RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 010-2018-OS/CD

Lima, 06 de febrero de 2018

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, mediante la Resolución Osinergmin N° 225-2017-OS/CD, (en adelante "Resolución 225"), el Consejo Directivo de Osinergmin aprobó 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;

Que, con fecha 21 de diciembre de 2017, la empresa Luz del Sur S.A.A. (en adelante "Luz del Sur"), mediante documento ingresado, según registro 201700219877 y registro GRT N° 011829, presentó recurso de reconsideración contra la Resolución 225;

Que, adicionalmente, el Consejo Directivo de Osinergmin le concedió a Luz del Sur el uso de la palabra solicitado en su recurso de reconsideración, habiéndose llevado a cabo el respectivo informe oral el día 18 de enero de 2018;

Que, mediante Resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas 027-97-P/CTE, publicada en el Diario El Peruano el 31 de octubre de 1997, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Luz del Sur en el extremo referido a la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de la empresa (en adelante PTU).

2. EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN Y ANÁLISIS DE OSINERGMIN

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

3. SUSTENTO DEL PETITORIO

3.1 Principio de legalidad

Que, Luz del Sur manifiesta que la Resolución 225 es nula porque contraviene el principio de legalidad, dado que, la exclusión de la PTU contraviene las normas del subsector de electricidad aplicables al caso, como los Artículos 64 y 67 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante LCE) y el Artículo 150 de su Reglamento, aprobado por Decreto supremo 009-93-EM (en adelante RLCE). Ello debido a que, por mandato expreso de los mencionados Artículos 67 y 150 Osinergmin debe considerar el cumplimiento de las normas laborales, incluyendo los beneficios sociales como la PTU;

Que, Luz del Sur, indica además que a similar conclusión llegó la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso seguido por Edecañete y que en las normas citadas se recoge un principio ético, destinado a fomentar el cumplimiento de la legislación mediante el reconocimiento en las tarifas, del costo que su cumplimiento acarrea, de conformidad con el principio de regulación denominado "orientación a costes" que de acuerdo a la doctrina que cita, exige que las tarifas se sitúen ligeramente por encima de los costes reales de la prestación del servicio tarificado cuyo fundamento es el carácter sustituto de la tarifa respecto al mecanismo ordinario de precios basado en oferta y demanda y por ello la tarifa debe permitir cubrir costes, dado que, no se puede obligar a nadie a producir o vender por debajo de ellos;

Que, Luz del Sur hace referencia a la regulación en Chile, indicando que en dicho país se aplica un modelo similar al peruano y que la tarifa incluye la PTU como parte de los costos laborales y que en su documento denominado "*Comunica Definición de Áreas Típicas y Documentos Técnicos con Bases del 'Estudio para el cálculo de los componentes del Valor Agregado de Distribución; Cuadrienio 2016-2020 (…)"*, la Comisión Nacional de Chile comprende a la PTU como parte de los costos de las remuneraciones;

Que, Luz del Sur señala que Osinergmin no está facultado a excluir la PTU del Valor Agregado de Distribución (en adelante VAD), discriminando entre unos y otros costos laborales, más aún, si el artículo 29 de la Constitución reconoce el derecho a la PTU y el Decreto Legislativo 892 regula los criterios para su distribución, señalando expresamente que forman parte del beneficio social a que tienen derecho los trabajadores de la empresa;

3.2 Motivación

Que, Luz del Sur manifiesta que la Resolución 225 es nula por ausencia de motivación, debido a que, en ninguna parte del informe legal que forma parte de dicha resolución se menciona el sustento legal que justifica la exclusión de la PTU, consignándose únicamente generalidades u opiniones. Por tal razón, la motivación que sustenta la Resolución 225 es aparente, insuficiente o incongruente. Señala la impugnante en el informe anexo a su recurso, que en las observaciones que efectuaron las empresas Electro Sur, Electro Dunas, Distriluz, Electro Sur Este, Luz del Sur y Enel, al proyecto de términos de referencia, indicaron que la PTU debía incluirse como costo pertinente al VAD y que se hizo referencia al texto del Artículo 67 de la LCE que es claro, expreso e inequívoco, pero que, sin embargo, los argumentos expuestos en las observaciones fueron rechazados sin mayor sustento en el informe 580-2017-GRT sobre la base de una remisión a los argumentos expuestos en informes técnicos del año 2013;

