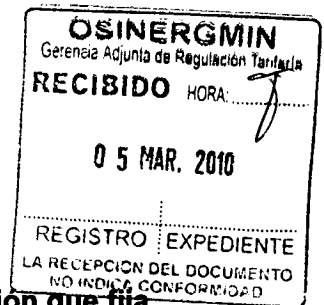




INFORME N° 095-2010-GART

Opinión Legal sobre la procedencia de la publicación de la Resolución que fija las Tarifas del Sistema de Transporte de Gas Natural por Red de Ductos para el Gasoducto Andino del Sur y análisis de los aspectos legales de los comentarios y sugerencias recibidos respecto a la prepublicación de dicha fijación.

Para : **LUIS ESPINOZA QUIÑONES**
Gerente de la División de Gas Natural

Expediente : 311-2009-GART

Fecha : 04 de Marzo de 2010.

Mediante el presente Informe, se analiza los aspectos jurídicos encontrados en los comentarios a la publicación del Proyecto de Resolución que fija las Tarifas del Sistema de Transporte de Gas Natural por Red de Ductos para el Gasoducto Andino del Sur, así como la procedencia de su publicación definitiva.

A continuación absolvemos lo solicitado.

1) Antecedentes y Marco Legal Aplicable.

- 1.1. En este rubro nos remitimos al Informe Legal N° 038-2010-GART, elaborado con ocasión de la publicación del Proyecto de Resolución que fija las Tarifas del Sistema de Transporte de Gas Natural por Red de Ductos para el Gasoducto Andino del Sur aprobado por Resolución N° 011-2010-OS/CD publicada el 29 de Enero de 2010 (en adelante "Proyecto"); es decir, origen y características de la Concesión, el Contrato de Concesión, la necesidad de regulación, así como las etapas cumplidas en el Procedimiento para Fijación de las Tarifas de Transporte de Gas Natural por Ductos, Anexo E del Texto Único Ordenado y Concordado de la Norma Procedimientos para Fijación de Precios Regulados aprobado mediante Resolución OSINERGMIN N° 775-2007-OS/CD (en adelante "Procedimiento"), y las normas aplicables para la presente regulación.
- 1.2. Mediante la publicación del Proyecto se cumplió con la etapa del literal j) del Procedimiento, y se otorgó a los interesados la facultad de presentar sus opiniones y sugerencias hasta el 12 de Febrero de 2010, debiendo efectuarse el análisis respectivo en el Informe Técnico que formará parte de la Resolución definitiva y que en los aspectos legales debe concordar con los argumentos expuestos en el presente informe legal.
- 1.3. Efectuada la publicación del Proyecto, se recibieron los comentarios y opiniones de la empresa Kuntur Transportadora de Gas S.A.C. (en adelante Kuntur) el 12 de febrero de 2010, según Registro GART N° 0983, que incluye el Informe Técnico elaborado por ESAN, el Informe desarrollado por Sumitomo Mitsui Banking Corporation, y el Informe Legal del Estudio Muñiz, correspondiendo el análisis respectivo de los temas de índole legal en el



presente Informe, a fin de acoger aquellos que contribuyan con el objeto de la presente regulación.

2) Análisis de los aspectos legales contenidos en los comentarios de Kuntur.

Los comentarios de Kuntur, se encuentran referidos a : i) Periodo de Regulación, ii) Costos de Inversión, iii) Tasa de Actualización, y iv) Factores de Ajuste. De la revisión de los comentarios señalados, se verifica que los relacionados con los costos de inversión, se encuentran basados en aspectos técnicos, y en algunos casos financieros, sobre los cuales no corresponde a esta Asesoría pronunciarse. De otro lado, los comentarios vinculados al periodo de regulación, se reiteran los argumentos ya analizados, por lo que esta Asesoría mantiene las conclusiones arribadas en el Informe N° 038-2010-GART. De la misma forma, los comentarios relacionados con la tasa de actualización, tienden a cuestionar la tasa fijada, correspondiéndole al área técnica, en su informe respectivo, sustentar con la debida motivación el porcentaje determinado; atendiendo en particular, a lo señalado en los Artículos 134° y 135° del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Red de Ductos aprobado por Decreto Supremo N° 081-2007-EM (en adelante Reglamento de Transporte).

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, esta Asesoría considera pertinente desarrollar y emitir opinión sobre los argumentos presentados por Kuntur respecto a los Factores de Ajuste, complementados en el Informe Legal que adjuntan como Anexo 3, conforme se detalla a continuación:

2.1. Argumentos de Kuntur sobre los Factores de Ajuste.

Kuntur manifiesta que, con la inaplicación de los factores de ajuste propuestos, no podría actualizar sus tarifas en el tiempo, obstaculizándose los objetivos de la Tarifa Básica establecidos en el Artículo 113° del Reglamento de Transporte.

