementos suficientes para ello, debería declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto.

4.2 Derecho de defensa y debido proceso

Enel manifiesta que el derecho al debido proceso ha sido reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución y ha sido recogido en numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, comprendiendo también al derecho de defensa, que consiste en la facultad que tienen los administrados para contradecir las actuaciones de la administración que repercuten sobre su situación particular o sus intereses legítimos. Por lo cual, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho de defensa tiene como finalidad evitar cualquier situación de indefensión frente a actos que puedan afectar la situación jurídica de una de las partes dentro de un procedimiento administrativo.

Indica que el derecho al debido procedimiento no es meramente declarativo, sino que se encuentra recogido como parte de los derechos de los administrados y de las obligaciones de la administración pública conforme se establece en los numerales 11 y 15 del artículo 64 y el numeral 2 del artículo 84 del TUO de la LPAG.

Por lo expuesto, Enel señala que, excluir de los Términos de Referencia el reconocimiento de la PTU vulnera su derecho de defensa, dado que, no podrá presentar su estudio de costo considerando dicho concepto y como consecuencia de ello en el proceso de determinación del VAD tampoco podrá ni tendrá la oportunidad de exponer sus argumentos u ofrecer pruebas que respalden el reconocimiento de la PTU como mandato legal.

Manifiesta que, de acuerdo a lo antes señalado, la Resolución 225 también devendría en nula, sin embargo, teniendo todos los elementos para resolver Osineergmin debería declarar fundado su recurso de reconsideración.

4.3 Derecho de propiedad

Enel afirma que la exclusión de la PTU de los Términos de Referencia vulnera su derecho de propiedad establecido en el artículo 70 de la Constitución configurándose una expropiación indirecta o regulatoria, debido a que, dicha decisión no permite que el referido concepto sea evaluado como un costo a ser reconocido en el VAD, a pesar de haber incurrido en el mismo en cumplimiento directo de un mandato legal.

La impugnante cita doctrina y jurisprudencia internacional para precisar que el concepto de expropiación regulatoria debe entenderse como aquella actuación de la administración que recae sobre el ejercicio de cualquiera de los atributos de la propiedad e impacta económicamente en el propietario, como sería el caso de una afectación al retorno esperado de una inversión. Dicho supuesto se configura en la relación entre el Estado y las empresas concesionarias que brindan servicios públicos cuando las reglas y premisas que existían al momento de realizar las inversiones son modificadas afectando las expectativas razonables de su recuperación. En tal sentido, Enel señala que, el regulador debe definir cuáles son los tipos de inversiones y costos que se reconocen en la tarifa teniendo en cuenta que las inversiones realizadas en forma prudente constituyen costos hundidos que tienen que ser reconocidos a fin de no alterar el esquema de incentivos del contrato de concesión y asegurar de ese modo un resultado económicamente eficiente.

Enel también señala que en el marco legal peruano aunque no hay norma explícita, puede afirmarse que se contempla la garantía contra la expropiación indirecta o regulatoria, conforme se desprende del artículo 8 de la Constitución que impone restricciones generales a la expropiación y del Decreto Legislativo N° 757 en el que se garantiza la propiedad privada sin más límites que los reconocidos en la Constitución. Asimismo, cita doctrina nacional y resolución del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 834-2010-PA/TC.

Enel manifiesta que la exclusión de la PTU de los Términos de Referencia, vulnera la metodología denominada empresa modelo eficiente establecida en el artículo 64 de la LCE para el cálculo del VAD. Ello debido a que, dicha metodología tiene como objetivos que las tarifas reflejen los costos sociales mínimos de producción de modo que las decisiones de consumo sean óptimas; y que la empresa de distribución eléctrica obtenga exactamente la rentabilidad correspondiente al nivel de riesgo que asume, a fin de que, existan los incentivos adecuados para realizar las inversiones necesarias. Sin embargo, la exclusión de la PTU afecta directamente dicha rentabilidad, establecida en 12% a favor de las empresas de distribución eléctrica, reduciéndola proporcionalmente en función al monto equivalente de dicho concepto que no se permite considerar en los estudios de costos del VAD, incumplándose de ese modo el marco regulatorio vigente.

La impugnante señala que dicha exclusión también determina el carácter confiscatorio de la actuación de Osinergmin debido a que ocasiona que sus accionistas recuperen un monto menor que el correspondiente a los costos efectivamente incurridos. En ese sentido, considerando que el reconocimiento de la PTU proviene de un mandato legal no considerarlo dentro de los estudios de

costos del VAD generará un pago reducido de su capital y no podrá cubrir sus costos de oportunidad, expropiándose de ese modo parte de su rentabilidad de forma permanente y definitiva, por lo cual, se configura la figura de la expropiación indirecta o regulatoria.