Que, Luz del Sur señala que la PTU sí guarda relación de causalidad directa con el servicio de distribución y que hay un error conceptual de Osinergmin, en el sentido de que, si bien las utilidades son un resultado económico, no obstante, también son consecuencia directa de la prestación del servicio, al ser un beneficio social reconocido a los trabajadores de una empresa de distribución por la Constitución y la ley. Precisa, que la relación de causalidad se demuestra con el hecho de que las utilidades se distribuyen en función de los días efectivamente trabajados y de la remuneración, por ello concluye que la PTU forma parte de los costos de personal en que debe incurrir la empresa en cumplimiento de la legislación laboral, y agrega que la legislación tributaria reconoce a la PTU como un

gasto deducible de la renta de tercera categoría justo por guardar relación directa con la fuente productora de la renta;

Que, Luz del Sur concluye indicando que la supuesta falta de motivación, se sustenta en lo dispuesto en el Artículo IV numeral 1.2, numeral 4 del Artículo 3 y el Artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS (en adelante TUO de la LPAG), así como, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la debida motivación, calificando la decisión de Osinergmin como ilegal y manifiestamente arbitraria;

3.3 PTU y Tasa de Actualización

Que, Luz del Sur señala que la Tasa de Actualización de 12% establecida en el artículo 79 de la LCE que está conformada por la Tasa Libre de Riesgo y el premio por el riesgo en el país, y está última definida en el numeral 18 del Anexo de la LCE como la Tasa de rentabilidad del capital para las operaciones en los sistemas de intermediación financiera, para condiciones de bajo riesgo de capital, por tal razón, la PTU no es un costo de capital sino un costo laboral, por lo que deben de reconocerse como parte de los COyM. Agrega que como la PTU no forma parte de las rentas de Capital, como sí los dividendos que se pagan a los accionistas, es que dicho concepto es deducible para efectos de Impuesto a la Renta pues se trata de una renta producto del trabajo y que es distinto el caso de los dividendos, que retribuyen la contribución al Capital efectuada por sus accionistas y, por ende, no forman parte de los COyM;

Que, Luz del Sur, considera que, por lo antes mencionado, es un error la afirmación de Osinergmin referida al supuesto “círculo vicioso” que se generaría en el caso de incluir la PTU en los COyM como se advierte del hecho de que ello no se produjo en fijaciones tarifarias anteriores al 2013, en las que se reconoció a la PTU como parte de los costos operativos. De ese modo, el reconocimiento de la PTU no conlleva a incrementar las utilidades de la empresa, sino a no, confiscar parte de la TIR que remunera su capital invertido, y que justo por ello, en los Artículos 149 y 150 del RLCE se obliga a considerar en la TIR gastos de personal incluyendo beneficios sociales, dentro de los cuales se encuentra incluida la PTU, pudiéndose calcular la TIR después de descontar dichos costos. En ese sentido, señala el impugnante que si la afirmación de Osinergmin fuera cierta, un “círculo vicioso” similar se daría en el caso del impuesto a la renta, sin embargo, la norma tributaria permite deducir de la renta imponible la PTU, por considerarla como un costo laboral que no forma parte de la renta del inversionista. En el informe anexo al recurso, el impugnante señala también que Osinergmin parte de una confusión entre la PTU y las utilidades de la empresa y que, si bien la PTU se obtiene de las utilidades, no puede confundirse con ellas, pues si bien la PTU se deriva de las utilidades no se confunde con ellas porque no beneficia a la empresa ni a sus accionistas, sino solo a los trabajadores y se paga como derecho laboral reconocido en el Artículo 29 de la Constitución y como tal es un costo laboral asumido por la empresa de distribución eléctrica, que debe ser reconocido en el VAD, de lo contrario se contravendría un mandato expreso del Artículo 67 de la LCE;

3.4 Derecho de propiedad

Que, Luz del Sur manifiesta que excluir la PTU de los COyM a ser considerados en el VAD, califica como una expropiación regulatoria, dado que, la empresa verá mermado su patrimonio por un monto igual al costo laboral que Osinergmin se niega a incluir en los

