

Informe Legal N° 267-2023-GRT

Opinión legal sobre la procedencia de publicar el proyecto de Resolución de Fijación de los Costos de Conexión a la Red de Distribución para el periodo 2023 - 2027

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

Referencia : Expediente 416-2022-GRT

Fecha : 10 de abril del 2023

Resumen Ejecutivo

El objetivo del presente Informe es analizar la procedencia de publicar el proyecto de Fijación de Costos de Conexión a la Red de Distribución para el periodo 2023 – 2027, de conformidad con la normatividad vigente.

Los aspectos legales controvertidos de las propuestas costos de conexión, se refieren al cumplimiento de Ordenanzas municipales vinculadas con prohibiciones de redes aéreas, necesidad de Conexiones subterráneas y conexiones en Media Tensión Trifásicos con salida a Puesto de Medición Subterránea Bóveda (PMS) y la tercerización.

Esta Asesoría por las razones que se exponen en el presente informe, concluye lo siguiente:

- En la fijación de costos de conexión, conforme al principio de legalidad, debe incluirse el reconocimiento de costos eficientes derivados del cumplimiento de la Ley 30477 y Ordenanzas municipales vinculadas con prohibiciones de redes aéreas, necesidad de Conexiones subterráneas y conexiones en Media Tensión Trifásicos con salida a Puesto de Medición Subterránea Bóveda (PMS), correspondiendo al área técnica analizar si en ello encaja o no las afirmaciones técnicas o alternativas técnicas propuestas por las empresas a efectos de acogerlas o desestimarlas.
- En materia de tercerización, en cumplimiento del principio de legalidad y al no poder dejar de resolver por vacíos o deficiencias normativas, corresponde a Osinergmin dentro del ámbito de su competencia y función reguladora, aplicar las actuales disposiciones vigentes, resultando inviable dejar abierta la regulación a lo que las autoridades de trabajo y las judiciales decidan en cada caso o lo que irán considerado en el futuro como núcleo de negocio o establecer procedimientos de revisión vinculados a ello, correspondiendo al área técnica verificar que, para la fijación de Costos de Conexión, se incluya el costo eficiente que implique darle cumplimiento a las disposiciones citadas en materia de tercerización y núcleo del negocio dentro del contexto de una concesión de distribución eléctrica.

Habiéndose cumplido con las etapas establecidas en el Anexo B.2 de la Norma “Procedimientos para Fijación de Precios regulados”, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, esta Asesoría considera procedente someter a la aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin la publicación del proyecto de resolución con el que se fijen los costos de conexión a la red

de distribución eléctrica, para el periodo comprendido entre el 01 de setiembre de 2023 hasta el 31 de agosto de 2027 y de la relación de la información que la sustenta, incluyendo además la convocatoria a Audiencia Pública en la que el Regulador sustenta el referido Proyecto.

Informe Legal N° 267-2023-GRT

Opinión legal sobre la procedencia de publicar el proyecto de Resolución de Fijación de los Costos de Conexión a la Red de Distribución para el periodo 2023 - 2027

1) Antecedentes y marco legal aplicable

1.1 La función reguladora de Osinergmin se encuentra reconocida en el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, concordado con los artículos 26, 27 y 28 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM (en adelante “Reglamento General de Osinergmin”) y el inciso b) del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM. Dicha función, exclusiva del Consejo Directivo, comprende la facultad de fijar, mediante resoluciones, las tarifas de los servicios que son de su competencia, de acuerdo a los criterios y principios previstos en las legislaciones sectoriales.

Según lo dispuesto en el literal v) del artículo 52 del Reglamento General de Osinergmin, corresponde al Consejo Directivo de Osinergmin fijar, revisar y modificar los montos que deberán pagar los usuarios del Servicio Público de Electricidad por todos los conceptos señalados en el artículo 163 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante “RLCE”).