Luego de señalar los antecedentes del procedimiento regulatorio, la empresa hace referencia a su propuesta de los factores de ajuste, citando la primera prepublicación en la cual se consideró factores adicionales a los contenidos en el Artículo 115° del Reglamento de Transporte y que fuera amparada legalmente, considerando la empresa que, por tanto dicho proyecto no fue objeto de comentarios en ese extremo, mientras que, posteriormente en la publicación fueron retirados. Kuntur cuestiona el método de interpretación acogido por OSINERGMIN, explicando que, si bien el método literal es un método válido, necesita ser complementado con otros métodos y criterios de interpretación que permitan ir más allá y conocer el verdadero ámbito de la norma aplicable, aspecto que, considera, no se habría tomado en cuenta, a pesar de la trascendencia del proyecto para el país.

Indica que, a pesar de considerar que el método de interpretación literal es incompleto, al aplicarlo obtiene una lectura distinta a la considerada por OSINERGMIN, toda vez que, de la lectura del Artículo 115° del Reglamento de Transporte, la lista de factores que podrán ser considerados es una lista de

carácter enunciativa a modo de ejemplo por parte del legislador, más no restrictiva, pues su inciso e) señala claramente, “... y *otros rubros según corresponda*”, dejando abierta la posibilidad de que Kuntur proponga, y otorgándole facultades a OSINERGMIN para que apruebe los necesarios para cumplir con los objetivos de la Tarifa y mantener su valor real durante el periodo de regulación.

Kuntur difiere de la interpretación que OSINERGMIN otorga al término “otros”, que, al estar ubicada en el inciso e), esté relacionada directamente con los Precios Internacionales, pues señala que dicha interpretación es restrictiva de la norma y adiciona que, dentro de los factores de ajuste taxativamente mencionados, no se encuentran factores muy relevantes para cualquier proyecto como el de la empresa; como son la demanda, los costos de operación y mantenimiento, las nuevas inversiones, entre otros. Es por ello que considera que el legislador lo habría previsto, incluyendo el término “otros rubros”.

Agrega que, al momento de interpretarse las palabras “otros rubros” se debe tener en cuenta la importancia de los factores de ajuste dentro de la tarifa, de acuerdo a lo opinado por el área técnica del OSINERGMIN, en el sentido que los ha reconocido como necesarios e importantes en cada uno de sus informes, y que, por ello, los factores de ajuste taxativamente enunciados no pueden ser los únicos, sino por el contrario, son solo algunos que el legislador ha dado, y que, hacer lo contrario, no solo es ir contra la realidad sino contra la voluntad del legislador.

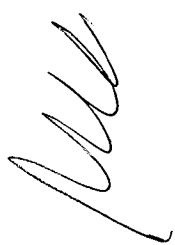
Señala además que, aplicando el método de interpretación histórico para el análisis del Artículo 111° del Reglamento de Transporte aprobado por Decreto Supremo N° 041-99-EM, se aprecia que éste es muy similar al vigente Artículo 115° del Reglamento de Transporte, con la variación en particular del inciso e), toda vez que la norma original sólo establecía precios internacionales de materiales según corresponda, y la norma actual establece precios internacionales y otros rubros según corresponda. Según manifiesta Kuntur, la razón de ser del cambio del Reglamento de Transporte, conforme lo dispone los considerandos del Decreto Supremo N° 081-2007-EM se produjo para asegurar la continuidad, oportunidad y eficiencia del suministro de Gas Natural. En ese sentido, la norma apunta al ingreso de nuevos agentes, siendo que, la única forma de recuperar costos y obtener ganancias es a través de la tarifa que debe estar de acuerdo a la realidad y modificarse conforme a las variaciones futuras de ciertas variables que actualmente son inciertas.

Kuntur, explica que el Factor de demanda no se encuentra taxativamente en el Artículo 115° del Reglamento de Transporte, y no establecerlo es ir contra el objetivo de la norma que es el ingreso de nuevos agentes al mercado, lo cual es atentatorio contra todo principio regulatorio; y que, las demandas propuestas y evaluaciones realizadas por OSINERGMIN son estimadas y se encuentran afectas a modificaciones en el futuro que modificarían la tarifa. Agrega que, el Factor Demanda para el Proyecto Camisea, hizo que se reduzca la tarifa y que el Estado deje de pagar la GRP, toda vez que su ducto

se llenó en cuatro años en lugar de doce. Reitera la importancia del Factor de Ajuste de la demanda, y su coherencia con el objetivo de la propia norma.