Términos de Referencia. Precisa que la PTU no beneficia a la empresa, ni a sus accionistas ni a terceros vinculados, sino exclusivamente a los trabajadores. Por ello afirma que al no incorporar la PTU en el VAD se obliga a las empresas a perder parte de sus ingresos por los costos operativos vinculados al servicio pese a que la ley expresamente reconoce que estos ingresos deben ser fijados en el VAD y reconocidos a favor de las empresas, lo cual se configura como una expropiación regulatoria que afecta el derecho constitucional de propiedad de las concesionarias de distribución, y el derecho de percibir los costos asociados al servicio de distribución eléctrica;

3.5 Responsabilidad patrimonial y administrativa

Que, Luz del Sur señala que de persistir Osinergmin en excluir de manera arbitraria y manifiestamente ilegal de los Términos de Referencia a la PTU como parte de los COyM a considerar en el Estudio de Costos, estaría incurriendo en una ilegalidad manifiesta que conlleva a una expropiación regulatoria y desde ya hace responsable a Osinergmin por los daños y perjuicios que dicha decisión ocasione, que deberán ser oportunamente indemnizados, de conformidad con lo establecido en los artículos 258 y 259 del TUO de la LPAG;

Que, Luz del Sur agrega en el informe anexo que se ha incurrido en ilegalidad manifiesta por cuanto las mismas objeciones fueron realizadas respecto al acto administrativo de fijación del VAD periodo 2013-2017, de modo que desde esa fecha se tiene conocimiento de la ilegalidad denunciada por las empresas de distribución eléctrica. Además, Luz del Sur señala que Osinergmin es parte de un proceso judicial contra Edecañete, en el cual las dos instancias judiciales se han pronunciado en contra de la entidad y a favor de la inclusión de la PTU en los costos asociados en la determinación del VAD. Por ello, manifiesta Luz del Sur que se verificaría que la exclusión de la PTU en los Términos de Referencia son producto de una acción deliberada, intencional y consciente sobre la existencia de vicios de legalidad en los que incurrió Osinergmin, correspondiendo que los funcionarios responsables sean procesados disciplinariamente bajo los alcances de la Ley 37057, Ley del Servicio Civil y sus normas reglamentarias a fin de exigirles responsabilidad funcional y la aplicación de sanciones disciplinarias correspondientes;

4. ANÁLISIS DEL PETITORIO

Que, en cumplimiento siempre del principio de buena fe procedimental, previsto en numeral 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y en general todos los que participan en un procedimiento realizan sus respectivos actos guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe, se procede a analizar los argumentos contenidos en el recurso materia de análisis, sin emitir pronunciamiento sobre las frases del mismo que vulneran dicho principio y que en sí mismas involucran solo apreciaciones subjetivas o juicios de valor que no contienen ningún concepto técnico o jurídico que corresponda refutar;

4.1 Sobre el principio de legalidad

Que, el principio de legalidad, reconocido por el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que le

estén atribuidas y según los fines para los que le fueron conferidas;

Que, las normas del sector eléctrico no han establecido expresamente el tratamiento tarifario de la PTU. Por ello, 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. Por lo señalado, se requiere de una interpretación concordada y sistemática de normas aplicables, recurriendo además a métodos de interpretación jurídica más apropiados, como entre otros, el de la *ratio legis*, a fin de que, la interpretación de las normas responda a los criterios de costos eficientes que exige la LCE;

Que, la interpretación del nuevo texto del Artículo 67 de la LCE y del inciso b) del Artículo 150 del RLCE, se complementa con los Artículos 64, y 70 de la LCE; 142 y siguientes del RLCE, numerales 3.3 y 4.2 del Manual de Costos. Al respecto, de acuerdo a los Artículos 64 y 70 de la LCE, el Manual de Costos y al Artículo 150 del RLCE, cuando este último incorpora a los gastos de personal, incluidos los beneficios sociales, precisa que solo se deben considerar "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 y no a todos los beneficios sociales;

Que, la LCE y el RLCE establecen los criterios para determinar las tarifas máximas reguladas, siendo la tarifa máxima equivalente al VAD. El cálculo del VAD (considera la definición de sectores típicos de distribución) considera una empresa modelo eficiente y los costos que son incurridos para la provisión del servicio vinculados a los costos fijos; costos de inversión, operación y mantenimiento; y las pérdidas de distribución, todo ello, antes de impuestos. El VAD se valida con el cálculo de la TIR del flujo de caja de los ingresos y costos asociados a los grupos de empresas (VAD con diferencias mayores a 10%), comparando el TIR resultante con un rango que está en función a la tasa de actualización 12%, necesaria para cubrir costos de oportunidad de capital y otras obligaciones de la empresa;