Sobre el particular, Enel señala que antes de que se emitiese la LCE y que realice las inversiones como concesionaria de distribución eléctrica ya existía la obligación legal de que las empresas realicen el pago de la PTU, por ello, tenía una expectativa legítima de que dicho concepto se reconozca en el VAD, por lo que, asumió un nivel de utilidad y recuperación de capital de acuerdo con las normas vigentes al momento de otorgarse la concesión. Más aún si en el literal b del artículo 150 del Reglamento de la LCE expresamente se establece que Osinergmin debe de incluir dentro de los costos de la empresa modelo eficiente todos los beneficios sociales, sin hacer exclusión de la PTU, lo cual fue reconocido por Osinergmin en sucesivos procesos de fijación tarifaria del VAD.

Enel precisa además que, existe una relación de causalidad entre el pago de la PTU y la prestación del servicio de distribución eléctrica, ello debido a que, i) corresponde a un costo necesario para brindar el servicio en la medida que no puede prescindir de su pago al provenir de una obligación de carácter legal, y ii) porque su cálculo se realiza en base a dos factores, que están en función de los días laborados por cada trabajador y de sus remuneraciones, por ello se demuestra que la PTU es un gasto que no puede ser separado del trabajo como un factor productivo de la empresa.

Finalmente, Enel manifiesta que, si el no reconocimiento de inversiones prudentes ha sido considerado un supuesto de expropiación regulatoria, con mayor razón, se debe considerar las inversiones que se realizan en cumplimiento estricto de un mandato legal, como es el caso de la PTU.

4.4 Alerta de Ausencia de Tensión en medidores inteligentes

Enel manifiesta que en el literal 8 del numeral 7.2 de los Términos de Referencia, se indica como una de las funcionalidades mínimas, y por ello obligatorias, que deben tener los medidores inteligentes la denominada "Alerta de Ausencia de Tensión", lo cual, vulnera el principio de razonabilidad, debido a que, dicha funcionalidad genera costos innecesarios que no guardan proporcionalidad con la finalidad de la medida. Enel manifiesta que Osinergmin no ha indicado las razones técnicas que sustentan la exigencia cuestionada, la cual afecta su derecho constitucional a la libre contratación, dado que, se reduce la posibilidad de obtener del mercado los medidores más eficientes y útiles para la mejora en la calidad de la prestación del servicio eléctrico.

La recurrente expone las razones técnicas en que apoya su solicitud y considera que la Resolución 225 incurre en vicio de nulidad.

5) Análisis legal sobre los argumentos del recurrente

5.1. LCE y los Principios de legalidad y razonabilidad

Competencia de Osinergmin respecto a la aprobación de los Términos de Referencia

Los componentes del VAD son establecidos en el artículo 64 de la LCE. No pueden ser creados en los Términos de Referencia ni tampoco ser creados al momento de evaluarse los Estudios de Costos, tal como se explica a continuación.

En efecto, 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 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 distribución¹.

El **primer párrafo del Artículo 67 de la LCE dispone que los componentes señalados en el Artículo 64**, es decir, **los componentes del VAD**, se calculan para cada empresa concesionaria **mediante Estudios de Costos** presentados por los concesionarios de distribución de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados que son elaborados por Osinergmin.

Osinergmin en consecuencia es competente para elaborar Términos de Referencia que deben utilizarse en los Estudios de Costos que permitan calcular los componentes del VAD, es decir, calcular los conceptos previstos en el referido Artículo 64 y sus normas concordantes, entre los cuales, como se explica más adelante, no se encuentra la PTU. Los Términos de Referencia incluyen por lo tanto solo criterios y metodologías para definir los costos de dichos componentes, correspondiendo a los consultores que elaboran los Estudios de Costos aplicar las metodologías y efectuar los cálculos pertinentes. De ningún modo corresponde a los consultores que elaboran los Estudios de Costos determinar los componentes del VAD ni tampoco Osinergmin puede aprobar Términos de Referencia que incluya como parte del VAD un concepto que no esté en la LCE.

¹ 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.

