



"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

INFORME N° 086-2010-GART

Análisis sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (Cálidda) contra la Resolución OSINERGMIN N° 261-2009-OS/CD que Fijó la Tarifa Única de Distribución y otros cargos para un período de 4 años

PARA : **LUIS ESPINOZA QUIÑONES**
Gerente de Regulación en Gas Natural

Ref. : a) Recurso de reconsideración interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. mediante documento recibido por la Oficina Regional de Lima de OSINERGMIN el 13/01/2010 según Registro 1292392.
b) Expediente 151-2009-GART

FECHA : 23 de febrero de 2010

Se solicita a esta Asesoría opinión sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por Gas Natural de Lima y Callao S.A. (Cálidda) contra la Resolución OSINERGMIN N° 261-2009-OS/CD que Fijó la Tarifa Única de Distribución y otros cargos (en adelante la Resolución 261) para un período de 4 años.

A continuación absolvemos lo solicitado.

1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso.

- 1.1. El 17 de diciembre de 2009, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Resolución 261,, mediante la cual, entre otros aspectos, para la concesión distribución de gas natural por red de ductos de Lima y Callao, dispone lo siguiente:
- a) Aprueba el Plan Quinquenal de inversiones.
 - b) Fija el Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de las inversiones existentes en la concesión al mes de septiembre de 2008 y valorizado a septiembre de 2008.
 - c) Fija las Categorías Tarifarias de consumidores.
 - d) Fija las Tarifas Únicas de Distribución de gas natural por red de ductos.
 - e) Fija los Derecho de Conexión a ser aplicados a los nuevos consumidores, así como los factores "k" establecidos en el Procedimiento de Viabilidad de Nuevos Suministros, aprobado mediante Resolución OSINERGMIN N° 056-2009-OS/CD, para cada Categoría de Consumidor de la concesión.
 - f) Fija los Topes Máximos de Acometida, para los consumidores con consumos menores o iguales a 300 m³/mes, de acuerdo a lo establecido en

el Artículo 118° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM (en adelante el Reglamento de Distribución).

- g) Fija Cargos por Inspección. Supervisión y Habilitación de la Instalación Interna, para los consumidores con consumos mayores a 300m³/mes.
- h) Fija los Cargos máximos por corte del servicio de distribución de gas natural.
- i) Fija los Cargos máximos por reconexión del servicio de distribución de gas natural.
- j) Se dictaron pautas para la conversión a moneda nacional.
- k) Se fijó la metodología de facturación: facturación del gas natural, facturación de la Tarifa por Red Principal, facturación del Servicio de Distribución e información a incluirse en la facturación.
- l) Se fijó la fórmula de actualización que se aplicará a las tarifas y la oportunidad de la actualización.
- m) Se establecieron factores de ajuste referidos al ajuste de los costos de promoción, de la demanda, de la inversión ejecutada y del equilibrio tarifario.
- n) Se establece un Período de Regulación de 4 años y según su Artículo 18°, entrará en vigencia al día siguiente de publicado el Decreto Supremo que aprueba las modificaciones al Contrato de Concesión de Distribución de Gas Natural de Lima y Callao o en la fecha señalada en el citado contrato de concesión

- 1.2.** Con fecha 13 de enero de 2010, Gas Natural de Lima y Callao S.A (en adelante "Cálidda"), mediante el documento de la referencia a), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 261, cuyos aspectos legales serán analizados en el presente informe. Mediante escrito de fecha 18 de enero de 2010, ingresado según Reg. 1295101 de la Regional Lima, Cálidda señala que, por omisión involuntaria, no adjuntó a su recurso los documentos relacionados con los Anexos 1 y 2 del mismo, sobre "Informe de Proceso de Fijación de las Tarifas de Distribución de Gas Natural de Lima y Callao, período 2009-2013" y "Comparación Internacional de los Márgenes de Distribución", respectivamente. Asimismo, con Escrito 3 recibido el 12 de febrero de 2010, según Reg. GART 0986-2010, Cálidda solicita se tenga presente diversos argumentos sobre Derecho de Conexión, Costos de Operación y Mantenimiento, detalle de los Costos Varios de Gestión y Preámbulo sobre Fijación Tarifaria.

Asimismo, con documentos 4 y 5 recibidos el 18 de febrero de 2010 por la oficina Regional de Lima de OSINERGHMIN, según registros número 1309666 y 1309674, respectivamente, Cálidda amplía los argumentos de su recurso de reconsideración vinculados a la creación de categoría tarifaria basada en la condición de consumidor inicial y a la aprobación de factores de ajuste de las bases utilizadas para la aprobación de la tarifa.

Finalmente, con documento 6 recibido el 23 de febrero de 2010, según Reg. GART 1277-2010, Cálidda presentó un escrito, que denomina aclaratorio, en que concluye que lo único que cuestiona en el tema de categoría de consumidores, es la categoría de consumidor inicial.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración.