Que, en ese sentido, no es correcta la afirmación de Luz del Sur sobre que el nuevo texto del artículo 67 de LCE, al establecer expresamente que se debe de tomar en cuenta el costo de cumplimiento de las normas laborales, se incluía a la PTU dado su naturaleza de beneficio social. Conforme a la interpretación sistemática señalada, se debe de entender que dentro de los costos de operación y mantenimiento solo se reconocen 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. Por tal razón, el nuevo texto del Artículo 67 no ha creado un componente del VAD adicional a los previstos en el artículo 64 de la LCE, lo contrario podría generar que en la tarifa se incluya el pago de multas ambientales o cualquier tipo de beneficio concedido en los convenios colectivos o doble pago por un mismo concepto, entre otros, lo cual no está permitido de acuerdo al artículo 8 de la LCE, que establece que solo se reconoce en la tarifa los costos que sean eficientes; en consecuencia, no incluir la PTU como componente del VAD evita duplicidad de reconocimiento tarifario, por cuanto la PTU es parte de la tasa de actualización;

Que, 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 del servicio eléctrico, 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 dichos usuarios; aspectos que se complementan con el hecho que, conforme se explica en el numeral 4.3 de la presente Resolución, la PTU está implícita en la Tasa de Actualización, razón adicional y sustantiva para no considerar la PTU dentro de los costos reconocidos en el VAD, dado que, se remuneraría dos veces por un mismo concepto infringiendo el Artículo 8 de la LCE;

Que, respecto a la afirmación de Luz del Sur referida a que la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso seguido por Edecañete llegó a una similar conclusión que la suya en el sentido de que no se debe de hacer distinciones donde la ley no lo hace; conviene señalar que no cabe analizar una resolución de un proceso judicial que aún no concluye, menos aun cuando está pendiente de calificarse una casación en dicho proceso y que lo controvertido del tema ha determinado que la resolución se haya expedido con dos votos en discordia, debidamente sustentados, de dos magistrados de la misma Corte. Por la misma razón, no corresponde que se mencione tampoco los argumentos expuestos por magistrados en procesos judiciales seguidos exactamente por el mismo tema con otras empresas, en los que Osinergmin viene obteniendo resoluciones favorables, por unanimidad, sin votos en discordia y también con casación pendiente de calificación;

Que, en cuanto a la afirmación de Luz del Sur sobre el principio de "orientación a costes" respecto a que la tarifa debe permitir cubrir los costes dado que no se puede obligar a nadie a producir o vender debajo de éstos; cabe reiterar que las tarifas no reconocen costos reales sino solo costos eficientes, conforme al Artículo 8 de la LCE, y en segundo lugar que los alcances de las normas de la LCE y su Reglamento, como lo son el artículo 64 y 70, en los que tarifariamente se exige siempre un contexto de costos eficientes;

Que, respecto a la referencia a la regulación en Chile y que la Comisión Nacional de Chile comprende la PTU como parte de los costos de las remuneraciones, cabe indicar que el proceder de organismos técnicos de otros países no tiene fuerza vinculante para Osinergmin, al cual, precisamente en función del principio de legalidad, le corresponde aplicar e interpretar las normas de la legislación eléctrica peruana;

Que, respecto a lo afirmado por Luz del Sur, referido a que el Artículo 29 de la Constitución Política del Perú se reconoce el derecho de los trabajadores a la PTU y en el Decreto Legislativo 892 se establece en 5% de la renta anual antes de impuestos, fijando en su Artículo 2 su fórmula de aplicación, y por ende es un beneficio social al que tiene derecho el trabajador, cabe señalar que, Osinergmin ha sostenido en todo momento que la PTU es un derecho que la Constitución Política del Perú reconoce a los trabajadores y que es un beneficio social y una obligación que el empleador debe cumplir respecto a sus trabajadores, por lo que, no se encuentra en discusión la naturaleza de la PTU, su condición como beneficio social, que forme parte de los gastos en el personal o sus aspectos tributarios, contables o similares, sino que, su exclusión obedece a que se encuentra fuera de la cadena operativa y por ello no puede ser incluido en los Términos de Referencia como parte de los rubros de operación y mantenimiento que incluirán los Estudios de Costos y se aprobarán en la fijación del VAD;