1.2 Asimismo, de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 163 del RLCE, corresponde al Consejo Directivo de Osinergmin fijar, revisar y modificar los montos que deberán pagar los usuarios del Servicio Público de Electricidad por el costo de acometida, equipo de medición y protección y su respectiva caja, así como, el monto mensual que cubre su mantenimiento y permite su reposición en un plazo de treinta (30) años, teniendo en cuenta que, tratándose de equipo de medición estático monofásico de medición simple, se considerará una vida útil no menor de quince (15) años.

1.3 Por su parte, dentro de la Norma “Procedimientos para Fijación de Precios Regulados” aprobada mediante la Resolución Osinergmin N° 080-2012-OS/CD, se estableció el procedimiento regulatorio para la fijación de los costos de conexión a la red de distribución eléctrica, contenido en el Anexo B2 (en adelante “Norma de Procedimiento”).

1.4 Cabe precisar que, mediante Resolución Osinergmin N° 137-2019-OS/CD, modificada con Resolución Osinergmin N° 176-2019-OS/CD, se fijaron los costos de conexión a la red de distribución eléctrica, vigentes hasta el 31 de agosto de 2023, correspondiendo fijar nuevamente los referidos costos para un próximo periodo de cuatro años.

1.5 En ese sentido, de conformidad con el ítem a) del Anexo B.2 de la Norma de Procedimiento, que regula el procedimiento regulatorio para la fijación de los costos de conexión a la red de distribución eléctrica, el referido procedimiento comenzó con la presentación de la información de los costos de materiales y recursos utilizados en

las conexiones eléctricas, por parte de las empresas de distribución eléctrica. Posteriormente, de acuerdo con lo estipulado en el ítem b) del referido anexo, dentro del plazo establecido, las siguientes empresas presentaron sus propuestas de costos de instalación y mantenimiento de las conexiones eléctricas: Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. (Adinelsa), Consorcio Eléctrico de Villacurí S.A.C. (Coelvisac), Electro Dunas S.A.A. (Electro Dunas), Electro Oriente S.A. (Electro Oriente), Electro Pangoa S.A. (Electro Pangoa), Electro Puno S.A.A. (Electro Puno), Electro Sur Este S.A.A. (Electro Sur Este), Electro Tocache S.A. (Electro Tocache), Electro Ucayali S.A. (Electro Ucayali), Electrocentro S.A., (Electrocentro), Electronoroeste S.A. (Electronoroeste), Electronorte S.A. (Electronorte), Enel Distribución Perú S.A.A. (Enel Distribución), Empresa de Servicios Eléctricos Municipal de Pativilca S.A.C. (Esempat), Electronorte Medio S.A. (Hidrandina), Luz del Sur S.A.A. (Luz del Sur) y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (Seal).¹

- 1.6 Con fechas 19 y 20 de enero de 2023, de conformidad con el ítem d) del Anexo B.2 de la Norma de Procedimiento, se llevó a cabo la Audiencia Pública de sustentación de las propuestas de costos de conexión eléctrica para el periodo setiembre 2023 – agosto 2027².
- 1.7 Mediante Oficio Múltiple N° 0471-2023-GRT Osinermin comunicó a las empresas señaladas precedentemente las observaciones correspondientes a las propuestas de costos que fueron presentadas, precisando en dicho oficio que el plazo para remitir las absoluciones a las observaciones efectuadas vencía el 10 de marzo de 2023.
- 1.8 Finalmente, de acuerdo con el ítem f) del Anexo B.2 de la Norma de Procedimientos, las empresas presentaron sus documentos y archivos sobre absolución de las referidas observaciones y los resultados definitivos de su propuesta de costos, consignándose todo ello en el portal institucional de Osinermin.

2) Análisis de los aspectos legales controvertidos de las propuestas de costos

2.1. Cumplimiento de Ordenanzas municipales vinculadas con prohibiciones de redes aéreas, necesidad de Conexiones subterráneas y conexiones en Media Tensión Trifásicos con salida a Puesto de Medición Subterránea Bóveda (PMS)

Argumentos de las empresas:

Enel en su propuesta de costos (punto 6.3 de su informe, pg. 18) sobre media tensión con medición subterránea, señala que las autoridades de varios distritos han establecido la prohibición de tender instalaciones aéreas del servicio eléctrico, y cita las ordenanzas incluidas en el Anexo G de la propuesta. Indica que, debido a ello, surge la necesidad de establecer un costo de una conexión con medición subterránea

¹ Cabe señalar que las empresas Electro sur, Egepsa, Eilhicha, presentaron su propuesta de costos fuera del plazo previsto; y las empresas Chavimochic, Edelsa, Emsemsa, Emseusa y Sersa no presentaron propuestas.

² La empresa Electro Pangoa no se presentó a la audiencia de sustentación.

(PMS) para zonas donde exista la restricción de redes aéreas y la conexión subterránea mediante celda MT quede localizada a gran distancia.

Luz del Sur tanto en su propuesta de costos como en su absolución de observaciones señala que la conexión eléctrica permite al Usuario conectarse a la red de distribución; es decir, contar con el servicio de energía eléctrica y que, en tal sentido, la utilización de los equipos y materiales eficientes reconocidos por Osinermin para las nuevas conexiones, deben ser permitidos en el marco legal general. Indica que, en caso contrario, ello implicaría una vulneración al principio de acceso previsto en el Reglamento General de Osinermin dado que, en el caso que el uso de los equipos y materiales requeridos a dichos efectos fuera prohibido por las autoridades competentes, la distribuidora no podría otorgar la conexión al usuario puesto que sería jurídicamente obtener las autorizaciones municipales para la ejecución de los trabajos respectivos. Conduce, que actualmente es precisamente la situación anterior la que se viene verificando ya que las conexiones reguladas en media tensión con salidas a PMI (en estructuras aéreas) están prohibidas por la Ley 30477 y la Ordenanza N° 20477 (sic)³.

Propone el reconocimiento de los costos de conexión y los costos de operación y mantenimiento de la conexión en media tensión trifásico en PMS debido a que es una alternativa técnicamente equivalente a la conexión regulada en media tensión trifásico en PMI por el impedimento de la instalación de estructuras aéreas en las zonas consolidadas de la capital.

Análisis legal

Según lo dispuesto por las Ordenanzas y disposiciones distritales pertinentes⁴ se tiene lo siguiente: (i) en el cercado Callao se puede mantener las redes aéreas que ya existen, salvo que estén en desuso. Se prohíbe nuevas redes aéreas (ii) en el distrito de Carmen de la Legua Reynoso se prohíbe cableado aéreo en todo el distrito y se exige el retiro del cableado aéreo existente. (iii) En el distrito de Bellavista se prohíbe instalación de nuevo cableado aéreo. Se permite mantener el cableado aéreo existente. Se exige retiro de cableado aéreo existente solo cuando es antirreglamentario (iv) en el distrito de Huacho, solo en zonas urbanas y de expansión urbanas aprobadas en el plan de expansión urbana de Huacho, se prohíbe nuevo cableado aéreo (v) en el distrito de Jesús María, se puede mantener las redes aéreas pero deben reordenarse en cuanto sea técnicamente posible. Se prohíbe tendido de nuevas redes aéreas (vi) en el distrito de Breña, se prohíbe el tendido del nuevo cableado aéreo. Se permite mantener el cableado aéreo existente en tanto no atente

³ No existe la "Ordenanza 20477"; al parecer la cita de la empresa incurre en error material y se refiere solo a la ley 30477.

⁴ Ordenanza 000055-2008_MPC de la Municipalidad Provincial del Callao, Ordenanza 001-2013-MDCLR de la Municipalidad Distrital de Carmen de la Legua y Reynoso, Ordenanza 020-2012-CDB de la Municipalidad Distrital de Bellavista, Ordenanza 022-2015/MPH de la Municipalidad Provincial de Huaura, Ordenanza 637-MDJM de la Municipalidad Distrital de Jesús María, Ordenanza 0559-2021_MDB de la Municipalidad Distrital de Breña, ORDENANZA 0037-2013-AL/CPB de la Municipalidad de Barranca.

contra el medio ambiente, seguridad, etc. (vii) En Barranca se prohíbe la instalación de tendido de redes aéreas dentro de las zonas urbanas y de expansión urbana aprobadas en el plan de desarrollo urbano de Barranca. Se prohíbe la sustitución de redes subterráneas por aéreas en todo Barranca y se prohíbe instalación de elementos de distribución eléctrica adosados a fachadas de inmuebles o cruzando vías en áreas no permitidas lo que debe canalizarse en zonas subterráneas a través de la vía o empotrados en paramentos de inmuebles o en el interior de los mismos.

Por otro lado, en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30477 respecto a las Instalaciones eléctricas en media tensión y puestos de medición a la intemperie (PMI) contemplados por el Código Nacional de Electricidad - Utilización, aprobado por Resolución Ministerial 037-2006-MEM-DM, se dispone que deben ser ubicadas en forma subterránea y que, excepcionalmente se permite la instalación de dichos elementos cuando sean ubicados en postes o subestaciones eléctricas existentes.

Respecto al principio de libre acceso, conforme al artículo 4 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM, la actuación de Osinergmin deberá orientarse a garantizar a los usuarios de servicio público, el libre acceso a los servicios de suministro de energía eléctrica, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.

En cumplimiento del principio de legalidad y, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo IV.1.1 del Título Preliminar del TUO de la LPAG según el cual, las autoridades administrativas deben actuar conforme a la Constitución, a la ley y al Derecho, se entiende que la fijación de los costos de conexión debe reconocer criterios exigidos en diversas normas y disposiciones aplicables en el ámbito de aplicación de la concesión de distribución como lo es el caso de las Ordenanzas y disposiciones municipales invocadas por las empresas en materia de restricciones de cableado aéreo y puestos de medición a la intemperie cuyos alcances se indican en los párrafos precedentes. Del mismo modo, en cumplimiento del principio de acceso al servicio, implica cumplimiento de requisitos legales.

Por lo expuesto, corresponde al área técnica verificar que, para la fijación de Costos de Conexión, se incluya el costo eficiente que implique darle cumplimiento a las referidas disposiciones y analizar si en ello encaja o no las afirmaciones técnicas o alternativas propuestas por las empresas.

2.2. Tercerización

Argumentos de Luz del Sur:

Luz del Sur, tanto en su propuesta de costos como en su absolución de observaciones, cita las normas vigentes sobre tercerización, incluida la modificación aprobada por

Decreto Supremo 001-2022-TR con la que se prohíbe dicha modalidad de contratación para aquellas actividades que forman parte del “Núcleo del Negocio”. Señala que en el caso que Osinergmin utilizara sus propios criterios para determinar qué es tercerización, estaría desnaturalizando esta figura legal dado que es la legislación laboral la competente y la llamada a determinar sus características, incluyendo sus restricciones y su forma de aplicación. Indica que Osinergmin no puede irrogarse estas funciones bajo el manto de su función regulatoria, pues son exclusivamente de competencia de las autoridades laborales.

Agrega que en caso Osinergmin no reconozca los efectos del DS 001-2022-TR en el presente procedimiento de fijación de presupuestos máximos de costos de conexión como consecuencia de la especial coyuntura que existe en torno a esta norma; y las Distribuidoras tengan que asumir costos laborales no reconocidos e impuestos por el Gobierno Peruano, el Regulador deberá establecer los procedimientos necesarios para la revisión de los costos de conexión antes del 2027.

Análisis legal

En cumplimiento del principio de legalidad y, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo IV.1.1 del TUO de la LPAG, según el cual, las autoridades administrativas deben actuar conforme a la Constitución, a la ley y al Derecho; se debe reconocer criterios exigidos en las normas de carácter obligatorio como lo son: la LCE y su Reglamento, el TUO de la LPAG, el Reglamento de Osinergmin, el Código Nacional de Electricidad, ordenanzas municipales, la Norma Técnica de Calidad y Servicios Eléctricos, la Ley que regula los servicios de Tercerización, su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR y otras disposiciones generales en el ámbito de aplicación de la concesión de distribución.

La Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización (en adelante “Ley de Tercerización”), publicada el 24 de junio del 2008, respecto a lo que es la tercerización, en el artículo 2 establece fundamentalmente lo siguiente:

“Se entiende por tercerización la contratación de empresas **para que desarrollen actividades especializadas u obras**, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes⁵, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal”.

⁵ Salvo casos excepcionales (artículo 1 del Decreto Legislativo 1038 y 4 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR)

Asimismo, en el artículo 3 de la Ley de Tercerización se considera como tercerización de servicios, entre otros, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

En el Reglamento de la Ley de Tercerización y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR (publicado el 12/09/2008) incluyendo sus modificaciones establecidas por el Decreto Supremo 001-2022-TR (publicado el 23/02/2022), se establece que, para los efectos de la mencionada Ley y Decreto Legislativo, se tendrán en cuenta las definiciones que indica⁶, siendo las más relevantes las siguientes:

"Actividades especializadas u obras.- Son actividades especializadas aquellas actividades vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Se entiende por obra la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora. Las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio."

"Actividades principales.- Constituyen actividades principales aquellas a las que se refiere el artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 27626, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR y sus normas modificatorias".

[Cabe indicar que según el artículo 1 del mencionado Reglamento de la ley 27626, "**Constituye actividad principal** de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa."]

"Centro de trabajo.- Es el lugar o lugares donde se encuentran las instalaciones de la empresa principal a la que es desplazado el trabajador de la empresa tercerizadora, bajo las órdenes exclusivas de su empleador".

"Centro de operaciones.- Es el lugar o lugares determinados por la empresa principal que se encuentran fuera del centro de trabajo de aquella, donde el trabajador desplazado realiza sus labores, bajo las órdenes exclusivas de su empleador".

"Desplazamiento de personal.- Es el traslado del trabajador o trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa

⁶ La norma del 2022 modificó la definición de "Actividades especializadas y obras" e incorporó la de "núcleo del negocio". Las demás definiciones son las mismas que tenía la norma originaria.

principal, manteniéndose en todo momento bajo la exclusiva subordinación de aquella”.

“Empresa principal.- Empresa que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora”.

“Empresa tercerizadora.- Empresa que lleva a cabo el servicio u obra contratado por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación. Son consideradas como empresas tercerizadoras, tanto las empresas contratistas como las subcontratistas”.

“Núcleo del negocio.- El núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa pero, por sus particulares características, **no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento.**

Para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros:

1. El objeto social de la empresa.
2. Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos. ”

“Simple provisión de personal.- Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley N° 27626, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias. No constituyen una simple provisión de personal el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización”.

“Tercerización.- Es una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma”.

Respecto al **ámbito de la Ley**, en el artículo 2 del Reglamento se establece que “comprende a las empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras, que forman parte de su actividad principal, siempre

que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente Reglamento. Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley. No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio⁷.”

Teniendo en cuenta que la normativa antes descrita no puede dejar de ser aplicada en lo que corresponda o resulte aplicable a una empresa, procede el reconocimiento de los costos derivados del cumplimiento de las normas vigentes, tales como las normas indicadas, con el debido sustento y referidas al ámbito de la concesión de distribución. Cabe precisar que dicho reconocimiento puede o no coincidir con los regímenes de contratación o costos reales en que incurre la empresa pues el reconocimiento se efectúa en cumplimiento de las normas y siempre en el contexto de costos eficientes que corresponden a una empresa concesionaria, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la LCE.

Respecto a lo que induce el núcleo del negocio la norma se limita a indicar que para identificarlo se debe observar entre otros el objeto social de la empresa, lo que identifica la empresa frente a sus clientes finales, lo que la diferencie dentro del mercado, las actividades que le den un valor añadido frente a sus clientes, y la que reporte mayores ingresos. La norma no da mayores explicaciones ni dice que automáticamente todo ello constituya necesariamente núcleo del negocio⁸. Al respecto, por principio legal ninguna autoridad administrativa puede dejar de resolver por vacío o deficiencia de norma⁹.

Las disposiciones del Decreto Supremo 001-2022-TR, no son completas para poder determinar fehacientemente cuál es el núcleo del negocio de una empresa. Sin embargo, Osinermin tiene la obligación de fijar los costos de conexión para 4 años, de la mejor manera posible con las normas vigentes al momento de la fijación. Con las

⁷ Antes de la modificación del año 2022, la norma decía:

“Artículo 2.- Ámbito de la tercerización.- El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, **que tercerizan su actividad principal**, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente reglamento.

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley”.

⁸ Por ejemplo, no todas las actividades referidas en el objeto social constituyen necesariamente el núcleo del negocio, más aún cuando en diversas empresas se menciona de forma general dentro de dicho objeto, que se induce a todas las actividades necesarias para realizar los fines de la empresa.

⁹ Artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

peculiaridades de la actividad de distribución eléctrica y dentro del marco del mencionado Decreto Supremo, corresponde al área técnica proponer lo que en la fijación de costos de conexión pueda o no considerarse núcleo del negocio: Cabe indicar que para efectos de la fijación del VAD Osinergmin consideró que el “núcleo del negocio” lo constituyen la continuidad y confiabilidad del servicio, la calidad con la que se presta el servicio técnico y comercial y el carácter estratégico de las actividades desarrolladas, que por consiguiente, existen actividades operativas que se puede delegar en terceros sin perder el “núcleo del negocio”, en la medida que la empresa realice las actividades estratégicas que son la planificación, coordinación, y control de calidad de las tareas operativas delegadas en empresas contratistas. Es decir, las actividades que se consideran para el núcleo del negocio, están asociadas a las actividades estratégicas relacionadas con la planificación, la dirección, coordinación, y el control empresario, que básicamente son las contempladas en el personal staff de la plantilla de la empresa. En cuanto a supervisión y control de la calidad del servicio prestado, se refiere a la supervisión de los resultados de la empresa tercerizadora o a la observación de la calidad del desarrollo de actividades a cargo de esta, sin que ello implique afectar la autonomía empresarial de dicha empresa tercerizadora ni interferir en las relaciones de esta con su personal. Respecto a los trabajadores de la empresa tercerizadora, se entiende que en ningún caso están bajo la supervisión ni subordinación de la empresa concesionaria de distribución eléctrica.

También se consideró que no se puede tercerizar aquello que son actividades, tanto consustanciales al giro del negocio como determinantes para la empresa, porque entre otros, le permite cumplir su objeto social, actividades que suelen reportarle a la empresa la mayor parte de sus ingresos, actividades consistentes en operar la red con calidad y seguridad del servicio eléctrico con personal que requiere estar bajo subordinación de la empresa principal por razones técnicas y de seguridad, dispuesto y preparado para realizar acciones inmediatas que solo podría desarrollar eficientemente personal que conozca al detalle y en el día a día la realidad técnica integral de la empresa

Lo que sí se puede delegar es netamente operativo, dentro del contexto de lo que no atañe al núcleo del negocio, lo que no incluye un análisis de decisiones o actividades que resulten estratégicas para la empresa.