Exclusión de la PTU de los Términos de Referencia

El segundo párrafo del Artículo 67 de la LCE establece que Osinerghmin deberá realizar la evaluación de los Estudios de Costos considerando 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, de seguridad y salud en el trabajo, laborales**, de transporte y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras. El citado segundo párrafo del artículo 67 de la LCE, concordado con su primer párrafo, evidencia que no todo cumplimiento de normas es reconocido como parte del VAD, sino solo el cumplimiento de normas que estén vinculadas con los componentes del VAD; así por ejemplo no será reconocido como parte de una tarifa el cumplimiento de una norma que obligue a la concesionaria a cumplir con algún acto de liberalidad al que se haya comprometido, sea laboral, ambiental o de cualquier índole, pues por loable que fuera el efecto de dicho acto, el costo de ello no puede cargarse a la tarifa de un usuario del servicio público de electricidad. El nuevo Artículo 67 de la LCE no ha dejado sin efecto el Artículo 63 que la tarifa máxima a usuario regulado además de la generación y transmisión, incluye el “Valor Agregado de Distribución”, tampoco ha dejado sin efecto el Artículo 64 de la LCE que establece los componentes del VAD o creado una puerta abierta que permita adicionar cualquier concepto en el VAD, ni ha dejado sin efecto el Artículo 8 de la LCE que obliga a reconocer costos eficientes en las tarifas, lo cual significa que en la tarifa no pueda remunerarse dos veces por el mismo concepto.

En ese sentido y dado que el recurso impugnatorio alega que excluir la PTU de los Términos de Referencia excluye a priori un concepto expresamente reconocido por la LCE para la fijación del VAD, consideramos que no es exacta dicha afirmación por cuanto la PTU conforme a la Constitución y a la legislación eléctrica no forma parte de la fijación del VAD por las razones que explicamos a continuación.

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 Osinerghmin 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 disfrutan 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 laborables, 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.

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”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.

Con los criterios de interpretación jurídica indicados, así como los criterios económicos y regulatorios que analizan el recurso de reconsideración materia de este informe, 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 componentes ya citados. El referido Artículo 64, no considera como componente del VAD a la PTU, ni a ningún otro costo o gasto que no esté asociado a la distribución eléctrica.

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

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

² RUBIO Correa, Marcial; “El Sistema Jurídico” Fondo Editorial de la PUCP. Quinta Reimpresión, año 2004. Pg. 266

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

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

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

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

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

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.

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.

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, 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 VAD³ 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, implicaría en algunos casos infringir otras normas, como lo sería por ejemplo reconocer en la tarifa dos veces un mismo concepto 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.

³ 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 exacta la afirmación de Enel respecto a que los Términos de Referencia aprobados por Osinergmin no hayan respetado las pautas establecidas en el artículo 67 de la LCE y que excluir la PTU sea una restricción que contravenga dicha norma.

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 Actualización⁴, 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.

En cuanto al principio de razonabilidad, previsto en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En ese sentido, de acuerdo al análisis efectuado en los párrafos precedentes, contrariamente a lo afirmado por Enel, se verifica que la actuación de Osinergmin no vulnera el principio de razonabilidad ni los numerales 1 y 2 del artículo 84 del TUO de la LPAG como señala la recurrente, dado que ha aprobado los Términos de referencia dentro del ámbito de su competencia y de modo alguno la exclusión de la PTU de los Términos de Referencia como conceptos a considerar en los Estudios de Costos, ha creado obligaciones o impuesto restricciones o ha sido una decisión arbitraria, sino que, claramente se ha tratado el tema de la PTU en los Términos de Referencia en cumplimiento estricto de las normas regulatorias del sector eléctrico vigentes, con la finalidad de que el Estudio de Costos se refiera a los componentes del VAD e incluya solo información útil para su regulación, de modo que se reconozca a las empresas de distribución eléctrica únicamente los costos en los que incurren directamente para brindar el servicio público de electricidad de forma eficiente, y no trasladar a los usuarios de dicho servicio público un concepto que no debe ser considerado en la tarifa eléctrica de distribución.

Por lo expuesto, Osinergmin ha respetado los principios de legalidad y razonabilidad, toda vez que de conformidad con el Artículo 29 de la Constitución y la legislación eléctrica citada, la PTU no es parte de los componentes del VAD y por ello no es un concepto que corresponda incluirse en los Términos de Referencia como conceptos a considerar en los Estudios de Costos. Osinergmin es

⁴ 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.

competente para no incluir la PTU como parte de los Términos de Referencia del VAD y haber procedido conforme a dicho criterio, no genera ninguna causal de nulidad del acto administrativo.

En consecuencia, esta asesoría es de opinión que debe declararse no ha lugar a la solicitud de nulidad de Enel.

5.2. Derecho de defensa y debido proceso

De acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 67 de la LCE, los componentes del VAD se calculan mediante Estudios de Costos presentados por los concesionarios de distribución, de acuerdo con los Términos de Referencia estandarizados elaborados por Osinergmin. Dichos Términos de Referencia deben publicarse para recibir comentarios y sugerencias de los interesados por un plazo de hasta 45 días hábiles, debiendo aprobarse a los 90 días hábiles de su publicación, acompañándose la matriz de comentarios recibidos y la evaluación de cada uno de los mismos.

En cumplimiento del citado artículo 67, mediante Resolución 168-2017-OS/CD, Osinergmin dispuso la publicación en su página web del proyecto de Términos de Referencia para la Elaboración del Estudio de Costos del VAD, y los interesados tuvieron un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para remitir sus comentarios y sugerencias sobre el mismo, habiéndose recibido, entre otros, los comentarios de la empresa Enel, los cuales fueron analizados en el Informe Técnico N° 578-2017-GRT y en el Informe Legal N° 580-2017-GRT, acogándose aquellos que son acordes con el marco regulatorio vigente, conforme se consigna en la matriz de comentarios que forma parte integrante del citado informe técnico. En dicha matriz e informes 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 430-2013-GRT y 432-2013-GRT que sustentaron la fijación del VAD 2013 aprobada por Resolución Osinergmin 203-2013-OS/CD y que fueron expresamente citados, de lo que se obtenía la extensa explicación señalada en el numeral 5.1 del presente informe. En las páginas 7 y 8 del Informe 580 se mencionó el sustento legal expreso y las razones sustanciales que justificaban la exclusión de la PTU. 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.

Asimismo, en el último párrafo del numeral 3.4 del Informe Legal 580 se destacó que el nuevo Artículo 67 de la LCE no cambiaba los fundamentos de por qué 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.



Luego de recibidos y analizados los comentarios de los interesados, mediante la Resolución 225 Osinergmin aprobó los Términos de Referencia con la respectiva exclusión de la PTU. La referida Resolución, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 1 y 215 del TUO de la LPAG, constituye un acto administrativo impugnabile en el que los interesados pueden cuestionar lo resuelto y obtener un pronunciamiento sustentado de la autoridad administrativa, como en efecto ocurre en el presente caso, en que la empresa ha hecho valer su derecho de impugnar el acto administrativo y Osinergmin analiza desde el punto de vista jurídico, técnico y económico, lo expuesto por el recurrente a efectos de emitir resolución que resuelva el recurso. El tema de PTU, tal como se explicó en el numeral 5.1 de este informe, no es un tema que deba dilucidarse durante la elaboración y evaluación del Estudio de Costos sino que deriva de la aplicación directa de la legislación, en consecuencia no es exacto lo afirmado por el recurrente respecto a que se vulnera su derecho de defensa al considerar que no podrá exponer argumentos u ofrecer pruebas que a su entender respaldan el reconocimiento de la PTU. Su derecho de defensa corresponde ser ejercido ante el acto que aprueba los Términos de Referencia, derecho que por cierto ya está ejerciendo al interponer el recurso materia de análisis.

En consecuencia, consideramos que Osinergmin ha respetado los derechos de la recurrente previstos en el artículo 64 y el numeral 2 del Artículo 84 del TUO de la LPAG, según los cuales el administrado tiene derecho a formular análisis, críticas o cuestionar decisiones y actuaciones de las entidades, así como a que se respeten los demás derechos que le reconocen la Constitución o las leyes.

Por lo expuesto, esta Asesoría es de la opinión que se debe declarar no ha lugar a la nulidad solicitada.

5.3. 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 numeral 5.1. del presente informe, así como en los informes técnicos y económicos que analizan el recurso de Enel, 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. La PTU no beneficia a la empresa ni a sus accionistas ni a terceros, sino solo a los trabajadores; entonces cabe preguntarnos por qué debe pagar el usuario de servicio público de electricidad la PTU si tampoco lo beneficia a él, ni es un costo en que haya tenido que incurrir la empresa para poderle prestar el servicio eléctrico; y si además el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú reconoce literalmente el derecho de los trabajadores de participar en las "utilidades de la empresa".

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. Por tal razón, lo que se 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; no obstante, esas variables no convierte en causalidad directa o insumo necesario a la PTU para que se haya podido llevar adelante la actividad eléctrica (causalidad directa en la que debe enmarcarse el inciso b del Artículo 150 del RLCE y al que la PTU no aplica) 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. En consecuencia, la exigibilidad del pago de la PTU 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 PTU. El hecho de haberse incurrido en error en algunos procedimientos tarifarios anteriores al año 2013 no significa que ello genere derecho o precedente, más aún cuando en esas oportunidades no existió un análisis expreso del tema de la PTU.

La mencionada interpretación jurídica se ve reforzada con el análisis económico que por remisión sustentó la resolución impugnada. OSINERGMIN explicó en el Informe Técnico 054-2013-OEE/OS⁵ 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 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

⁵ Anexo del Informe Técnico 432-2013-GART que sustentó la Resolución 203-2013-OS/CD mediante la cual se fijó el VAD en el año 2013.

reconozca en la tarifa toda vez que dicho costo está implícito en la Tasa de Actualización considerada para remunerar las inversiones.

Asimismo, 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. Esta fue la única oportunidad anterior al año 2013 en que se abordó expresamente dicho tema.

En los Informes Técnicos 058-2018-GRT y 008-2018-GPAE de la División de Distribución Eléctrica de la Gerencia de Regulación de Tarifas (DDE) y la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE) respectivamente, que analizan el recurso materia de este informe, se explica desde el punto de vista técnico regulatorio y económico las razones por las que no considerar a la PTU en los Términos de Referencia y en la regulación no implica expropiación ni confiscación.

Por lo expuesto, consideramos que los argumentos señalados por la recurrente respecto a la supuesta expropiación y confiscación, son infundados.

5.4. Alerta de Ausencia de Tensión



El área técnica, en el Informe Técnico que sustentó la Resolución 225 precisó que, toda vez que Osinergmin calificará los Sistemas de Medición Inteligente (SMI) y siendo necesario normalizar las características y equipos de dichos SMI, las empresas deben presentar un plan gradual de reemplazo a SMI de ocho años, que considere en una primera etapa el desarrollo de proyectos pilotos de SMI en el periodo de regulación y en una segunda etapa el reemplazo a SMI. Los proyectos pilotos deberán tener una duración no menor a 18 meses, considerando la instalación y seguimiento de los SMI, **a efectos de evaluar los resultados y costos de los diferentes aspectos de los SMI, así como para evaluar los beneficios para los usuarios.** Los proyectos que se tomen en cuenta deberán considerar el cumplimiento de las normativas vigentes que sean pertinentes.

El área técnica ha complementado dicha explicación en el informe que analiza el recurso materia de análisis señalando, entre otros aspectos, que las características y funcionalidades mínimas de los medidores inteligentes que se implementen en el plan de reemplazo gradual, se definirán luego de la evaluación de los resultados de los proyectos pilotos. Indica que por ello, estos proyectos piloto deben considerar la amplia gama de posibilidades de los sistemas de medición inteligente y medidores inteligentes con diferentes características y funciones. En ese sentido, no se puede descartar a priori alguna funcionalidad como la alerta de ausencia de tensión de los medidores inteligentes.

En consecuencia, dado que según la explicación técnica el objetivo de los proyectos piloto es determinar cuál es el equipo idóneo, no puede considerarse una vulneración al derecho de contratación o una afectación al principio de razonabilidad, considerar en los Términos de Referencia que el plan piloto incorpore una funcionalidad que potencialmente parece ser beneficiosa, , por

cuanto precisamente con los resultados del plan piloto recién podrá descartarse o acogerse la funcionalidad cuestionada..

Por lo expuesto, consideramos que debe declararse no ha lugar a la solicitud de nulidad de la impugnante.

6) Conclusiones

- 6.1. Por las razones expuestas en el numeral 2) del presente informe, el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa Enel, contra la Resolución Osinermin 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 la solicitud de nulidad y revocación, contenida en el recurso de reconsideración interpuesto por Enel, respecto a los Términos de Referencia para la elaboración del Estudio de Costos del Valor Agregado de Distribución, aprobados mediante la Resolución Osinermin N° 225-2017-OS/CD, 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 la Gerencia de Regulación de Tarifas (DDE) y la Gerencia de Políticas y Análisis Económico (GPAE), en sus Informes Técnicos 058-2018-GRT y 008-2018-GPAE, respectivamente, que analizan el recurso materia del presente informe, infiriéndose de los informes de Osinermin, 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 07 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

/dcj