Que, por lo tanto, contrariamente a lo afirmado por Luz del Sur en su recurso, y en cumplimiento del principio de legalidad, la exclusión de la PTU de los Términos de Referencia del VAD aprobados por la Resolución 225, se realizó conforme a una interpretación sistemática y literal de la legislación eléctrica, concluyendo que no forma parte de los Costos de Operación y Mantenimiento, por lo que, dicha resolución no ha incurrido en ninguna causal de nulidad del acto administrativo, por cuanto precisamente se ampara en el marco legal aplicable;

Que, por lo expuesto, se verifica que no existe vicio de nulidad en la Resolución 225, toda vez que Osinergmin si ha cumplido con el principio de legalidad;

4.2 Sobre la motivación de la Resolución 225

Que, contrariamente a lo manifestado por Luz del Sur corresponde señalar que la exclusión de la PTU de los Términos de Referencia del VAD aprobados por la Resolución 225 sí fue una decisión motivada. Ello debido a que es falso que en ninguna parte del Informe Legal 580, que formó parte de dicha Resolución, se haya mencionado el sustento legal que justificara la exclusión de la PTU. Por el contrario, en las páginas 7 y 8 del referido informe se mencionó el sustento legal expreso y las razones sustanciales que justificaban la exclusión de la PTU, lo que era suficiente para motivar el acto;

Que, de igual modo, tampoco es exacto lo expuesto por Luz del Sur respecto a que el contenido del Informe Legal 580 solo estaba referido a generalidades y opiniones particulares que lo conviertan en una motivación aparente, insuficiente o incongruente, por el contrario, en dicho informe se explicaron las razones y sustento legal que determinan que la PTU no sea incluido en el Costo de Operación y Mantenimiento y por remisión los detalles y métodos de interpretación se encuentran en los informes que sustentaron la fijación del VAD 2013 y que fueron expresamente citados en el Informe 580;

Que en ese sentido, en los informes que forman parte de la Resolución 225 se ha sustentado por qué no existe norma legal ni constitucional que habilite reconocer la PTU como costo de operación y mantenimiento en la fijación del VAD; y desde el punto de vista técnico y económico se ha sustentado que la PTU está implícita en la Tasa de Actualización, en unos casos dicho sustento se encuentra expresamente en lo indicado y resumido en el Informe Legal 580 y en otros, dentro de los Informes Técnicos y Legales que fueron expresamente citados en dicho informe como sustento. Por ello, el hecho que Luz del Sur tenga una interpretación distinta a la autoridad administrativa no significa que no se haya sustentado o motivado la decisión o que la motivación haya sido insuficiente, incongruente o tan solo aparente y menos aún que haya sido arbitraria o manifiestamente ilegal;

Que, la PTU no guarda relación de causalidad con la prestación del servicio. Lo que sí guarda relación de causalidad es el insumo trabajo, que, obviamente, debe ser remunerado. La remuneración del trabajo que incluye los beneficios asociados conceptualmente no puede depender del resultado de la empresa. Los beneficios asociados son independientes del resultado de la empresa. A diferencia del PTU, que sí depende de los resultados positivos para que se active. Así, la PTU es similar a un impuesto y es un pago que se calcula a partir del saldo de la renta imponible del ejercicio gravable neto de las pérdidas de ejercicios anteriores, es decir, que la PTU depende de los resultados positivos de la empresa para ejecutarse. La PTU al calcularse como un

porcentaje de las utilidades es asemejable a un impuesto a la renta y el VAD se calcula antes de impuestos. Asimismo, la Tasa de Actualización aplica a un flujo antes de impuestos y la PTU es similar a un impuesto;

Que, desde el punto de vista económico la PTU no es costo laboral porque los costos laborales dependen de las horas trabajadas no del resultado de la empresa. Por lo tanto, se considera que la inclusión de la PTU como costo de la empresa modelo eficiente no es correcta;