3) Procedencia de aprobar y publicar el proyecto de resolución

3.1 De acuerdo a lo expuesto en el numeral 1) del presente Informe, el procedimiento de fijación de los Costos de Conexión a la Red de Distribución para el periodo de setiembre 2023 – agosto 2027, cumple hasta la fecha con el Anexo B.2 de la Norma de Procedimiento por parte de las empresas obligadas, correspondiendo como siguiente paso del referido proceso, de conformidad con el ítem h) de dicho anexo, la publicación del Proyecto de Resolución de Fijación de los Costos de Conexión a la Red de

Distribución, conjuntamente con una relación de toda la información utilizada como sustento.

- 3.2 Posteriormente, corresponde que Osinergmin sustente y exponga los criterios, metodología y modelos económicos utilizados en el proyecto de resolución, en una audiencia pública.
- 3.3 La publicación del proyecto de resolución deberá efectuarse con una anticipación no menor de quince días hábiles a la publicación de la resolución definitiva, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas.

Conforme el artículo 7 de la referida Ley, deberá de llevarse a cabo la sustentación y exposición de los criterios, metodología, estudios, informes, modelos económicos o dictámenes que sirvan de justificación en la resolución tarifaria, mediante Audiencia Pública Descentralizada que deberá convocarse en la oportunidad de la prepublicación conforme lo establece la etapa h) del Procedimiento.

- 3.4 Habiendo cumplido el proyecto de resolución con los requisitos legales previstos en las normas señaladas en el presente Informe, esta Asesoría es de la opinión que se encuentra apto para someterse a la aprobación del Consejo Directivo, el cual debe de disponer su publicación en el diario oficial El Peruano.
- 3.5 Esta Asesoría no se pronunciará sobre los aspectos técnicos contenidos en el proyecto de resolución, correspondiendo al área técnica, en razón de la naturaleza de los temas incluidos, realizar el respectivo análisis en su Informe Técnico.

4) Conclusiones

- 4.1 Por las razones expuestas en los numerales 1) y 3), esta Asesoría es de la opinión que procede someter a la aprobación del Consejo Directivo, la publicación del Proyecto de Resolución que fija los Costos de Conexión a la Red de Distribución Eléctrica para el periodo comprendido entre el 01 de setiembre de 2023 y el 31 de agosto de 2027.
- 4.2 Por las razones expuestas en el análisis legal contenido el numeral 2.1, en la fijación de costos de conexión debe incluirse el reconocimiento de costos eficientes derivados del cumplimiento de la Ley 30477 y Ordenanzas municipales vinculadas con prohibiciones de redes aéreas, necesidad de Conexiones subterráneas y conexiones en Media Tensión Trifásicos con salida a Puesto de Medición Subterránea Bóveda (PMS), correspondiendo al área técnica analizar si en ello encaja o no las afirmaciones técnicas o alternativas propuestas por las empresas a efectos de acogerlas o desestimarlas.
- 4.3 Por las razones expuestas en el análisis legal contenido el numeral 2.2, en cumplimiento del principio de legalidad y porque no puede dejar de resolver por vacíos

o deficiencias normativas, en materia de tercerización, corresponde a Osinergmin, dentro del ámbito de su competencia referido a la función reguladora (fijar tarifas), aplicar lo que hasta el momento se tiene como disposiciones vigentes, resultando inviable dejar abierta la regulación a lo que las autoridades de trabajo y las judiciales decidan en cada caso o lo que irán considerado en el futuro como núcleo de negocio o establecer procedimientos de revisión vinculados a ello.

Corresponde al área técnica verificar que, para la fijación de Costos de Conexión, se incluya el costo eficiente que implique darle cumplimiento a las disposiciones citadas en materia de tercerización y núcleo del negocio dentro del contexto de una concesión de distribución eléctrica.

[mcastillo]

[jamez]