- 2.1.** De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 207.2 del artículo 207 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante 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.** Considerando que la Resolución 261 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de diciembre de 2009 y que los días 24, 25 y 31 de diciembre de 2009 así como el 1 de enero de 2010, fueron día no laborables¹, se tiene que el recurso impugnatorio de la recurrente fue presentado dentro del término de Ley, al ser interpuesto el 13 de enero de 2010.
- 2.3.** Asimismo, el recurso resulta admisible, al haberse cumplido con los requisitos previstos en los Artículos 113° y 211° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), y el ítem 001 del Anexo IV Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2009-PCM.
- 2.4.** En cuanto a la transparencia en los procesos regulatorios, OSINERGMIN cumplió con publicar el recurso de reconsideración materia de análisis en su página Web, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del Artículo 3° de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas de tarifas.
- 2.5.** Asimismo, OSINERGMIN convocó a Audiencia Pública, la cual se llevó a cabo el día 26 de enero de 2010, a fin que la empresa impugnante sustente y exponga su recurso de reconsideración y responda a las consultas de los asistentes de la Audiencia, de conformidad con lo establecido en el Artículo 182° de la LPAG.
- 2.6.** Adicionalmente, los interesados tuvieron la oportunidad de presentar, opiniones y sugerencias sobre los recursos de reconsideración recibidos por el OSINERGMIN; de acuerdo a lo informado por el área técnica (DGN), no se presentaron comentarios y sugerencias respecto al recurso de Cálidda.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración.

Conforme al contenido del recurso interpuesto por la recurrente, el petitorio comprende lo siguiente:

¹ Los días 25 de diciembre y 01 de enero son feriados ordinarios. Por mandato del Decreto Supremo N° 082-2008-PCM, publicado el 13/12/2008, los días 24 y 31 de diciembre de 2008 fueron declarados días no laborables.

- 3.1.** Se corrija la inadecuada remuneración de los costos de operación y mantenimiento.
- 3.2.** Se corrija el inadecuado costeo de la tubería de acero de 30" de diámetro.
- 3.3.** Se corrija el inadecuado costeo de los City Gates.
- 3.4.** De corrija el injustificado desconocimiento de los costos en soporte informático
- 3.5.** Se incluya las instalaciones para atender a los generadores eléctricos ubicados en Chilca.
- 3.6.** Se corrija el factor de Penetración fijado para los Consumidores de la Categoría A.
- 3.7.** Se incluya el pago del servicio firme devengado para los consumidores regulados.
- 3.8.** Se corrijan los ingresos por Derecho de Conexión debido a que puede ocurrir, según el impugnante, que no puedan ser percibidos y en consecuencia deben ser descontados y proceder al respectivo incremento de la tarifa.
- 3.9.** Se corrija la longitud de la Tubería de Conexión.
- 3.10.** En materia de montos incobrables, se considere un valor ponderado entre los distintos tipos de consumidores, sin exclusión de ninguna de las categorías tarifarias
- 3.11.** Se corrijan las categorías tarifarias que no se corresponden con el servicio que efectivamente se presta.
- 3.12.** Se corrija el Factor K y se utilice los valores moderados propuestos por Cálidda.
- 3.13.** Sr corrijan los valores de Topes Máximos de Acometidas.
- 3.14.** Se corrijan las reglas de conversión en moneda nacional.
- 3.15.** Se corrija la metodología de facturación.
- 3.16.** Se declare la nulidad del Artículo 14 de la Resolución 261 que establece Factores de Ajuste.

Cabe señalar que con fecha 09 de febrero de 2010, Cálidda expuso ante el Consejo Directivo los aspectos más relevantes de sus recursos impugnatorios interpuestos contra la Resolución 261 y la Resolución OSINERGMIN N° 262-2009-OS/CD, incidiendo en los temas de costos de operación y mantenimiento, costos de inversión, demanda de Kallpa y Enersur y el procedimiento de ajuste. (Respecto a la Resolución

262 explicó por qué consideraba que no debía incluirse la demanda de Kallpa y Enersur en la tarifa de Otras Redes).

4) Argumentos de la empresa recurrente en el Recurso de Reconsideración vinculados a los aspectos legales materia de análisis en el presente informe.

4.1. Pago del servicio de transporte firme para los consumidores regulados.- Cálidda señala que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14 del contrato BOOT, el Concesionario tiene derecho a trasladar a los consumidores el costo del servicio de transporte de gas natural. Indica que ello fue reconocido en la Resolución OSINERGMIN N° 100-2009-OS/CD según la cual, el costo de transporte de gas natural a ser trasladado por el concesionario de distribución al consumidor regulado en la factura, debe reflejar el costo realmente pagado por el concesionario al transportista. La impugnante agrega que, de conformidad con el D.S. 018-2004-EM, el servicio de Transporte de Gas Natural puede ser contratado bajo la modalidad de servicio a firme o servicio interrumpible y que, desde el año 2006, Cálidda viene contratando con Transportadora de Gas del Perú S.A (TGP) como Servicio Firme, lo que implica que debe pagar el Cargo de Reserva por Capacidad (CRC) independientemente del uso efectivo de la capacidad de transporte.