Que respecto a lo señalado por Luz del Sur en el sentido de que, para encontrar la relación de causalidad directa entre la PTU y la prestación del servicio de distribución, basta con remitirse al artículo 2 del Decreto Legislativo 892, en el que se indica que la PTU se calcula de acuerdo con los días efectivamente trabajados y la remuneración del trabajador, y por consiguiente forma parte de los costos de personal en que debe incurrir la empresa en cumplimiento de la legislación laboral, se debe de reiterar que la PTU es consecuencia directa de que se generen utilidades, por lo que, no puede forzarse como un costo que la empresa deba incurrir para prestar el servicio. Por ello, que el Decreto Legislativo 892 establezca como variables para la distribución proporcional, los días trabajados y el monto de la remuneración no convierte en causalidad directa o insumo necesario a la PTU para que se haya podido llevar adelante la actividad eléctrica, sino que, ha sido la opción legislativa optada para determinar su distribución;

Que, por lo expuesto, se verifica que no existe vicio de nulidad en la Resolución 225, toda vez que Osinergmin si ha cumplido con el requisito de sustentar o motivar su resolución;

4.3 Sobre la PTU y la Tasa de Actualización

Que, como se ha dicho, la PTU no forma parte de los costos estándares de operación y mantenimiento del VAD, y no guarda relación de causalidad directa con la prestación del servicio, dado que, se obtiene de los resultados de la empresa, siendo estos el producto de detraer los costos de los ingresos, es decir, se configura en una etapa posterior a la etapa operativa de la prestación del servicio. En ese sentido, los ingresos de la empresa modelo, en condiciones de operación normal, se obtienen a partir del producto del VAD por la Demanda, siendo el resultado igual a la suma de los Costos Estándares de Inversión y los Costos Estándares de Operación y Mantenimiento. Por ello, si de los Ingresos se detraen la Amortización de Capital y los Costos Estándares de Operación y Mantenimiento, el resultado es igual a la Remuneración del Capital, es decir, a las Utilidades sobre la cual se aplica la PTU; reconocer la PTU dentro de los costos de Operación y Mantenimiento implica un doble pago, lo cual no es concordante con el esquema de la Empresa Modelo que busca costos eficientes evitando duplicidad de pago;

Que, la Remuneración del Capital se obtiene a partir de la Tasa de Actualización prevista en el artículo 79 de la LCE y la vida útil de las instalaciones. Por ello, la PTU está implícita en el costo del capital, resultando de la Tasa de Actualización, independientemente de cómo se defina o determine. En consecuencia, no es posible compartir la afirmación de Luz del Sur referida a que la PTU no forma parte de las rentas de capital y que por ello es un concepto deducible para efectos de impuesto a la renta, debiendo precisarse sobre esto último, que dicha deducción es de índole tributaria y que ello no implica que se considere a la PTU como un elemento de costo que forme parte de los costos estándares de operación y mantenimiento. Esto ultimo es consistente con la Resolución de la Comisión de Tarifas Eléctricas 027-97-P/CTE, mediante la cual se declaró infundado el

recurso de reconsideración interpuesto por Luz del Sur en el extremo referido a la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de la empresa, concluyendo que la PTU no es un componente que debe tomarse en cuenta para la determinación del VAD; así como también es consistente con la fijación regulatoria del año 2013;

Que, del análisis regulatorio y económico, al estar la PTU implícita en el costo de capital o la Tasa de Actualización, incorporarla como parte de los costos estándares de operación y mantenimiento, significaría una redundancia en el reconocimiento de costos, lo cual impactaría también en la viabilidad de la aplicación del criterio de la empresa modelo, ello debido a que la determinación del VAD de acuerdo con el artículo 64 de la LCE debe basarse en una empresa modelo eficiente, la cual tiene como objetivo emular la competencia, permitiendo que las empresas reguladas obtengan una rentabilidad normal sobre su capital, tal como ocurriría si la empresa fuese competitiva;

Que, de acuerdo a lo antes señalado, no debe existir ligazón entre los costos considerados y las utilidades determinadas en el cálculo, porque de lo contrario ambos conceptos se retroalimentarían cayendo en un círculo vicioso y perverso, en el cual mayores costos por participación de utilidades llevarían a incrementos de tarifas y dichos incrementos tarifarios luego generarían mayores utilidades, impactando a su vez en mayores costos por utilidades, luego en incrementos tarifarios, y así en adelante, rompiéndose de ese modo el equilibrio de remuneración a los inversionistas, quienes pasarían a tener ingresos imprevistos e injustificados, a costa de las tarifas que pagarían los usuarios, en este caso, del servicio público de electricidad, tornando de ese modo en impracticable la utilización del modelo señalado;