Considera que, para la interpretación del Artículo 115° del Reglamento de Transporte, se debe tomar en cuenta el íntegro del Reglamento de Transporte, en particular:

- El Artículo 113° del Reglamento de Transporte, Objetivos de la Tarifa Básica, ya que, considera que es importante tener en cuenta el objetivo de la tarifa para interpretar el resto de las disposiciones, ya que no se podría obtener un flujo de ingresos que cubra los costos eficientes del servicio si no se toman en cuenta todos los factores que puedan influir en la tarifa.
- El Artículo 116° del Reglamento de Transporte, Definición y cálculo del Ingreso Total, ya que no se podría obtener el valor presente del ingreso total si no se cuentan con factores de ajuste que puedan reajustar las distintas variables a los valores reales en el transcurso del tiempo.
- El Artículo 118°, Índices para determinar el Ingreso Total, en él se establecería que OSINERGMIN deberá determinar el nivel de costos que satisfaga los objetivos de las tarifas, los componentes de estos costos, en los cuales tiene mucho que ver la demanda, a mayor demanda, la tarifa disminuye, y genera un incremento en los costos de operación y mantenimiento, por tal motivo se presentan los factores de ajuste.
- El Artículo 122° del Reglamento de Transporte, Reajuste de la Tarifa Básica por periodo transcurrido. Según Kuntur, en él se establecen expresamente como Factores de Ajuste, las variaciones del Capital de inversión inicial y el capital de nuevas inversiones ocurridas.
- Los Artículos 140° y 141° del Reglamento de Transporte, que refieren sobre los mecanismos de incentivos. Al respecto, Kuntur manifiesta que, con la interpretación literal del Artículo 115°, se está actuando en contra de la facultad de otorgar incentivos.
- El Artículo 143° del Reglamento de Transporte, Potestades de OSINERGMIN, faculta al Regulador a crear sus propias políticas de actuación y procedimientos para que la tarifa cumpla con los requerimientos del Reglamento, por lo cual, OSINERGMIN tendría elementos adicionales para poder interpretar la norma más allá de la sola interpretación literal y poder actuar de manera coherente.



La empresa, explica que, mediante el método de comparación con otras normas, en particular con la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), que sirvió de base para la reglamentación del Transporte y Distribución de Gas Natural, y que además cuenta con tarifas reguladas por OSINERGMIN, existen condiciones similares en los Artículos 147° y 154° en el Reglamento de la LCE, que tratan sobre los Factores de Ajuste. Agrega que, el Factor de Balance de Potencia coincidente en horas punta no se encuentra en el Artículo 154° acotado, y que, sin embargo es necesario e importante para la

fijación de distribución eléctrica, y que, aún sin estar incluido expresamente, OSINERGMIN los aprueba.

Por otro lado señala que, en la Resolución OSINERGMIN N° 097-2004-OS/CD que aprobó las Tarifas de Distribución en baja presión para Lima y Callao, se crea los factores de ajuste F1 y F2, los mismos que no se encontraban establecidos en el Reglamento de Distribución, en ese momento vigente, aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM, Artículo 120.

Concluye que, hasta en dos oportunidades anteriores, OSINERGMIN aprobó Factores de Ajuste que no se encontraban taxativamente establecidos en la Ley o Reglamento, incluso, en tales textos no existían palabras como “otros rubros”, y que, este hecho, afectaría el Principio de imparcialidad regulado en el Artículo 9 del Reglamento General de OSINERGMIN.

2.2. Análisis Legal.-

De conformidad con el numeral 3.2 del Artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la función reguladora de OSINERGMIN debe ser ejercida dentro de los alcances y limitaciones que se establecen en las respectivas leyes y reglamentos. Por su parte, el Reglamento General, de acuerdo a su Artículo 1°, dispone que OSINERGMIN regula las tarifas del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y ejerce sus atribuciones y funciones, en concordancia y con estricta sujeción a las disposiciones establecidas en las normas legales referidas al Sector Hidrocarburos.

OSINERGMIN, en cumplimiento de las normas aplicables, en particular, del Reglamento de Transporte, ha considerado en su propuesta tarifaria publicada con Resolución OSINERGMIN N° 011-2010-OS/CD, los lineamientos, principios y objetivos generales de la Tarifa Básica; ello, dentro del marco que permiten las disposiciones establecidas en el propio Reglamento de Transporte. Además, se ha tenido en cuenta que, en dicho Reglamento se recoge la naturaleza de las Tarifas, que no admite una secuencia de variaciones que no generan certeza en el tiempo para inversionistas ni consumidores. Por consiguiente, y de acuerdo a lo informado y analizado por el área técnica en su Informe 092-2010-GART, en el escenario normado por el Reglamento, las Tarifas determinadas cumplen los objetivos, y hacen viable al Proyecto de Kuntur

Kuntur cuestiona que, en la primera prepublicación, se consideraron factores de ajuste diferentes a los expresos en el Artículo 115° del Reglamento de Transporte, y que este criterio fue amparado legalmente, razón por la cual no fue objeto de comentarios. Al respecto, cabe señalar que, en el informe legal mencionado, no se analizó expresamente ni indirectamente la incorporación de los factores adicionales. Dicho análisis fue efectuado en el informe legal que sustentó la Resolución OSINERGMIN N° 194-2009-OS/CD, el cual surgió, como consecuencia del comentario de la empresa, citado en líneas posteriores, por lo que no existe contradicción de criterios jurídicos.

Cabe precisar que, de conformidad con el numeral 1 del Artículo VI del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), constituye precedente, aquél acto administrativo que, al resolver casos particulares, interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación.

En ese sentido, tal como se indicara, el tema fue desarrollado como consecuencia de las opiniones y sugerencias de Kuntur a dicha prepublicación que, *ad literam* señaló:

“...De acuerdo a lo establecido por el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 2007-EM (en adelante “el Reglamento”), las tarifas se reajustarán sobre la base de las fórmulas de actualización que hayan sido determinadas. Dichas fórmulas de actualización deberán considerar los factores que para tal efecto establece el artículo 115° del Reglamento, en donde no es tomada en consideración la Tasa de Actualización...”

Como es de apreciar, en lo concerniente a los factores de ajuste, éstos sí fueron objeto de comentarios por parte Kuntur, los mismos que determinaron un análisis integral del tema y desencadenaron la eliminación de factores, distintos a los establecidos en el Reglamento de Transporte. Así también, con el objetivo de dotar de una mayor transparencia al procedimiento regulatorio, es que la referida eliminación fue una de las razones por las cuales, mediante Resolución OSINERGMIN N° 299-2009-OS/CD se dispuso retrotraer el procedimiento a la etapa de prepublicación, otorgando a los interesados la oportunidad de emitir sus comentarios sobre la fijación en general, acogiendo aquellos que contribuyen con la finalidad del procedimiento regulatorio.

La empresa enfoca sus comentarios cuestionando la interpretación asumida por OSINERGMIN. Es de notar que el Regulador utilizó la interpretación literal como punto de partida, en el tema de Factores de Reajuste, resaltando la claridad del Artículo 115° del Reglamento y el sentido del mismo, el cual excluye la posibilidad que, con interpretaciones extensivas, se pretenda incorporar conceptos que el Reglamento no contiene. Tal como se ha explicado en el Informe Legal N° 038-2010-GART nuestra opinión es que, el término “otros rubros” es incluido como factor de ajuste dentro del contexto de precios internacionales y no como una ventana abierta para crear cualquier tipo de factor que termine modificando el valor real de la tarifa.

No obstante lo indicado, OSINERGMIN, no solo utilizó el método de interpretación literal, que por cierto es el primer método al que se recurre en la interpretación normativa¹, sino que, además, utilizó el método de Ratio Legis que fluía del grupo normativo al que correspondía la norma interpretada, habiéndose explicado en el citado informe legal, que los Artículos 120° y siguientes; 138° y 139° del mismo Reglamento invocados por la empresa,



¹ “El método literal es la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura... se utiliza siempre”: (RUBIO Marcial; “El Sistema Jurídico”, 8va edición Año 2004 Pg. 264)

contienen elementos que son materia de evaluación al inicio de un nuevo período de regulación, y, en consecuencia, al no poder ser reexaminados en un mismo período de regulación, no tienen la naturaleza de factor de ajuste.

La finalidad de los factores de reajuste es mantener el valor real de la Tarifa Básica y no modificar la tarifa propiamente dicha (la aplicación de los factores de ajuste cambia el valor nominal pero mantiene el valor real de la Tarifa Básica fijada); ésta solo puede ser materia de modificación o ajuste en su valor real, cuando se presentan supuestos que la propia norma contempla, como es el caso del Artículo 122° del Reglamento, que, bajo el título de "Reajuste de la Tarifa Básica por período transcurrido" dispone lo siguiente:

"Si el período transcurrido entre el momento de la entrada en servicio del Sistema de Transporte y el momento en que se propone la Tarifa Básica es tal que se justifica el reajuste al costo real de las instalaciones en el establecimiento del Capital de Inversión inicial, entonces dicho costo podrá ser reajustado para tomar en cuenta la Inversión en Nuevas Instalaciones (o la Parte Recuperable según corresponda), la amortización y el Capital Redundante incurrido o identificado durante aquel período".

En cuanto a los argumentos vinculados con lo conceptos de asegurar la continuidad, oportunidad y eficiencia de los servicios (considerando del Decreto Supremo 081-2007-EM), los objetivos de la Tarifa Básica previstos en el Artículo 113° y la definición de cálculo de ingreso total a que se refiere el Artículo 116°; dichos conceptos no permiten afectar directa ni indirectamente, en pleno período tarifario, el valor real de la tarifa, sino que constituyen situaciones a considerar antes de fijar la misma. Una vez establecida ésta, las normas solo permiten mantener su valor real vía fórmulas de actualización con los factores de ajuste taxativamente señalados en el Artículo 115° y, excepcionalmente, se podrá afectar dicho valor mediante el reajuste del capital inicial por el período transcurrido a que nos hemos referido en los párrafos anteriores.

La empresa, por otro lado, señala que el ente normativo habría previsto cinco ejemplos como factores de ajuste, dejando la posibilidad de establecer otros factores, agregando que, el Factor de Ajuste de la demanda es el más importante sin el cual, no se cumple el objetivo de la norma, además de atentarse contra todo principio regulatorio y contra la voluntad del ente normativo.

A este respecto, consideramos que, si la intención del ente normativo en el Artículo 115° hubiese sido principalmente citar solo algunas opciones, no resultaría consistente el que haya omitido el factor más importante que, a juicio de Kuntur, es el de la demanda, - hacemos notar que los factores contemplados en el citado artículo son: i) Índice de precios al por mayor, ii) Promedio General de sueldos y salarios, iii) Tipo de cambio, iv) Derechos arancelarios, y v) Precios Internacionales de Materiales y otros rubros según corresponda. Dichos factores tienen como principal función mantener el valor

real-nominal de la Tarifa Básica ya fijada, y que ésta no sea afectada por el tipo de cambio, inflación en los productos, etc.

De acuerdo al Artículo 115° del Reglamento de Transporte, consideramos que el término “podrán ser” se encuentra conjugado en futuro, no implicando que ello viabilice crear otros factores distintos a los que el artículo reglamentario menciona. Es así que las Tarifas Básicas pueden considerar como factor de reajuste, uno o más de los conceptos contenidos en los literales a) al d) del artículo 115° citado de forma determinada, y no otros factores; mientras que, con respecto al literal e) puede entenderse de manera extensiva, toda vez que permite realizar un reajuste de los precios internacionales de materiales, y/o un reajuste de los precios internacionales de otros rubros según corresponda.

El Artículo 115° del Reglamento² permite únicamente aplicar fórmulas de actualización con los factores de ajuste allí señalados, dentro de los cuales no se encuentran los factores de ajuste propuestos por Kuntur, tales como:

- Capital de Inversión Inicial
- Demanda
- Capital de Nuevas Inversiones
- Costo O&M
- Costo del Servicio hasta la POC
- Costo de Servicio de la POC

Por esta razón no compartimos la opinión que, cualquier propuesta de ajuste diferente a lo dispuesto en el citado Artículo 115° del Reglamento, pueda ser considerada en la fijación tarifaria.

A mayor sustento, el Dr. Francisco Eguiguren Praelí en la opinión jurídica que efectuara sobre este tema, considera más adecuada la interpretación que recoge OSINERGMIN:

“La reforma del inciso e) del Art. 115° del Reglamento solo permite incluir, además de los materiales, otros rubros cuyos precios internacionales hayan sufrido variación; no cabe considerar al amparo de este inciso, la inclusión de otros factores distintos a los precios internacionales. Ello por una elemental pauta de interpretación jurídica, cual es la ubicación dentro de la norma del precepto interpretado. Siendo que el Art. 115° del Reglamento contiene diversos incisos, cada uno referido a un específico factor de reajuste, mal puede derivarse de la

² **Artículo 115° del Reglamento de Transporte.- Factores para el reajuste de las Tarifas Básicas**

Las Tarifas Básicas, fijadas al inicio de un Período de Regulación, se reajustarán sobre la base de las fórmulas de actualización, determinadas, para dicho período. Las fórmulas de actualización serán determinadas con el propósito de lograr que las Tarifas Básicas mantengan su valor real; las Tarifas Básicas no podrán ser reajustadas hasta el inicio del próximo Período de Regulación. Los factores a considerar para el reajuste de las Tarifas Básicas podrán ser:

- a) Índice de precios al por mayor,
- b) Promedio General de sueldos y salarios,
- c) Tipo de cambio,
- d) Derechos arancelarios,
- e) Precios Internacionales de Materiales y otros rubros según corresponda.

posibilidad de incluir nuevos rubros en el factor precios internacionales, una apertura de tipo general, aplicable a todo el artículo, para contemplar factores distintos a los cinco previstos en la norma.

Es una pauta de interpretación en el Derecho Público, que solo asisten las competencias o se pueden realizar las actividades expresamente señaladas o enumeradas en la norma. La entidad pública solo puede hacer lo que la norma le permite hacer, a diferencia del ámbito privado, donde se puede hacer todo lo que la ley permite y lo que ella no prohíbe. Que antes de realizar la enumeración de los factores de reajuste a considerar para la actualización de la tarifa se señale que éstos “podrán ser”, es una mera técnica para emprender la enumeración de varios factores, pero no tiene por qué interpretarse necesaria ni razonablemente como una puerta abierta para incluir o considerar otros factores distintos. De no ser así, carecería de sentido el esfuerzo por consignar cinco tipos específicos de factores. Si se quisiera permitir tal apertura, tendría que añadirse expresamente una autorización para contemplar otros factores diferentes.

...