Señala Cálidda que, en aplicación de la Resolución OSINERGMIN N° 097-2004-OS/CD, no ha podido trasladar a los Consumidores Regulados la totalidad del CRC pagado a TGP y que, como consecuencia de ello, existe US\$ 535,178.82 pendiente de ser trasladados a los consumidores regulados y que la falta de adopción por parte de OSINERGMIN de las acciones tendientes para tal traslado, está perjudicando a Cálidda. Agrega que, ello debe contextualizarse en lo previsto en el numeral 1 del Artículo VIII de la LPAG según el cual, las autoridades administrativas no pueden dejar de resolver las cuestiones que se les proponga por deficiencias de sus fuentes. Finalmente solicita que los mencionados US\$ 535,178.82, se incluyan como un costo en la tarifa.

4.2. Diferenciación de Consumidores Independientes entre Iniciales y no Iniciales: Eliminación de las Categorías GE1 y GE2.- Cálidda cuestiona que, en el Artículo 4° de la Resolución 261 se diferencie en Categorías Tarifarias a clientes que tienen o no la condición de Consumidores Iniciales. La impugnante indica que, en virtud de lo dispuesto en los Artículos 4° y 5° de la Ley N° 27133, Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural (en adelante Ley de Promoción), en el Contrato BOOT suscrito entre el Estado Peruano y la empresa concesionaria (hoy Cálidda), se acordó que esta última tenía la obligación de dar el Servicio a los Consumidores Iniciales mediante la construcción de las Obras Comprometidas Iniciales y las Conexiones. Señala Cálidda que, en este sentido, según lo dispuesto en el contrato BOOT, los beneficios otorgados a los Consumidores Iniciales y aún vigentes a la fecha, en el módulo de distribución son los siguientes: (i) brindarles el Servicio mediante una conexión directa a la Red Principal de

Distribución y (ii) la construcción de las Tuberías de Conexión y Acometidas necesarias para la prestación del servicio, sin cargo alguno para los Consumidores Iniciales.

Asimismo, Cálidda señala que, mediante Decreto Supremo N° 048-2008-EM, se modificó el Reglamento de la Ley de Promoción para incorporar en el esquema tarifario la unificación de las tarifas existentes (red principal y otras redes) y la creación de la Tarifa Única aplicable a todos los consumidores ubicados dentro del área de concesión; de modo que el nuevo literal a) del Artículo 16.7 del Reglamento de la Ley de Promoción dispone que la tarifa Única se establecerá por categoría de cliente según sus rangos de consumo y se aplicará a todos los consumidores ubicados dentro del área de concesión de distribución, independientemente de la fecha de inicio de la prestación del servicio. Agrega la impugnante que, la citada norma no establece diferenciación alguna en la aplicación de la tarifa única entre los consumidores, ni habilita la creación de categorías tarifarias diferenciadas en virtud de la naturaleza de inicial o no del consumidor. Cita el Artículo 107° del Reglamento indicando que, de acuerdo a dicha norma, las Categorías de Consumidores serán propuestas por el concesionario, teniendo como base los rangos de consumo, para la aprobación de OSINERGMIN, y deberán considerar unas tarifas especiales que involucren al GNV y al generador eléctrico. Afirma la impugnante que, por todo lo expuesto, OSINERGMIN no puede proponer una categoría tarifaria que no se justifique en los rangos de consumos del cliente que se atiende o en otras razones igualmente objetivas.

En escrito complementario Cálidda amplía sus argumentos indicando que, la norma aprobada mediante Resolución OSINERGMIN N° 659-2008-OS/CD permite crear la categoría de consumidores iniciales en que solo se les considera la Red de Alta Presión, con lo cual, según señala el impugnante, se afecta no solo el Artículo 16.7 de la Ley de Promoción sino que además (i) se vulnera el principio de jerarquía normativa, al exceder el contenido del Reglamento de la Ley de Promoción según ha sido modificado por Decreto Supremo N° 048-2008-EM (ii) se invade la competencia del Ministerio de Energía y Minas que es el competente para aprobar las políticas del sector y dictar las normas pertinentes y (iii) se infringe el principio de legalidad.

Asimismo, señala la existencia, por parte de OSINERGMIN, de una inadecuada comprensión del contrato BOOT en lo que respecta a los Consumidores Iniciales y las tarifas aplicables a éstos, amparándose fundamentalmente en los Artículos 4° y 5° de la Ley N° 27133 y su Reglamento e indica que la Resolución 261 infringe el Contrato BOOT y el principio de no discriminación, al imponer mayor carga tarifaria a unos consumidores, por el solo hecho de no ser Consumidores Iniciales, citando la cláusula novena del BOOT y el Artículo 6° del Reglamento General de OSINERGMIN, indicando que con la creación de las Categorías GE1 y GE2 se está colocando a diferentes generadores eléctricos en situación de desventaja.

Finalmente en su escrito aclaratorio, Cálidda precisa que, lo único que cuestiona en el tema de categoría de consumidores, es la categoría de consumidor inicial y no las demás categorías tarifarias

- 4.3. Factores de Ajuste.-** Cálidda afirma que el procedimiento y los factores de ajuste establecidos en el Artículo 14° de la Resolución tienen graves consecuencias y resultan contrarios, por un lado, al Principio de Predictibilidad a que se refiere el numeral 1.15 del artículo IV de la LPAG, ya que Cálidda, recién habría tomado conocimiento de los mismos con la prepublicación, además, a criterio de la recurrente, dichos factores fueron determinados unilateralmente por OSINERGMIN, con lo que ella no habría contado con *“una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá”* de tal procedimiento

De otro lado, la fijación de los factores de ajuste en cuestión, a criterio de Cálidda, son contrarios al Principio de Legalidad, al contravenir lo dispuesto en el Artículo 121° del Reglamento de Distribución, el mismo que según dicha empresa, sería claro en establecer que el recálculo tarifario es una situación excepcional que depende de variaciones significativas respecto de las bases utilizadas para la aprobación de la tarifa, las mismas que, se determinarían de conformidad con un procedimiento coordinado previamente con Cálidda; sin embargo, la recurrente considera que, con los factores de ajuste contenidos en la resolución impugnada, se cae en un recálculo tarifario constante, dejando de lado las *“variaciones significativas”* como requisito para ello, tal como lo establece la norma; además de no haber existido, como afirma la concesionaria, coordinación alguna entre el Regulador y ésta, para efectos de la determinación de los referidos factores de ajuste.

Agrega que, con los factores de ajuste determinados por OSINERGMIN, se pretende realizar una revisión retrospectiva de la tarifa, lo cual resultaría contrario a lo establecido en el Artículo 123° del citado Reglamento de Distribución, según el cual *“la revisión tarifaria es de naturaleza prospectiva...”*.

La recurrente afirma además en su recurso, que los factores de ajuste en cuestión afectarían el esquema de regulación por incentivos previsto en los Artículos 108° y 116° del Reglamento de Distribución.

Finalmente, señala que las situaciones previamente expuestas, generan graves distorsiones para el desarrollo del servicio de Distribución, que someten a la recurrente a serias incertidumbres financieras y operativas, así como a una posición desventajosa frente a las entidades financieras para la captación de recursos para el desarrollo del Sistema de Distribución, siendo deber de OSINERGMIN garantizar al concesionario una tarifa suficiente que permita que los proyectos de expansión de dicho sistema, sean susceptibles de financiamiento y ejecución.

Asimismo, ante el supuesto de que OSINERGMIN considere que, a pesar de lo expuesto, deberían establecerse factores de ajuste, Cálidda alcanza

algunas propuestas para la aplicación y determinación de los mismos, las cuales son de naturaleza estrictamente técnica.

En escrito complementario Cálidda amplía sus argumentos refiriéndose a una supuesta vulneración del contrato BOOT por cuanto, según afirma, los factores de ajuste y variaciones significativas de las bases tarifarias no se encuentran establecidos en la cláusula tarifaria del BOOT (Cláusula 14); y la modificación del Artículo 121° del Reglamento se efectuó en fecha posterior a la suscripción de dicho Contrato por lo que una modificación normativa del Estado efectuada unilateralmente no puede aplicársele según lo reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente Expediente N° 005-2003-AI/TC.

5) Análisis de aspectos legales del petitorio.

5.1. Pago del servicio de transporte firme para los consumidores regulados.-

El presente proceso tarifario no involucra aspectos de transporte ajenos a la Distribución y tampoco podría considerarse reintegros en una tarifa que será aplicable, no solo a los que tienen calidad de usuarios desde épocas anteriores a junio del año 2009, sino que la resolución impugnada fija la tarifa de distribución que también se aplicará a nuevos usuarios.

Tal como lo explicara el área técnica en el Informe 543-2009-GART, el costo del suministro de gas natural y del servicio de transporte, son conceptos ajenos a la tarifa de distribución y se trasladan al consumidor como un concepto distinto a dicha tarifa.

Por lo expuesto, esta Asesoría considera que, este extremo del petitorio debe declararse improcedente por cuanto no procede en el presente proceso tarifario analizar el tema del monto y pago del servicio de transporte firme para los consumidores regulados que ha efectuado Cálidda en períodos anteriores a la presente fijación. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde al área técnica analizar posteriormente y fuera del presente procedimiento, el tratamiento que deba darse al tema reclamado por Cálidda.

5.2. Diferenciación de Consumidores Independientes entre Iniciales y no Iniciales: Eliminación de las Categorías GE1 y GE2.-

Los beneficios otorgados a los Consumidores Iniciales en el Contrato BOOT en el ámbito de la distribución de gas natural por red de ductos, incluyen, no solo el que se les brinde el servicio mediante una conexión directa a la red Principal de Distribución y la construcción de las tuberías de conexión y acometidas necesarias para la prestación del servicio, sin cargo alguno para los consumidores iniciales, sino que también, en virtud de cláusulas y definiciones del Contrato BOOT vigente, incluye el no pago de las Tarifas de Otras Redes. En efecto, de conformidad con el penúltimo párrafo de la cláusula 14.0, la Tarifa comprende la Tarifa Regulada, que remunera el Servicio usando la Red

de Distribución y adicionalmente, “de ser el caso”, la Tarifa de Otras Redes, que remunera el Servicio usando las Otras Redes.

La Red de Distribución, por definición contractual, se encuentra constituida por la Red de Alta Presión y las Conexiones. La Red de Alta Presión es la parte de la Red de Distribución que une el Punto de Entrega (donde el distribuidor recibe el gas del transportista para realizar la distribución. Es el lugar donde el sistema de transporte de gas se conecta con el sistema de distribución) con el punto de inicio de las Conexiones. Las Conexiones, por definición del Contrato BOOT, es la parte de la Red de Distribución, constituida por las instalaciones desde la **Red de Alta Presión hasta las instalaciones de los Consumidores Iniciales** e incluye la Acometida. En la definición de Acometida, el Contrato señala que son las instalaciones que permiten el suministro de gas desde la Red de Alta Presión, las Conexiones o las Otras Redes hasta las instalaciones del consumidor (nótese que se recibe directamente el servicio desde Conexiones o desde Otras Redes, una excluye a la otra).

De las citadas cláusulas y definiciones del contrato BOOT vigente, se tiene que las Conexiones a la Red de Alta Presión son exclusivamente las de los Consumidores Iniciales e incluyen la Acometida (último eslabón de la infraestructura necesaria para recibir el gas. Luego de la Acometida está el predio que recibe el gas). Es decir, los Consumidores Iniciales para recibir el gas natural, solo utilizan la Red de Alta Presión y las Conexiones, conceptos enmarcados en la definición de Red de Distribución; y por ende, según la Cláusula 14 del contrato BOOT solo deben pagar la Tarifa Regulada correspondiente a la remuneración del servicio usando la Red de Distribución y no le corresponde pagar la Tarifa de Otras Redes, por cuanto esta última remunera el servicio usando las Otras Redes y solo se adiciona, “de ser el caso”; frase del Contrato BOOT que responde a: de ser el caso que se usen o no las Otras Redes. Atendiendo a que en materia de Consumidores Iniciales no es el caso que estos usen esas Otras Redes, no correspondía que se le adicione la tarifa de estas últimas por lo que el Contrato BOOT, en forma implícita, le ha reconocido a los Consumidores Iniciales el derecho de pagar una Tarifa Regulada que no incluye Otras Redes.

Por lo expuesto, atendiendo a que el no pago de la Tarifa de Otras Redes por parte de los Clientes Iniciales, ha sido previsto, mediante definiciones y cláusulas concordadas en el vigente Contrato BOOT, y que OSINERGMIN de conformidad con el Artículo 19 inciso b) de su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, debe velar por el **cabal cumplimiento del referido Contrato BOOT**; en tanto no se produzca la modificación del mismo en el tema de Clientes Iniciales, el Regulador debe respetar la medida promocional otorgada en el Contrato BOOT a dichos Consumidores en el pago de su tarifa por cuanto no puede interpretarse que el Contrato BOOT ha sido modificado por el Decreto Supremo N° 048-2008-EM y que el Consumidor Inicial pague la Tarifa en el orden dispuesto por dicho Decreto, desconociendo los términos contractuales, toda vez que de conformidad con el Artículo 62° de la Constitución Política del Perú; los

contratos no pueden ser modificados por normas posteriores. Adicionalmente, cabe precisar que el mismo Decreto Supremo N° 048-2008-EM, en su Artículo 5° "Adecuación de disposiciones a los contratos de concesión", reconoce la necesidad de llevar a cabo todas las acciones necesarias o convenientes para acordar con los concesionarios que cuenten con Red Principal, las modificaciones de los contratos de concesión que resulten necesarias para ampliar la Capacidad Mínima de la Red Principal, y bajo este amparo mediante Resolución Ministerial N° 030-2010-MEM/DM, se designa una Comisión Especial encargada de acordar con Cálidda la modificación del contrato BOOT, a efectos de hacer posible, entre otros la unificación de la Red Principal de Distribución con las Otras Redes, dando paso a un solo sistema integrado de distribución; así también la aplicación de una sola tarifa para todos los usuarios denominada Tarifa Única de Distribución, de conformidad con lo establecido en el referido Decreto Supremo. En tal sentido, no puede entenderse que el Decreto Supremo N° 048-2008-EM, impone una modificación al contrato BOOT, sino que la supedita a la modificación que si se tiene a bien efectuarán las partes en su oportunidad, lo que significa además que, de ninguna manera OSINERGMIN está invadiendo las competencias del Ministerio de Energía y Minas pues dicha entidad coordinará con el concesionario y establecerá las modificaciones contractuales que considere pertinentes para el tema de clientes iniciales en la tarifa y mientras ello no ocurra, OSINERGMIN debe considerar las cláusulas contractuales anteriormente citadas, que llevan a una categoría de cliente (denominado cliente inicial) que no paga determinados conceptos que sí pagan los demás clientes; inferir lo contrario implicaría asumir que el Decreto Supremo 048-2008-EM o la Ley de Promoción y su Reglamento prevalecen sobre criterios expresamente indicados en el BOOT, que no han sido objeto de modificación contractual, lo cual por mandato constitucional resulta inaceptable.