Que, de acuerdo a lo anterior, los requerimientos de rentabilidad y los gastos originados a partir de las utilidades de la empresa modelo, están considerados en el costo de capital o Tasa de Actualización que se utiliza en la determinación de las tarifas, esta Tasa que se define como una Tasa justa y razonable, considera los riesgos de la actividad en que se desenvuelve la empresa modelo y permite cubrir los requerimientos de los agentes de interés (Inversionistas, Trabajadores, Estado) a partir de las utilidades. En ese sentido, dichas utilidades se asignan a los inversionistas como dividendos (por acciones comunes o acciones preferentes), a los trabajadores como participaciones y al Estado como Impuesto a la Renta. Por lo tanto, dichos requerimientos de rentabilidad, están considerados dentro del costo de capital, establecido en el artículo 79 de la LCE;

Que, por lo mencionado, este extremo del recurso de Luz del Sur debe declararse infundado;

4.4 Sobre el derecho de propiedad

Que, de acuerdo a las razones expuestas y desarrolladas precedentemente, la exclusión de la PTU de los Términos de Referencia no configura una expropiación regulatoria, debido a que corresponde a un elemento que, desde el punto de vista jurídico, técnico y económico, no forma parte de los COyM que deben ser reconocido en el VAD y, por otro lado, es un concepto que sí forma parte de la Tasa de Actualización que remunera la inversión. Por tal razón, contrariamente a lo afirmado por Luz del Sur, la exclusión de la PTU no afecta su derecho a la propiedad, y de ningún modo puede considerarse una confiscación, por el contrario, reconocer la PTU en el COyM implicaría remunerarle dos veces por el mismo concepto, más aún, si la Constitución Política del Perú ha dispuesto que se comparta las “utilidades de la empresa” con los trabajadores, por lo que, no

correspondería a los usuarios del servicio público de electricidad pagar por dicho concepto;

Que, por lo mencionado, los argumentos del recurso de Luz del Sur sobre este extremo son infundados;

4.5 Sobre la responsabilidad patrimonial y administrativa

Que, contrariamente a lo manifestado por Luz del Sur, la Resolución 225 se ha sustentado en base a la aplicación de la legislación pertinente a la materia controvertida, la cual directamente o por remisión se ha explicado y reiterado en los informes técnicos y económicos que sustentaron dicha resolución y en aquellos de la fijación del VAD del 2013. Asimismo, respecto a las resoluciones judiciales sobre el tema de la PTU, se advierte que existen pronunciamientos distintos en diversos procesos judiciales seguidos por diversas empresas contra Osinergmin, sin que ninguno tenga la calidad de cosa juzgada, por lo que, no puede afirmarse que existan conductas "manifiestamente ilegales" o maliciosas en temas que acarrean pluralidad de opiniones;

Que, por lo mencionado, este extremo del recurso de Luz del Sur debe declararse infundado;

Que, finalmente se han emitido el Informe Técnico N° 057-2018-GRT, el Informe Legal N° 056-2018-GRT y el Informe Técnico N° 008-2018-GPAE, de la División de Distribución Eléctrica, de la de la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación Tarifas, y de la Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinergmin respectivamente, los cuales complementan y contienen con mayor detalle técnico y jurídico la motivación que sustenta la decisión de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del Artículo 3°, del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS;

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú, en el Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM; en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 010-2016-PCM, y en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 03-2018 con el voto por mayoría y voto en discordia del señor Antonio Miguel Ángulo Zambrano, conforme consta en el acta correspondiente.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar no ha lugar la solicitud de nulidad y de aprobación de nuevos Términos de Referencia, contenida en el recurso de reconsideración interpuesto por Luz del Sur S.A.A. contra la Resolución N° 225- 2017-OS/CD e infundado en todos sus extremos, por las razones señaladas en el numeral 4) de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Incorporar los informes N° 056-2018-GRT, 057-2018-GRT y 008-2018-GPAE, como partes integrantes de la presente Resolución.

Artículo 3.- La presente resolución, deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada en el portal de internet de Osinergmin: http://www2.osinerg.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones2018.aspx, junto con el Informe Técnico N° 057-2018-GRT, el Informe Legal N° 056-2018-GRT y el Informe Técnico N° 008-2018-GPAE.

Daniel Schmerler Vainstein
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN