

“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

Informe N° 580-2018-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Luz del Sur S.A.A contra la Resolución Osinermin N° 157-2018-OS/CD que fijó el Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica para el periodo 2018-2022

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 12/11/2018, según registro GRT N° 9809-2018.

b) Expediente 069-2018-GRT

Fecha : 21 de diciembre 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 Osinermin N° 157-2018-OS/CD (en adelante Resolución 157), mediante la cual se fijó el Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica para el periodo 2018-2022.

Con relación a los aspectos más importantes impugnados en el recurso y la opinión legal sobre los mismos, en el presente informe se analiza y opina lo siguiente:

- a) Luz del Sur señala diversos conceptos en que considera que los informes de sustento de la Resolución impugnada han incurrido en **errores materiales** (metrado adicional en redes áreas y subterráneas, protección mecánica en subidas de cables y soporte de terminales, metrado adicional en redes aéreas y subterráneas, entre otros) y solicita que sean corregidos.

En este tema, en **el presente informe** se explica que, conforme a la doctrina, el error material es aquel que se atribuye no a la manifestación de voluntad ni al razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene y procede corregirlo cuando no se altera lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. En tal sentido, corresponde al área técnica, de ser el caso, incluir en su informe la corrección de los errores materiales invocados por el impugnante, caso contrario sustentar por qué resulta infundado o fundado en parte aquellos que no se consideren materia de corrección.

- b) Luz del Sur señala que Osinermin en otros procedimientos tarifarios empleó los costos determinados por CAPECO, considerando que constituían una fuente válida. Pese a ello lo ha dejado de lado y ha empleado **encuesta “Demanda de Ocupaciones a Nivel Nacional 2018” del Ministerio de Trabajo** que no tiene como objetivo reflejar valores de mercado de

los sueldos y salarios, sino que únicamente busca obtener información con fines de proyección laboral, por lo que, cuestiona su idoneidad. Añade cuestionamientos técnicos a la encuesta para acreditar que sus resultados eran incorrectos, como los referidos a que dicha encuesta a iguala los costos de mano de obra de Lima con los del interior del país, que la misma no tiene en cuenta el Artículo 67 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante “LCE”), que dispone que los componentes del VAD se calculan para cada empresa concesionaria de distribución, entre otros. Asimismo, señala que Osinermin no habría motivado debidamente las razones por las cuales cambió de criterio y que, contrariamente a lo señalado por Osinermin, sí remitió información que permitía determinar los costos de mano de obra sin la necesidad de aplicar la Encuesta MINTRA, consistente en las boletas de pago de técnicos supervisores de la empresa Tecsur S.A.

Sobre el particular, **en el presente informe** se explica que Osinermin como organismo regulador tiene como finalidad la de fijar la tarifas tratando de arribar a los costos del servicio que se fijarían libremente si existiese un mercado competitivo de distribución eléctrica. El costo real de las empresas es un referente importante, aunque no es decisivo. En el presente caso Osinermin recurrió como fuente de regulación a la encuesta del Ministerio de Trabajo. El hecho que dicha encuesta no corresponda a costos efectivamente pagados por las empresas (planilla de salarios), sean estas de distribución eléctrica o similares, no la convierte en una fuente de datos que no sea idónea como señala Luz del Sur, sino que, de conformidad con el Artículo 16 de la Guía del VNR, los costos estándar de inversión de materiales y recursos deben de considerar diseños óptimos con economías de escala adecuadas y costos de mercado. Es decir, los costos de materiales, así como los de mano de obra considerados para fijar el VNR, deben ser aquellos que reflejen costos eficientes, teniendo ese mismo sentido a lo establecido en el numeral 6.1.7.1 de los Términos de Referencia, respecto a que en los costos de operación y mantenimiento, se reconoce que la empresa real solo es un punto de partida o de referencia, y que los costos unitarios de personal, directos o indirectos, deben de surgir del análisis comparativo de los valores reales con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado.

En consecuencia, la información contenida en la mencionada encuesta sí puede calificar como una fuente idónea para sustentar los costos de mano de obra, ya que sería un indicador de dichos costos, considerando que para determinar cuánto se está dispuesto a pagar en un futuro cercano, es lógico que el punto de partida sea lo que se está pagando al momento de ser consultado. Respecto a los cuestionamientos de Luz del Sur referidos a que el cambio en el uso de los valores provenientes de CAPECO transgrede los principios de confianza legítima seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, cabe señalar que cuando estos cambios de criterio son debidamente sustentados, son permitidos por la legislación aplicable, tal como lo reconocen los artículos IV.1.15 y VI.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la LPAG). En las páginas 4 y 5 del Anexo 3 del Informe Técnico 377-2018-GRT que sustentó el proyecto de fijación del VNR (Resolución 133-2018-OS/CD) Osinermin sustentó su posición respecto a las razones por las que cambiaba el criterio de utilizar CAPECO y tomaba la fuente de Ministerio de Trabajo.

Por lo expuesto, Osinermin no ha vulnerado los principios de confianza legítima, seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad por el solo hecho de utilizar la encuesta del Ministerio de Trabajo o apartarse de los costos CAPECO, correspondiendo al área técnica que evalúe los cuestionamientos técnicos de Luz del Sur sobre la referida encuesta y de ser necesario, utilice en su propuesta para resolver el recurso impugnatorio, aquellas fuentes

de información idóneas que puedan ser empleadas para revisar los costos de mano de obra eficientes de modo que, según el caso, se ratifiquen o se corrijan. Asimismo, corresponde al área técnica determinar o motivar sí las boletas de pago de técnicos y supervisores de la empresa Tecsur S.A. presentadas por Luz del Sur, contienen o no costos de mano de obra que puedan utilizarse como referentes en la fijación del VNR.

- c) Luz del Sur indica que en los informes que sustentan la Resolución impugnada encuentra criterios que transgreden las normas vigentes y que no se cumple por ello con el artículo 67 de la LCE, que establece que el regulador debe de considerar el **cumplimiento de todo el ordenamiento vigente** para efectos de determinar la tarifa, en temas de diseños de estructura, como afirmados para veredas, retiro para edificación en vía pública, puestas a tierra en redes de baja tensión, entre otras.

Sobre el particular, se explica **en este informe** que, la fijación del VNR debe efectivamente reconocer los criterios exigidos en las normas de carácter obligatorio. En cuanto a la aplicación del Código Nacional de Electricidad, las normas técnicas del Reglamento Nacional de Edificaciones, la Ordenanzas Municipales o Decretos de Alcaldía, Reglamento de Ejecución de Obras en las Áreas de Dominio Público, entre otras, dado que los detalles respecto a la aplicación en temas como los citados en el párrafo precedente son de carácter técnico (pues no está en discusión la interpretación legal, el contenido o los alcances de ordenanzas municipales ni demás normas técnicas), corresponde al área técnica verificar que para la fijación del VNR, se respetan las disposiciones invocadas por Luz del Sur, especialmente al analizar los informes técnicos contenidos en los Anexos de su recurso a efectos de determinar si el recurso resulta fundado, infundado o fundado en parte.

El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 26 de diciembre del 2018¹.

¹ Para el cómputo del plazo de resolución del recurso se considera el Decreto Supremo N° 121-2018-PCM, publicado el 12 de diciembre de 2018, que declara el 24 de diciembre 2018 como día no laborable compensable para los trabajadores del sector público

Informe N° 580-2018-GRT

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Luz del Sur S.A.A contra la Resolución Osinergrmin N° 157-2018-OS/CD que fijó el Valor Nuevo de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica para el periodo 2018-2022

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso

1.1 El 16 de octubre de 2018, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Resolución_Osinergrmin N° 157-2018-OS/CD (en adelante “Resolución 157”), mediante la cual se fijó el Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de Distribución Eléctrica al 31 de diciembre de 2017.

1.2 Con fecha 12 de noviembre de 2018, Luz del Sur S.A.A. (en adelante “Luz del Sur”) mediante el documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 157, 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), 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 Mediante la Resolución Osinergrmin N° 177-2018-OS/CD se precisó que el plazo para la interposición de los recursos de reconsideración contra la Resolución 157 vencía el 12 de noviembre de 2018.

2.3 Considerando el plazo señalado precedentemente, se verifica que el recurso impugnatorio interpuesto por LUZ DEL SUR fue presentado dentro del término de Ley, y que resulta admisible, dado que, cumple con los requisitos previstos en los Artículos 122 y 219 del TUO de la LPAG.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

Luz del Sur impugna los aspectos que se enuncian a continuación. Sobre ellos, solicita que Osinergrmin declare fundado su recurso en todos sus extremos, efectuando las correcciones y adecuaciones que de ello derive.

3.1. Corrección de errores materiales

3.2. Utilización de la encuesta Demanda de Ocupaciones a Nivel Nacional 2018, en lugar de CAPECO.

3.3. Principio de legalidad: Normativa de obligatorio cumplimiento

4) Argumento de LUZ DEL SUR y análisis legal

A continuación, se resumen y analizan los argumentos legales contenidos en el recurso e informes adjuntos al mismo, elaborados por Luz del Sur, Datum Internacional y por Laub & Quijandria Energy Group, los cuales complementan el referido recurso. Corresponde al área técnica el análisis de los aspectos técnicos del petitorio y cada uno de los rubros cuestionados en el Informe Técnico de Luz del Sur cuyo detalle se encuentra en los Anexos de su recurso.

4.1. Corrección de errores materiales

a) Argumentos de Luz del Sur

Luz del Sur manifiesta que de conformidad con el numeral 210.1 del Artículo 210 del TUO de la LPAG, los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o instancia de los administrados. Agrega que mediante la rectificación de errores la administración no afecta el acto primigenio privándolo de efectos, sino que busca mantenerlo, procurando que exista adecuación entre los hechos que sustentan la voluntad que lo formó y la exteriorización del mismo. Por ello, la rectificación no es facultativa, sino obligatoria para la administración, en la medida que busca mantener la coherencia entre los fundamentos fácticos de la decisión y la decisión misma.

Asimismo, Luz del Sur señala que, en los supuestos indicados en su recurso los errores materiales son directamente comprobables con los datos del expediente administrativo, no correspondiendo a distintas interpretaciones o aplicación del derecho, sino a actuaciones materiales concretas. Por lo que, Osinergmin debe de corregir la Resolución 157 en los extremos indicados. Finalmente, Luz del Sur solicita que, de no considerarse que los errores materiales listados no califican como tales, en virtud del principio de impulso de oficio previsto en el TUO de la LPAG, correspondería que Osinergmin efectúe la evaluación de los mismos como parte de los argumentos de derecho de su recurso de reconsideración.

b) Análisis legal

Los errores materiales o aritméticos del acto administrativo, es decir aquellos que solo residen en la forma y no en el fondo, pueden ser corregidos por la autoridad administrativa sin requerir sustento o análisis para ello, siempre que se cumpla con las condiciones que establece el artículo 210 del TUO de la LPAG, es decir, que no se altere lo sustancial del contenido del acto administrativo ni el sentido de la decisión.

Para calificar si nos encontramos o no frente a un error material o aritmético, resultan útiles los siguientes conceptos expuestos por el jurista Juan Carlos Morón:

“La doctrina es conforme al sostener que el error material atiende a un ‘error de transcripción’, un ‘error de mecanografía’, un ‘error de expresión’, en la ‘redacción del documento’. En otras palabras, un error atribuible no a la manifestación de voluntad o razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene...los errores materiales para poder ser rectificadas por la Administración Pública, deben, en primer lugar evidenciarse por sí solos sin necesidad de mayores razonamientos...en segundo lugar el

error debe ser tal que para su corrección solamente sea necesario un mero cotejo de datos que indefectiblemente se desprendan del expediente administrativo y que por consiguiente no requieran de mayor análisis. Asimismo, estos errores se caracterizan por ser de carácter intrascendente por dos razones: de un lado, no conllevan a la nulidad del acto administrativo en tanto no constituyen vicios de este y de otro, no afectan al sentido de la decisión o la esencia del acto administrativo (...) Por su lado, el error aritmético es cuando la autoridad incurre en una inexactitud o discordancia con la realidad al consignar una cifra en una determinada resolución o en alguna operación aritmética contenida en esta. Ese error de cálculo, error de cuenta, error aritmético o simplemente discrepancia numérica, ha sido definido por la doctrina como la operación aritmética equivocada que tiene como presupuesto esencial la inalterabilidad de los datos o conceptos que se manipulan aritméticamente...para evitar la distorsión en la aplicación del error material, la norma acoge como límite que dicha corrección no pueda implicar cambiar lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión”.²

De acuerdo con la norma y criterios explicados en los párrafos anteriores, corresponde al área técnica analizar si constituyen o no errores materiales pasibles de corrección los invocados por el impugnante, a efectos de declarar fundado, fundado en parte o infundado, este extremo del recurso de reconsideración.

4.2. Utilización de la encuesta “Demanda de Ocupaciones a Nivel Nacional 2018”, en lugar de CAPECO

a) Argumentos de Luz del Sur

Luz del Sur manifiesta que Osinergmin en otros procedimientos tarifarios, como el de fijación de la Tarifa Única de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, Valorización de Módulos Estándares o el de determinación de los Costos de Conexión Eléctrica, empleó los costos determinados por CAPECO, considerando que constituían una fuente válida, inclusive, tal como se indicó expresamente en el Informe N° 183-2016-GRT que sustentó este último procedimiento tarifario para el periodo 2015 – 2019. Asimismo, Luz del Sur cita un párrafo textual del Informe N° 430-2013-GART, en el que se indica sobre CAPECO que era *“una referencia de costos eficientes de una empresa modelo operando en el país para el establecimiento de costos de personal aplicables para la regulación tarifaria adoptándolos³ cuando corresponda a la actividad eléctrica”* (resaltado agregado), y el Informe N° 437-2009-GRT, en el que Osinergmin indicaría que la encuesta del Ministerio de Trabajo no sería una fuente válida o fiable.

En ese sentido, Luz del Sur, indica que los costos de CAPECO corresponden a una encuesta de mercado fiable y apropiada, dado que son el resultado de negociaciones colectivas con la federación de trabajadores de construcción civil, además de que todas las actividades que Osinergmin reconoce se encuentran debidamente clasificadas en categorías con su correspondiente remuneración. A pesar de ello, Luz del Sur señala que, Osinergmin ha dejado de lado los costos CAPECO y ha empleado la “Encuesta de Demanda Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo” (en adelante

² MORON URBINA, Juan Carlos; “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444”; Gaceta Jurídica, Lima, 2018, 13ª Edición. Tomo II, Páginas 145-147.

³ Error de transcripción: el Informe dice “adaptándolos” y no “adoptándolos”.

“Encuesta MINTRA”)⁴ Encuesta MINTRA que no tiene como objetivo reflejar valores de mercado de los sueldos y salarios, sino que únicamente busca obtener información con fines de proyección laboral, sin contar, además, con las categorías laborales que usa Osinergmin, ocasionando que haya tenido que crear información extrapolando los datos de la Encuesta MINTRA a los valores de CAPECO, lo que evidencia que dicha encuesta no es representativa.

Asimismo, Luz del Sur señala que, los resultados de la Encuesta MINTRA son incorrectos, debido a que se considera en la misma que Lima solo representa un 10% de la muestra, cuando su actividad económica es por lo menos 3 o 4 veces mayor, y además, iguala los costos de mano de obra de Lima con los del interior del país, lo cual es contrario a lo que sucede en otras capitales del mundo, por lo que contradice una realidad que debe ser reconocida por Osinergmin, no siendo necesario que ello este expresamente establecido en los Artículos 66 o 67 de la LCE. Por lo tanto, concluye Luz del Sur, los costos de salarios y mano de obra en los que debe de incurrir la empresa, según la referida encuesta, son menores a los que efectivamente incurrió Luz del Sur, contraviniendo lo establecido en el Artículo 67 de la LCE, que dispone que los componentes del VAD se calculan para cada empresa concesionaria de distribución en pleno cumplimiento de todas las normas de calidad, seguridad y construcción.

Agrega Luz del Sur que dichas inconsistencias metodológicas fueron advertidas por Farid Matuk y puestas a conocimiento de Osinergmin mediante un documento elaborado por dicho profesional. Sin embargo, en el análisis efectuado en el Informe N° 449-2018-GRT no se rebate los argumentos expuestos en el referido documento. En el mismo sentido, la Empresa Datum Internacional concluye que la Encuesta MINTRA no resulta idónea para efectos del cálculo de las remuneraciones de personal, debido a que, dicha encuesta no es una encuesta salarial y tiene como finalidad la obtención de información sobre la demanda ocupacional futura de empresas con 20 a más trabajadores. Por ello, cualquier inferencia que no esté relacionada con dicha finalidad solo puede ser empleada de forma referencial y no concluyente. Asimismo, también se concluye que para realizar inferencias por actividad económica es necesario tener una muestra suficientemente grande por cada tipo de actividad, lo cual no sucede con la Encuesta MINTRA, en tanto que, para el caso de Lima se estima que solo 2 empresas de electricidad, gas y agua respondieron la encuesta, existiendo, según datos del INEI, 80 empresas relacionadas con los referidos sectores. Por lo que, las 2 empresas consideradas tienen un margen de error de 68.9% con un nivel de confianza del 95%.

Por lo expuesto, Luz del Sur considera que en la Resolución 157 no se ha motivado debidamente las razones por las cuales Osinergmin ha cambiado de criterio, las cuales debieron señalar i) las razones por las cuales Osinergmin considera que debe descartar los costos CAPECO ii) las razones por las cuales Osinergmin considera que la Encuesta MINTRA debe ser utilizada en la presente regulación tarifaria, cuando expresamente fue excluida en regulaciones anteriores y, iii) las razones por las cuales la Encuesta MINTRA debe ser preferida sobre los costos CAPECO, todo ello de conformidad con el numeral 1.15 del Artículo IV del TUO de la LPAG que exige que la motivación debe de ser suficiente.

⁴ La referida encuesta fue realizada con información a noviembre de 2016, por ello sus valores se actualizaron a diciembre de 2017, de conformidad con lo establecido en la Guía del VNR.

Finalmente, Luz del Sur señala que, en el Informe Legal N° 449-2018-GRT se indica que no habría remitido información sustentado sobre costos, por lo que, debía de recurrir a las fuentes que tuviese disponible. Sin embargo, en respuesta al Oficio N° 757-2018-GRT, sí remitió información que permitía a Osinerghmin determinar los costos de mano de obra sin la necesidad de aplicar la Encuesta MINTRA, consistente en las boletas de pago de técnicos supervisores de la empresa Tecsur S.A. Por ello, el uso de la Encuesta MINTRA y no los costos de CAPECO vulnera la LCE, los Términos de Referencia del VAD y diversas normas del TUO de la LPAG, tales como los principios de predictibilidad, seguridad jurídica y debido procedimiento, por no haber justificado en los informes que la sustentan porque la Encuesta MINTRA resulta una fuente válida para el presente procedimiento tarifario.

b) Análisis legal

Luz del Sur menciona que no es necesario que los Artículos 66 y 67 de la LCE señalen explícitamente que existen costos distintos por zonas de concesión y considera que es una realidad que debe ser conocida por Osinerghmin y que es evidente que no puede utilizar la encuesta MINTRA porque no resulta representativa de los costos de mano de obra de la zona de concesión de Luz del Sur. Respecto al tema de si resulta o no representativo corresponde al área técnica efectuar la respectiva explicación y sustento.

En cuanto al aspecto jurídico, cabe reiterar que, los artículos 66 y 67 de la LCE no establecen en forma expresa que necesariamente existan costos distintos de materiales o mano de obra para cada zona de concesión, es decir no obliga ni prohíbe la utilización de costos del SICODI, las encuestas del Ministerio de Trabajo, CAPECO o cualquier otra fuente de datos que, al momento de llevarse a cabo el proceso regulatorio, resulte idónea y representativa para efectos tarifarios. Las normas vigentes tampoco establecen ni prohíben que los costos por zonas de concesión puedan o no coincidir, toda vez que de acuerdo a las realidades del mercado que a menudo son dinámicas o cambiantes, puede o no darse dicha coincidencia.

Respecto a las citas que hace Luz del Sur de los Informes 430-2013-GART y 437-2009-GART, cabe indicar que a partir de ellas la impugnante llega a la distorsionada conclusión que según el Informe 437-2009-GART “expresamente se indicó que la encuesta MINTRA no podía ser considerada por Osinerghmin como una fuente válida y fiable para determinar los costos de mano de obra en la fijación del VAD”. Sobre el particular negamos dicha afirmación, resaltando que tanto en los informes legales citados correspondientes a las fijaciones del VAD de los años 2009 y 2013 como en el Informe legal 449 del Año 2018, se partía de la premisa que las normas no han determinado cuál es la fuente específica a la que deba acudir para determinar los costos de mano de obra y que es un tema técnico elegir y aplicar la fuente que corresponda de modo que la fuente elegida esté sustentada, responda a la naturaleza de la actividad eléctrica e involucre el cumplimiento de normas vigentes.

Por ello el Informe Legal 437-2009-GART efectúa la salvedad que corresponde para efectos tarifarios considerar el costo en el mercado (aquel costo que resulta de la competencia, es decir del libre juego de la oferta y la demanda) para contar con el personal que reúna las características exigidas en las normas y que el determinar si el referido costo debe ser el de la planilla de pago de las empresas contratistas o servicios que trabajan para las empresas eléctricas, **o si dichos costos deben corresponder a los**

que publica CAPECO o cualquier otra alternativa diferente a las dos mencionadas, escapa a un análisis legal y corresponde efectuarlo al área técnica respectiva. En ese sentido, cuando el citado Informe se refiere a la encuesta del Ministerio de Trabajo concluye que **no necesariamente** las remuneraciones que le son reportadas por las empresas pueden ser una fuente válida o fiable para la determinación de costos eficientes de mano de obra, en la medida que, los montos de dichas remuneraciones no aseguren el cumplimiento de la legislación eléctrica y laboral, lo cual es aplicable también a los costos de CAPECO o cualquier otra fuente de información. Por su parte en el Informe Legal 430-2013-GART, éste no estaba destinado a dilucidar si CAPECO era o no una fuente idónea, pues reiteramos que la elección de la fuente es un tema técnico, sino que respondía a la consulta del área técnica respecto a si debían aplicarse bonos y otros beneficios de construcción civil que involucraban dichos costos, concluyéndose que el área técnica debía hacer algunas adaptaciones en función a la naturaleza de la actividad eléctrica para que se respete el criterio de costos eficientes de modo que no se remunere por debajo ni por encima de lo que debe corresponder a esta actividad. Por ello, en el texto del Informe N° 430-2013-GART, al señalar expresamente que los costos de CAPECO son una referencia válida de costos eficientes **“adaptándolos”** cuando corresponda a la actividad eléctrica⁵, se reconoce a los costos CAPECO como una de las fuentes válidas, pero no como la única, y se advierte que, para la determinación de los costos de mano de obra eficientes del sector eléctrico, no puede acogerse fuentes de información sin previo análisis técnico a fin de determinar en qué casos corresponde su uso.

Sin perjuicio de lo expuesto cabe agregar que las opiniones o pronunciamientos de Osinermin respecto a la utilización de los costos CAPECO en otros procesos regulatorios, conforme al artículo V.2.8 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante “TUO de la LPAG”), no ha configurado la existencia de un precedente administrativo toda vez que no establecen un criterio interpretativo de alcance general sobre la utilización de la fuente CAPECO para cualquier proceso regulatorio.

En cualquier caso, si la utilización de fuente CAPECO hubiera sido un precedente vinculante o si por el principio de predictibilidad o confianza legítima ha determinado la expectativa que fuera utilizado en el proceso tarifario, las normas permiten apartarse de criterios anteriores cuando se cuenta con el debido sustento, tal como lo reconocen los artículos IV.1.156 y VI.27 del TUO de la LPAG.

Es decir, aun si Osinermin hubiera procedido en sentido diferente a la regulación anterior, pero con el sustento debido, pues el requisito de motivación es exigido para apartarse de proceder anteriores, su actuar sería legalmente válido, toda vez que la propia ley establece que, si bien la administración debe actuar congruentemente con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y

⁵ Luz del Sur cita equivocadamente el informe legal de la GRT pues ha escrito la palabra “adoptándolo” en lugar de “adaptándolo”, lo cual como puede deducirse de este contexto, tiene un significado totalmente distinto.

⁶ Artículo IV.1.15 (segundo párrafo): Principio de predictibilidad o confianza legítima. - “...Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, **salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos**”.

⁷ Artículo VI.2: (parte sobre modificación de precedentes administrativos): Los **criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados** si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general...

los antecedentes administrativos, aquella se encuentra facultada a apartarse de los mismos siempre que explicita, por escrito, las razones que la llevaron a ello. En ese sentido, considerando que cada proceso regulatorio enfrenta modificaciones al marco normativo, cambios en las realidades que busca regular, aparición de nuevas tecnologías y otras modificaciones propias de la naturaleza dinámica de la actividad de distribución eléctrica, es posible que, con el debido sustento, a fin de evitar la arbitrariedad, los criterios adoptados en una regulación anterior sean modificados para poder adaptarse al dinamismo antes señalado y cumplir con el mandato establecido en los Artículos 8 y 42 de la LCE, que dispone que las tarifas se deben determinar reconociendo costos de eficiencia y promoviendo la eficiencia del sector.

Asimismo, la doctrina jurídica señala que “la posibilidad de apartarse de los precedentes halla su fundamento en la atendible necesidad de permitir a una dinámica Administración Pública, actualizar sus criterios (según la oportunidad y la experiencia) si considera que la interpretación del precedente no es la correcta, así como adecuar sus decisiones a las fluctuantes necesidades del interés general; pero se le exige, a cambio, un esfuerzo de razonabilidad que debe plasmarse en la motivación del acto”⁸.

En la página 15 del Informe Técnico 376 que sustentó el proyecto de fijación del VAD, respecto a las observaciones a la propuesta de Luz del Sur que Osinermin consideró como no subsanadas, se señaló lo siguiente:

“Respecto a los costos de inversión, no se sustentó los costos de materiales en base a costos eficientes que consideren economías de escala, precios y tecnologías vigentes. Asimismo, no se consideró costos de mano de obra, transporte y equipos en base a costos eficientes aplicables al mercado eléctrico que atiende la empresa. Tampoco se sustentó las modificaciones en las cantidades y rendimientos de montaje de los armados que forman parte de los costos de inversión. Por ello, **Osinermin está considerando los resultados de la evaluación de los costos de inversión a efectos de la determinación del Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones eléctricas, la cual ha considerado el análisis de costos de materiales de todas las empresas a nivel nacional, información del costo de mano de obra del técnico electricista, publicada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y análisis de costos de transporte y equipos.** Cabe indicar que, a efectos de la coherencia de la determinación del VAD, los costos unitarios de materiales, mano de obra, transporte y equipos, se han considerado también en los costos directos de las actividades de operación y mantenimiento”.

Como puede verse, el Informe Técnico que sustentó el proyecto VAD señala que, ante la falta de información por parte de la empresa se optó por considerar los resultados del VNR la cual considera costo de materiales de las empresas e información publicada por el Ministerio de Trabajo. Respecto a la falta de información, Luz del Sur ha señalado en su recurso que en respuesta al Oficio 757-2018-GRT sí remitió a Osinermin los costos de mano de obra sin necesidad de aplicar la encuesta MINTRA consistente en boletas de pago de técnicos y supervisores de la empresa Tecsur S.A. **Este aspecto corresponde ser corroborado y analizado por el área técnica a efectos de determinar si dicha fuente resulta más idónea que la utilizada en la fijación** y de ser así efectuar la corrección pertinente, caso contrario este extremo resultará infundado.

En cuanto a la información del Ministerio de Trabajo, cabe recordar que en las páginas 4 y 5 del Anexo 3 del Informe Técnico 377-2018-GRT que sustentó el proyecto de fijación

⁸ MORON URBINA, Juan Carlos; “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto único Ordenado de la Ley N° 27444”; Gaceta Jurídica, Lima, 2018, 13^a Edición. Tomo I, Página 173.

del VNR (Resolución 133-2018-OS/CD) se explicaron las razones por las que se tomó la fuente de Ministerio de Trabajo. Allí se señaló lo siguiente:

“El reconocimiento de los costos de recursos (mano de obra, transporte y equipos) no puede estar determinado únicamente por los costos en los que efectivamente incurren la empresa concesionaria, dado que, estos no corresponden a los costos en los que incurrían si enfrentase presión competitiva. Por ello, es necesario usar referentes que puedan representar dicho valor. En regulaciones anteriores, para el caso de la mano de obra, se usó los costos de hora hombre de la revista CAPECO, en la medida que se consideraban los más representativos del costo eficiente. Sin que ello significase que se ignoraban las diferencias referidas a dichos costos correspondían a obras de construcción civil y no a obras de instalaciones eléctricas.

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

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

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

Del mismo modo, de conformidad con el Artículo 16 de la Guía del VNR, los costos estándar de inversión de materiales y recursos deben de considerar diseños óptimos con economías de escala adecuadas y costos de mercado. Es decir, los costos de materiales, así como los de mano de obra considerados para fijar el VNR, deben ser aquellos que reflejen costos eficientes.

De acuerdo con las citadas disposiciones de los Términos de Referencia y Guía del VNR, al mencionarse “otras referencias” y a que finalmente se adopten los valores “más eficientes”, se evidencia que el texto de los mismos no buscan ser concluyentes respecto a qué referencia se va a emplear para hacer la comparación, previendo como una

posibilidad las encuestas de mercado, sin que ello signifique que cualquier encuesta sea la idónea para la regulación, lo cual es coherente con lo dispuesto en los artículos 8 y 42 de la LCE; habiendo encontrado el área técnica antes de la publicación del proyecto de fijación del VAD y al aprobar el VAD, que la encuesta de salarios del Ministerio de Trabajo resultaba ser más representativa y con niveles de costos más eficientes para los costos de mano de obra de los contratistas. Ante ello, Luz del Sur ha presentado argumentos técnicos que cuestionan la idoneidad de dicha fuente y que deben ser técnicamente analizados por Osinermin, de modo que esté debidamente sustentada la fuente utilizada para la regulación, toda vez que conforme al artículo IV.1.2 y artículo 3 numeral 4) de la LPAG, obtener una decisión motivada es un derecho de los administrados y a la vez un requisito de validez del acto administrativo, pudiendo conservarse el acto administrativo en caso la motivación haya sido insuficiente, procediendo que de ser el caso, con ocasión de resolver el recurso se exprese en el análisis técnico el sustento debido ya sea respecto a la encuesta MINTRA o al hecho de no haber utilizado como fuente idónea la presentada por la empresa, como podría ser el caso de la información referida a las boletas de la contratista Tecsur.

Sin perjuicio de ello, respecto a la falta de idoneidad de la encuesta MINTRA, debido a que su objetivo no tendría la finalidad de reflejar valores de mercado, sino obtener información sobre proyección laboral, cabe señalar que, tal como se indicó en el Anexo 2 del Informe N° 0447-2018-GRT “Análisis de Opiniones y/o Sugerencias a la Publicación del Proyecto de Resolución”, que sustentó la Resolución Osinermin N° 157-2018-OS/CD, de acuerdo con el Oficio N° 1243-2018-MTPE/3/17, la encuesta MINTRA **contiene información sobre la remuneración mensual mínima, promedio y máxima** para técnicos en electricidad, electrónica y telecomunicaciones, por ello fue considerada como una referencia válida para la determinación de los costos de mano de obra.

Asimismo, cabe aclarar que, la actividad de distribución eléctrica se brinda en condiciones de monopolio natural, por ello, Osinermin debe de determinar el costo del servicio eficiente a fin de establecer una tarifa que también lo sea. Para llevar a cabo dicha labor, es necesario tener en cuenta que, la función de Osinermin como Organismo Regulador es la de fijar dichos costos tratando de arribar a aquellos que se fijarían libremente si existiese un mercado competitivo de distribución eléctrica. El costo real de las empresas es un referente importante, aunque no es decisivo.

Se sabe que como el mercado competitivo no existe, los costos reales de la empresa de distribución eléctrica, no pueden ser considerados como costos definitivos, debiendo recurrirse también a otras referencias como encuestas de mercado para poder determinarlos. Por tal razón, el hecho de que la encuesta MINTRA no corresponda a costos efectivamente pagados por las empresas (planilla de salarios), sean estas de distribución eléctrica o similares, no la convierte en una fuente de datos que no sea idónea como señala Luz del Sur, sino que, reiteramos, en el mismo sentido a lo establecido en el numeral 6.1.7.1 de los Términos de Referencia del VAD y el artículo 16 de la Guía del VNR, respecto de los costos de operación y mantenimiento, se reconoce que la empresa real solo es un punto de partida o de referencia, y que los costos unitarios de personal, directos o indirectos, deben de surgir del análisis comparativo de los valores reales con los obtenidos en otras referencias como encuestas de mercado.

En consecuencia, la información contenida en la encuesta MINTRA sí puede calificar como una fuente idónea para sustentar los costos de mano de obra, ya que sería un

indicador de dichos costos, considerando que para determinar cuánto se está dispuesto a pagar en un futuro cercano, es lógico que el punto de partida sea lo que se está pagando al momento de ser consultado.

Por ello, para la determinación de los costos de mano de obra eficientes no corresponde que se tomen necesariamente los costos reales de la empresa o los costos propuestos por CAPECO, sino que, Osinerghmin debe de evaluar dichas fuentes de información, así como otras que pueda obtener, a fin de determinar los valores que representen dichos costos, correspondiéndole al área técnica realizar el análisis técnico respectivo, revisando con ocasión de resolver el recurso impugnatorio, los costos cuestionados de la Resolución 157, de ser el caso, con la información contenida en tales referentes y los que resulten idóneos, y considerando en su análisis los argumentos técnicos de Luz del Sur expuestos en su recurso.

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

Corresponde al área técnica analizar los argumentos técnicos expuestos en el recurso de reconsideración de Luz del Sur que cuestionan el uso de la encuesta del Ministerio de Trabajo y la no utilización de costos CAPECO, así como también determinar o motivar si las boletas de pago de técnicos y supervisores de la empresa Tecsur S.A. son una fuente más idónea que la utilizada en la fijación a efectos de determinar si este extremo del recurso impugnatorio de dicha empresa debe declararse fundado, infundado o fundado en parte.

4.3. Principio de legalidad: Normativa de obligatorio cumplimiento

a) Argumentos de Luz del Sur

Luz del Sur señala que en la Resolución 157 se ha incurrido en errores relacionados con los diseños de estructuras al no considerar lo siguiente:

- Respecto al afirmado de veredas, lo establecido en el Reglamento Nacional de Edificaciones, la Norma CE.010 Pavimentos Urbanos 2010 y la Ordenanza 203 de la Municipalidad Metropolitana de Lima que aprueba el Reglamento para la Ejecución de Obras en las Áreas de Dominio Público.
- Respecto al retiro para edificación en vía pública, lo establecido en el Reglamento Nacional de Edificaciones, la Norma Técnica A010 modificada por el Decreto Supremo N° 005-2014-VIVIENDA.
- Respecto al Camión volquete para eliminación de escombros, lo establecido por el Reglamento de la Ordenanza N° 295/MML (norma derogada siendo la vigente el Reglamento de la Ordenanza N° 1778).
- Respecto a la Puesta a tierra en las redes de BT, lo establecido en la sección 2 “terminología básica” y la Regla 032 C.1.b. del Código Nacional de Electricidad Suministro – 2011.

Respecto al retiro frontal el diseño de subestaciones de distribución “tipo seccionadoras” Luz del Sur precisa las normas aplicables por cada municipio, señalando las siguientes:

- Municipalidad de Miraflores, Artículo 8 de la Ordenanza N° 342 modificada por la Ordenanza 466.
- Municipalidad de Surquillo, Artículo Décimo de la Ordenanza N° 391.
- Municipalidad de San Borja, Artículo 9 del Decreto de Alcaldía N° 002-2008-MSB-A.
- Municipalidad de San Isidro, el Decreto de Alcaldía N° 011-96-ALC/MSI.
- Municipalidad de la Molina, el Artículo 10 del Decreto de Alcaldía N° 010-2016.
- Municipalidad de Lince, en los Artículos 11 y 20 de la Ordenanza N° 235-MDL.
- Municipalidad de San Luis, el Decreto de Alcaldía N° 003-2012.

b) Análisis legal

El Artículo IV.1.1 del Título Preliminar del TUO de la LPAG establece que, las autoridades administrativas deben actuar conforme a la Constitución, a la ley y al Derecho. De conformidad con dicho principio, la fijación del VAD debe reconocer criterios exigidos en las normas de carácter obligatorio, como lo son: la LCE y su Reglamento, el TUO de la LPAG, el Código Nacional de Electricidad, y demás normas técnicas incluyendo las que regulan los procedimientos de supervisión a cargo de Osinergmin, las ordenanzas municipales y los decretos de alcaldía, entre otros. Ello, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 67 de la LCE los costos que se reconozcan en la tarifa debe de considerar el cumplimiento del ordenamiento jurídico en general, especialmente las normas ambientales, de seguridad y salud en el trabajo, laborales, de transportes y municipales aplicables en su zona de concesión; entre otras. Por tal razón, en tanto las normas citadas por Luz del Sur en efecto establezcan obligaciones o mandatos que incidan en el desarrollo de sus actividades de distribución eléctrica corresponderá que sean reconocidas en la tarifa.

En tal sentido, y dado que los detalles respecto a la aplicación de las referidas normas son de carácter técnico, corresponde al área técnica verificar que para la fijación del VAD, se respetan las disposiciones invocadas por Luz del Sur, especialmente al analizar los informes técnicos contenidos en los Anexos de su recurso, a efectos de determinar si estos extremos del recurso impugnatorio de dicha empresa deben declararse fundado, infundado o fundado en parte.

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

- 5.1** De conformidad con el artículo 216 de TUO de la LPAG, el plazo para resolver el recurso de reconsideración es de 30 días hábiles contados a partir de su interposición.
- 5.2** Atendiendo a que Luz del Sur interpuso su recurso de reconsideración el 12 de noviembre de 2018, el plazo máximo para resolverlo vence el día 26 de diciembre de 2018⁹.

⁹ Cabe señalar que en el cómputo del plazo no se considera el 24 de diciembre de 2018 por haber sido declarado día no laborable para el sector público de conformidad con el Decreto Supremo N° 121-2018-PCM.

- 5.3 Lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osinermin, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 217 del TUO de la LPAG y el Artículo 52 inciso k) del Reglamento General de Osinermin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

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 Osinermin 157-2018-GRT, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 6.2 Por los fundamentos expuestos en el **literal b) del numeral 4.1**, esta Asesoría considera que conforme a la doctrina el **error material** es aquel que se atribuye no a la manifestación de voluntad ni al razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene y procede corregirlo cuando no se altera lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. Corresponde al área técnica, de ser el caso, incluir en su informe la corrección de los errores materiales invocados por el impugnante, caso contrario sustentar por qué resulta infundado o fundado en parte aquellos que no se consideren materia de corrección.
- 6.3 Por los fundamentos expuestos en el **literal b) del numeral 4.2**, esta Asesoría es de opinión que Osinermin no ha vulnerado los principios de confianza legítima, seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad por el solo hecho de utilizar la **encuesta del Ministerio de Trabajo**, ni por haberse apartado de los costos CAPECO, correspondiendo al área técnica que evalúe las observaciones de ENEL sobre la referida encuesta y de ser necesario, utilizar en su propuesta para resolver el recurso impugnatorio, aquellas fuentes de información idóneas que puedan ser empleadas para determinar los costos de mano de obra eficientes.
- 6.4 Por los fundamentos expuestos en el literal b) del numeral 4.3, esta Asesoría considera que, la Fijación del VAD debe reconocer todos los costos necesarios para que se pueda cumplir con las normas de calidad, seguridad, construcción, tránsito, ambientales, ordenanzas municipales y otras que representen la gestión de un concesionario operando en el país, en observancia del principio de legalidad, y dado que los detalles impugnados respecto a la aplicación de las normas referidas son de carácter técnico, corresponde al área técnica verificar que para la fijación del VAD, se hayan respetados tales disposiciones a efectos de determinar si el recurso resulta fundado, infundado o fundado en parte.
- 6.5 El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 26 de diciembre del 2018.

[mcastillo]

[jamez]

/dcj