Es por esta razón que en el último párrafo del Artículo 4° de la Resolución 261, OSINERGMIN ha tenido el cuidado de indicar que la aplicación de las tarifas para Consumidores Iniciales que no son generadores eléctricos y para generadores eléctricos de tipo consumidor inicial, correspondiente a las Categorías E1 y GE1, respectivamente, está sujeto a lo que se señale en la modificación del Contrato BOOT que definan el concesionario y el Ministerio de Energía y Minas y que, en caso no se modifique dicho BOOT, las referidas categorías se aplicarán por el plazo de vigencia de los respectivos contratos de suministro de cada cliente inicial.

Respecto a la afirmación de Cálidda en el sentido que se ha creado categorías tarifarias como la GE1 y GE2, colocando a los diferentes generadores eléctricos en situación de desventaja y que ello contravendría la Cláusula 9.16.a del Contrato BOOT, cabe indicar que dicha afirmación no es exacta; toda vez que la posibilidad de acogerse a las medidas promocionales antes del inicio del Proyecto Camisea fue una prerrogativa que tuvieron todos los generadores eléctricos (aunque la mayoría no se decidió por ser Cliente Inicial) y en la mencionada cláusula del Contrato BOOT, si bien es cierto que se estableció que no se podía aplicar condiciones, incluido el precio, desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos

competidores en situación desventajosa frente a otros, también es cierto que en esa misma cláusula en el acápite siguiente (cláusula 9.16b) expresamente se indicó que dicho criterio no sería aplicable a los usuarios de la Red que no son Consumidores Iniciales.

Finalmente a pesar que, al margen de lo que puedan disponer la Ley de Promoción y su Reglamento, el sustento de la creación de categoría de "clientes iniciales generadores eléctricos", deriva fundamentalmente de la ejecución directa del contrato BOOT, tal como se ha explicado en los párrafos precedentes, cuyo cumplimiento OSINERGMIN está obligado a cautelar, especialmente al momento de fijar las tarifas; cabe analizar la posición de Cálidda sobre la supuesta ilegalidad de la norma aprobada por Resolución OSINERGMIN N° 659-2008-OS/CD. Sobre el particular, dicha norma respeta los principios de jerarquía normativa y legalidad, toda vez que, de conformidad con el Artículo 16.7 inciso a) del Reglamento de la Ley de Promoción, modificado por el Decreto Supremo N° 048-2008-EM, la Tarifa de distribución que integra la Red Principal y Otras Redes, se establecerá conforme a los criterios y metodología del Reglamento, y se establecerá por categoría de clientes según rangos de consumo. Por su parte, el Artículo 107° del Reglamento, segundo párrafo, dispone que los costos de distribución se asignarán a cada categoría de consumidor de forma tal que se obtengan **tarifas finales competitivas** respecto al sustituto. Las normas citadas interpretadas en forma concordada, evidencian que el **grado de competitividad involucra categorías especiales de consumidores, en función del combustible sustituto de cada categoría**, es decir, se respeta el criterio de rangos de consumo pero dentro de cada categoría, resultando totalmente válida la norma aprobada por Resolución OSINERGMIN N° 659-2008-OS/CD, cuando en su Artículo 19 regula las categorías de Consumidores y establece entre otros conceptos que, debe haber dos grandes grupos de conjuntos de clientes: regulados e Independientes, y que dentro de estos grupos pueden existir subconjuntos en función del volumen de consumo; así como un subconjunto especial para el GNV, para el generador eléctrico y para otros segmentos especiales de consumo pertenecientes a la zona de concesión.

En conclusión, OSINERGMIN cumple con el principio de legalidad al velar por el cumplimiento del Contrato BOOT e incluir criterios en la fijación Tarifaria que, hasta el momento no han sido modificados en el referido contrato, y en que las normas nuevas o modificatorias, es decir las Leyes Aplicables, tampoco permiten inferir que se haya trastocado un elemento de la fijación tarifaria prevista en el Contrato BOOT, sino que por el contrario dichas normas (Artículo 5° del Decreto Supremo N° 048-2008-EM) disponen que exista un paso posterior de "Adecuación de disposiciones a los contratos de concesión", que a la fecha se encuentra en proceso por parte del Ministerio de Energía y Minas y el concesionario. Se ha cumplido además con el principio de jerarquía normativa por cuanto la Resolución OSINERGMIN N° 659-2008-OS/CD no ha infringido en modo alguno el Decreto Supremo N° 048-2008-EM.

Por lo expuesto, este extremo del petitorio, debe declararse infundado.

- 5.3. Factores de Ajuste.-** Respecto al argumento de Cálidda sobre una supuesta infracción a la naturaleza de contrato-Ley del Contrato BOOT, esta Asesoría opina que no se ha producido la referida infracción. En principio se debe indicar que la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003, recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, no implica que, en todos los casos los contratos ley se rijan exclusivamente por las normas vigentes al momento en que fueron suscritos; inferir ello sería desconocer que la misma sentencia considera también que **dentro del contrato ley puede establecerse el régimen jurídico aplicable al contrato:**

*"...debe precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades y, al suscribir el contrato-ley se somete plenamente al régimen jurídico **previsto en el contrato** y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió este"*

Resulta así que si las propias partes acuerdan en el contrato la aplicación de las normas vigentes y las normas futuras que las modifiquen o sustituyan, resultaría contrario a la buena fe y común intención de las partes, que es el principio fundamental bajo el cual se interpretan los contratos, que una de las partes pretenda posteriormente desconocer la aplicación de una norma que se de en el futuro, intentando aferrarse a un régimen legal congelado al cual las partes no sometieron su contrato. En tal sentido, sí el contrato prevé que se apliquen normas futuras o modificatorias, son éstas las que prevalecerán sobre aquellas que estuvieron vigentes al momento de su suscripción, salvo en los temas en que expresamente el contrato establezca algo diferente, lo que no ocurre en el caso del establecimiento de los Factores de Ajuste.

En las definiciones que contiene la parte introductoria del Contrato BOOT de Cálidda, se define Tarifa de la siguiente manera:

"Tarifa

*Es la retribución máxima por la unidad de medida que la Sociedad Concesionaria está autorizada a facturar a los Consumidores por el Servicio, en su condición de titular de la Concesión. La Tarifa es fijada por la CTE de conformidad con el Contrato, el Reglamento, la Ley de la Promoción, el Reglamento de la Promoción y demás **Leyes Aplicables**".*

Asimismo en la sección de definiciones del mismo contrato se señala lo siguiente:

"Leyes Aplicables

*Son las leyes, regulaciones y reglamentos emitidos por una Autoridad Gubernamental, **incluyendo** normas complementarias, suplementarias, **modificatorias** y reglamentarias".*

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se tiene que a Cálidda le resulta aplicable la legislación actual en todo aquello que expresamente no haya sido previsto en su contrato, como el caso de los factores de ajuste, por lo que son perfectamente aplicables el artículo 121 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo N° 014-2008-EM así como sus normas concordantes y complementarias.

Pasando al análisis de las facultades regulatorias de OSINERGMIN para incluir los respectivos factores, cabe señalar que la Tarifa de Distribución está compuesta por el Margen de Distribución y el Margen Comercial; el Artículo 108° del Reglamento de Distribución establece el marco conceptual sobre el Margen de Distribución, indicando que dicho Margen se basará en una empresa eficiente y considerará el valor presente de los siguientes componentes: anualidad del VNR, costo estándar anual de operación y mantenimiento, demanda o consumo de los consumidores, pérdidas estándares y tasa de actualización. Complementando dicha norma, el Artículo 110° del mismo Reglamento dispone que las inversiones de las instalaciones del Sistema de Distribución que se considerarán en el cálculo del Margen de Distribución y Margen Comercial, corresponderán tanto al VNR que representará el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el mismo servicio con la tecnología y precios vigentes, así como también las inversiones consideradas en el Plan Quinquenal.

Resulta evidente que, el marco conceptual tarifario de distribución de gas natural por red de ductos, se encuentra vinculado a un negocio nuevo con un constante crecimiento de inversiones en función de un Plan Quinquenal; en consecuencia predomina los conceptos relacionados con proyecciones inciertas sobre inversiones y demandas futuras (en servicios públicos de larga data, las proyecciones son más estables); de modo que, si se cumple la inversión y la demanda prevista, la tarifa y sus fórmulas de reajuste rigen durante los 4 años respectivos y solo podrá recalcularse si por aplicación de los factores de ajuste previstos en el Artículo 120° se duplica el valor inicial de la tarifa durante el período de su vigencia. Caso contrario, si lo proyectado no llega a concretarse en la realidad y la inversión resulta menor a la prevista, no podría generarse una sobre ganancia al concesionario. Lo propio ocurre con la demanda y otros aspectos claves de la fijación; de modo que el Reglamento está orientado a lograr una tarifa que, en lo sustancial, respete lo real o ejecutado, evitando perjuicios tanto al concesionario como a los usuarios.

En otras palabras, en principio, de concretarse lo proyectado en la tarifa, solamente se aplicarán las fórmulas de actualización con alguno o algunos de los factores de actualización previstos en el Artículo 120°, cuya única función es mantener el valor inicial de la tarifa y por el que, excepcionalmente, se permite el recálculo tarifario cuando por aplicación de dicha fórmula de reajuste, las tarifas se dupliquen, ello debido a que para que se hayan duplicado tendrían que haberse presentado cambios económicos muy drásticos (hiperinflación, devaluación severa, etc.) que ameritan una nueva fijación tarifaria por haber cambiado radicalmente casi todas las condiciones de la fijación primigenia.

Pero en negocios nuevos como los de gas natural en Perú, pueden presentarse variaciones sustanciales, no solo derivados de los factores de actualización muy vinculados con la coyuntura nacional o cambios económicos drásticos, sino que pueden presentarse variaciones sustanciales por diversos aspectos previstos en las tarifas, que ameriten un recálculo tarifario, como por ejemplo el incumplimiento del Plan Quinquenal de Inversiones o un aumento imprevisto de demanda o por el contrario, mayores inversiones a la prevista o menor demanda que la proyectada. Es por ello que, para evitar perjuicios al concesionario o al usuario y reconocer solo lo justo en un negocio inicial de difícil previsión, el Reglamento establece en el último párrafo de su Artículo 121° que, “de existir variaciones significativas respecto de las bases utilizadas para la aprobación de la tarifa, se podrá realizar el recálculo tarifario correspondiente”. La norma agrega que la metodología para la determinación de las variaciones significativas serán definidas en el procedimiento que establecerá OSINERGMIN en coordinación con el concesionario.

Si bien no se ha cumplido con establecer o aprobar el mencionado procedimiento, no coincidimos con la impugnante en la afirmación de haberse vulnerado el principio de predictibilidad o que no haya existido ninguna coordinación con el concesionario. Las normas previas (artículo 29.1 inciso f) de la Norma aprobada por Resolución OSINERGMIN N° 659-2008-OS/CD y artículos citados del Reglamento) así como la prepublicación (Resolución OSINERGMIN N° 207-2009-OS/CD) y fase de comentarios y sugerencias en los que Cálida comentó el tema en sentido similar al que expone ahora en su recurso de reconsideración), evidencian predictibilidad y cierto nivel de coordinación .

Sin embargo, al no haberse aprobado un procedimiento especial sobre metodología para determinar las variaciones significativas, es necesario mantener los respectivos factores de ajuste, pero sin incluir niveles de detalle; de modo que, en la resolución tarifaria se fijen los factores, pero sus condiciones de aplicación queden supeditados a lo que disponga el procedimiento en que se apruebe la respectiva metodología.

En consecuencia, en materia de factores de ajuste, ese extremo del petitorio debe declararse fundado en parte y modificarse la Resolución 261, eliminando los aspectos de detalle e indicando que los factores de ajuste serán aplicables en la forma y oportunidad que prevea el Procedimiento que aprobará OSINERGMIN, de conformidad con lo previsto en el Artículo 121 del Reglamento.

Finalmente, cabe indicar que el Artículo 107° del Reglamento contiene, en esencia, un factor de ajuste, vinculado con los ingresos del concesionario y se faculta a OSINERGMIN a definir cuentas y factores de equilibrio tarifario entre consumidores de bajo consumo y el resto, de forma tal que se garantice el equilibrio entre costos y los ingresos aprobados, de modo que esta norma demuestra también que los recálculos tarifarios no solo se efectúan cuando se

duplican los valores iniciales de la tarifa por aplicación de las fórmulas de actualización.

Asimismo, cabe señalar que la posibilidad que OSINERGMIN incorpore factores de ajuste se encuentra expresamente reconocido, en materia de Tarifa Única de Distribución, en el Artículo 16.7 a) segundo párrafo del Reglamento de la Ley de Promoción, según el cual OSINERGMIN podrá incluir diversos factores de reajuste que consideren entre otros la evolución de la demanda.

- 5.4. Otros extremos del petitorio.-** El recurso materia del presente informe, en cuanto a los otros extremos del petitorio, se basa en aspectos técnicos, sobre los cuáles no corresponde a esta Asesoría pronunciarse, siendo pertinente indicar que, en el caso que los argumentos permitan apreciar que se deben efectuar correcciones en lo señalado en la Resolución 261, debe procederse a dicha corrección. De no ser así, el recurso deberá declararse infundado o improcedente, o que no corresponde declarar nulidad, según sea el caso.

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

- 6.1.** De conformidad con el Artículo 207.2 de la LPAG, el plazo para resolver los recursos de reconsideración es de treinta (30) días hábiles contados a partir de su interposición.
- 6.2.** Para tal efecto, teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración de Cálidda fue interpuesto el 13 de enero de 2010, el plazo máximo para resolver dicho recurso de reconsideración es el día 24 de febrero de 2010.
- 6.3.** Finalmente, lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 208° de la LPAG.

7) Conclusiones.

- 7.1.** Por las razones expuestas en el numeral 2 del presente Informe, esta Asesoría considera que el Recurso de Reconsideración interpuesto por Cálidda contra la Resolución OSINERGMIN N° 261-2009-OS/CD, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 7.2.** Los argumentos de índole jurídico del Recurso de Reconsideración del recurrente han sido analizados en el ítem 5 del presente informe. Corresponde al área técnica pronunciarse respecto a los demás extremos del recurso de reconsideración interpuesto por Cálidda contra la Resolución OSINERGMIN N° 261-2009-OS/CD, a efectos de determinar si el recurso resulta fundado o infundado o improcedente y si corresponde o no declarar la nulidad de la referida Resolución en los extremos reclamados por el recurrente.

- 7.3. El plazo para resolver el recurso de reconsideración vence el 24 de febrero de 2010.
- 7.4. Se adjunta el Informe Legal externo del Estudio León Barandiarán Montoya & Del Carpio Abogados N° AL-DC-014-2010 así como el Informe del Dr. Francisco Eguiguren Praeli.



María del Rosario Castillo Silva
Jefe de Asesoría Legal
Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria
OSINERGMIN