Estamos de acuerdo en que el método de interpretación gramatical o literal de las normas es solo uno de los que debe utilizarse, complementándose con otros. Aunque no es menos cierto que la interpretación gramatical o literal del texto del precepto es el punto de partida para toda interpretación, y también el punto de llegada con el que habrá que confrontar la compatibilidad de la interpretación a que se arribe por otros métodos. Pero cabe tener presente que cuando KUNTUR deduce que las frases “podrán ser” y “otros rubros”, colocadas en el texto del precepto, permiten incluir a otros factores de reajuste, no está haciendo algo demasiado distinto a una interpretación de tipo literal. Simplemente le está otorgando a dichas frases un sentido de interpretación distinto al que les asigna el OSINERGMIN, sin que ello implique que la interpretación del regulador sea de tipo exclusivamente literal y la de la empresa no.

...

Finalmente, aún si se admitiera la interpretación que propone KUNTUR del Art. 115° del Reglamento de Transporte, en el sentido que cabría considerar para efectos de la actualización de la tarifa inicial otros factores de reajuste, adicionales a los expresamente consignados en la norma, es evidente que a quien correspondería evaluar y realizar tal incorporación es al OSINERGMIN y no al concesionario.”

 Respecto a la interpretación histórica comentada por la empresa, por la cual considera que la motivación en los considerados del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, que aprueba el nuevo Reglamento de Transporte del año 2007 respecto al anterior del año 1999, se circunscribiría únicamente a la variación del inciso e), “otros rubros”; cabe señalar que, en nuestra opinión, conforme a

su ubicación y sentido, dicha modificación permite considerar otros rubros, diferentes a "materiales", más no, otros factores.

En cuanto a los argumentos de la empresa, respecto a que, para la interpretación del Artículo 115° del Reglamento de Transporte, se debe tomar en cuenta, entre otros, el Artículo 116° del Reglamento, en el sentido que, no se podría obtener el valor presente del ingreso total si no se cuentan con factores de ajuste que puedan reajustar las distintas variables a los valores reales en el transcurso del tiempo; así como el Artículo 118° del mismo dispositivo, en el sentido que, en él se establecería que OSINERGMIN deberá determinar el nivel de costos que satisfaga los objetivos de las tarifas y los componentes de estos costos, en los cuales tiene mucho que ver la demanda; es menester señalar que, por tener un carácter técnico-financiero, el análisis es efectuado en el Informe N° 092-2010-GART.

Respecto a lo dispuesto en el Artículo 122° del Reglamento de Transporte, en nuestra opinión, en dicho artículo no se expresen factores de ajuste. Dicho artículo dispone la facultad de reajustar la tarifa sin necesidad de factores, conforme a las causales allí establecidas. Lo mismo sucede con los Artículos 140° y 141°, referidos sobre los mecanismos de incentivos, más no de factores de ajuste. Estos mecanismos, conforme lo señala el área técnica en su Informe N° 092-2010-GART, no fueron ni propuestos ni considerados en la presente regulación como tales, por no considerarse técnica o económicamente convenientes, en uso de las facultades atribuidas a OSINERGMIN.

La empresa se considera afectada, al haberse, según su opinión, vulnerado el Principio de Imparcialidad. Señala que, el Reglamento de la LCE en su Artículo 154°, que trata sobre los Factores de Ajuste, no contempla el Factor de Balance de Potencia coincidente en horas punta (FBP), factor que, sin embargo sí fue aprobado por OSINERGMIN, citando para el efecto, el Artículo 147° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Sobre el particular, es justamente este último artículo, en su segundo párrafo, en el que se dispone considerar factores de simultaneidad que ajusten la demanda total de la concesión, a la suma de la potencia contratada con sus usuarios y las respectivas pérdidas, y será expresado como un cargo por unidad de potencia, que como lo refiere el área técnica de distribución eléctrica, no es otra cosa que el Factor de Balance de Potencia Coincidente en Horas Punta (FBP). En otras palabras, la potestad de aprobar el FBP se encuentra expresamente atribuida a OSINERGMIN, al ser éste, el encargado de regular las tarifas de distribución eléctrica. Para tales efectos, se cuenta con el Procedimiento aprobado por Resolución OSINERGMIN N° 555-2002-OS/CD, por el cual se aprobó el documento denominado "Manual de Procedimientos, Formatos y Medios para el Cálculo del FBP" y sus modificatorias.

Asimismo, menciona finalmente Kuntur que, con Resolución OSINERGMIN N° 097-2004-OS/CD se crearon los factores de ajuste F1 y F2, los mismos que

no se encontraban establecidos en el Reglamento de Distribución en ese momento vigente, -aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM-.

En lo que respecta a este tema y como ya ha sido mencionado, constituye obligación de OSINERGMIN, sujetar su actuación a las disposiciones normativas, así también, entre sus objetivos se encuentra, de conformidad con el inciso b) del Artículo 19° de su Reglamento General, el velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión de transporte de hidrocarburos por ductos y de distribución de gas natural por red de ductos. En el presente caso, el Factor F1 a que se hace referencia, se origina de la Cláusula 14 del Contrato BOOT de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos de Lima y Callao, y encuentra su sustento técnico en el Anexo 13 del referido contrato-ley. En cuanto al Factor F2, su inclusión no constituye precedente, teniendo en cuenta que, conforme al numeral 1 del Artículo VI del Título Preliminar de la LPAG, sólo sería posible crear precedente si se hubiera interpretado de modo expreso y con carácter general el sentido de la normativa en cuestión, para efectos de los factores de ajuste, lo cual no ocurrió en el presente caso; consecuentemente, no genera derecho, más aún, cuando, a diferencia de ese caso aislado, ahora se ha sustentado expresa y debidamente el criterio tomado.

Es importante precisar que la regulación de distribución de gas natural, en la actualidad, cuenta con normas³ que permiten recoger algunos factores de ajuste distintos a los que prevé la forma de actualización, tal como se explica en la Resolución OSINERGMIN N° 034 -2010-OS/CD sin que, en materia de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, se cuente con una norma similar que permita introducir factores de ajuste distintos a los previstos para la fórmula de actualización.

De lo expuesto se reitera nuestra opinión respecto a que, actualmente el Reglamento de Transporte no permitiría la creación de factores de ajuste adicionales

Cabe puntualizar, que el área técnica, en su Informe N° 092-2009-GART, considera que, el Capital de Inversión es ajustado a costos reales y eficientes, de acuerdo a lo establecido en los Artículos 121° y 122° del Reglamento de Transporte; asimismo, que el valor determinado, luego de dicho reajuste, permanece constante, pudiendo el Regulador reconocer nuevas inversiones o ampliaciones, las cuales son adicionales a las inicialmente reconocidas, y asegura al inversionista el reconocimiento de sus costos eficientes. En ese sentido, la opinión técnica es que la demanda es un factor estimado, que debe ser revisado en periodos prudentes, que no son periodos cortos, a fin de incorporar, en su estimación, factores que no habían sido tomados en cuenta en su proyección inicial, lo cual no implica que el accionar de OSINERGMIN no tenga la naturaleza de predecible; sino más bien, otorga mayor seguridad al inversionista respecto a la incertidumbre de la demanda.

³ Fundamentalmente el tercer párrafo del artículo 121 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, y de conformidad con lo establecido en el literal o) del Artículo 52° del Reglamento General, constituye una de las funciones del Organismo Regulador, el proponer ante las autoridades correspondientes, las normas legales relacionadas con el desarrollo de las actividades en el subsector de hidrocarburos. En tal sentido, opinamos por la conveniencia de evaluar si se considera técnica – económica y jurídicamente eficiente, para el caso particular del transporte de gas natural, el proponer una modificación en el Reglamento de Transporte, en aras de homogenizar criterios de similar naturaleza con los recogidos en la distribución de gas natural.

Finalmente, en cuanto a los comentarios referidos a que la reglamentación apunta como única forma de recuperar costos y obtener ganancias mediante una tarifa acorde con la realidad y su modificación conforme a las variaciones futuras de variables actualmente inciertas; cabe señalar que, por su índole técnico, dichos argumentos son analizados en el informe respectivo.

3) Procedencia de la Publicación de la Resolución definitiva.

- 3.1** Mediante Resolución OSINERGMIN N° 299-2009-OS/CD publicada el 29 de diciembre de 2009, se dispuso retrotraer el procedimiento regulatorio para la Fijación de las Tarifas Básicas Iniciales de Transporte del Gasoducto Andino del Sur, a la etapa j) del Procedimiento. En tal sentido,
- 3.2** Con la publicación del Proyecto se cumplió con la etapa j) del Procedimiento. Posteriormente, en cumplimiento de la etapa k) del Procedimiento, los días 04 y 05 de febrero de 2010 se realizó la Audiencia Pública Descentralizada para la sustentación y exposición de los criterios, metodología y modelos utilizados en la Fijación de las Tarifas de Transporte del Gasoducto Andino del Sur, la cual se efectuó en las ciudades de Lima e Ilo respectivamente.
- 3.3** En cumplimiento de la etapa l) del Procedimiento y el Artículo 2° de la Resolución OSINERGMIN N° 011-2009-OS/CD, se recibieron los comentarios y sugerencias al Proyecto, por parte de los interesados, hasta el 12 de Febrero de 2010.
- 3.4** En ese sentido, se han cumplido las etapas y plazos previos dispuestos en el Procedimiento, correspondiendo continuar con la etapa m) del mismo, consistente en publicar la Resolución que fija las Tarifas del Sistema de Transporte de Gas Natural por Red de Ductos para el Gasoducto Andino del Sur.
- 3.5** El proyecto de resolución respectivo ha sido elaborado por el área técnica, en colaboración de esta Asesoría, incorporándose los aspectos legales expuestos en el presente informe, encontrándose conforme para la aprobación por parte del Consejo Directivo del OSINERGMIN.

- 3.6** De acuerdo con el cronograma del Procedimiento, la etapa mencionada en el numeral 3.4 del presente informe, corresponde ser efectuada el día 05 de Marzo de 2010.

4) Conclusiones.

- 4.1** Los argumentos de la empresa Kuntur, en los aspectos de naturaleza técnica, son analizados en el Informe Técnico 092-2010-GART.
- 4.2** El análisis de los comentarios de índole jurídico presentados respecto de la prepublicación regulatoria de las Tarifas del Sistema de Transporte de Gas Natural por Red de Ductos para el gasoducto Andino del Sur, producto de la Resolución 011-2010, han sido analizados en el numeral 2 del presente Informe.
- 4.3** Conforme con lo establecido en el literal o) del Artículo 52° del Reglamento General, constituye una de las funciones del Organismo Regulador, el proponer ante las autoridades correspondientes, las normas legales relacionadas con el desarrollo de las actividades en el subsector de hidrocarburos. En tal sentido, esta Asesoría opina por la conveniencia de evaluar si se considera técnica – económica y jurídicamente eficiente, para el caso particular del transporte de gas natural, el proponer una modificación en el Reglamento de Transporte, en aras de homogenizar criterios de similar naturaleza con los recogidos en la distribución de gas natural.
- 4.5** De acuerdo con el cronograma del Procedimiento, la Resolución que fija las Tarifas del Sistema de Transporte de Gas Natural por Red de Ductos para el Gasoducto Andino del Sur deberá ser aprobada y publicada como máximo el día 05 de Marzo de 2010.
- 4.6** Se adjunta el Informe Legal externo elaborado por el Dr. Francisco Eguiguren Praeli de fecha 04 de marzo del presente año, así como el Informe del Estudio León Barandiarán Montoya & Del Carpio Abogados de fecha 03 de marzo del 2010.



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

San Isidro, 4 de marzo del 2010.

Doctora
MARÍA DEL ROSARIO CASTILLO SILVA
Jefe de Asesoría Legal
GART – OSINERGMIN
Presente.

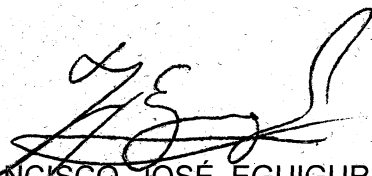
De mi especial consideración:

Es grato saludarla y remitirle adjunto el informe jurídico que he elaborado respecto a la interpretación de los alcances del artículo 115° del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, así como sus implicancias en la competencia del OSINERGMIN para considerar o no factores de reajuste para la actualización de la tarifa inicial distintos a los contemplados expresamente en dicha norma.

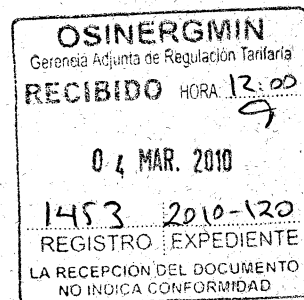
Adjunto también mi recibo de honorarios profesionales, al que le agradeceré dar el trámite respectivo.

Deseo reiterarle mi reconocimiento por la confianza y deferencia profesional y personal que usted y su organización me brindan.

Atentamente,



FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI



INFORME JURÍDICO

OBJETO DEL INFORME:

El presente informe, elaborado a solicitud del OSINERGMIN, tiene por objeto analizar las competencias de dicho órgano regulador respecto al establecimiento de Factores de Reajuste para la Actualización de la tarifa de transporte de gas natural por ductos. En especial, interesa determinar si los factores de reajuste para la actualización de la tarifa inicial, previstos en el artículo 115° del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 081-2007-EM, son los únicos que cabe considerar en la actualización de la tarifa de transporte; o si, por el contrario, el OSINERGMIN está en capacidad de acoger o establecer algunos otros, distintos a los consignados en dicha norma.

Para este efecto, analizaremos el contenido del referido precepto, así como los argumentos expuestos por la empresa Kuntur Transportadora de Gas SAC, concesionaria del Gaseoducto Andino del Sur, para sustentar la interpretación que realiza de esta norma, con el objeto de incorporar otros factores de reajuste en la actualización de la tarifa inicial de transporte de gas natural por ductos.

DESARROLLO:

1.- LA TARIFA DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL Y SU ACTUALIZACIÓN

1.- El Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 081-2007-EM, precisa los objetivos que persigue el establecimiento de la Tarifa Básica. Así, en su artículo 113°, dispone:

Artículo 113.- Objetivos de la Tarifa Básica

La Tarifa Básica por el Transporte de Gas Natural será diseñada con el fin de lograr los siguientes objetivos:

- a) Generar un flujo de ingresos que cubra los costos eficientes involucrados en la prestación del Servicio Básico, considerando el período de vida esperado del Sistema de Transporte usado en la prestación de ese Servicio, y la Tasa de Actualización prevista en el presente Reglamento;*
- b) Reproducir los resultados que se darían en un mercado competitivo;*
- c) Asegurar la operación segura y confiable del Sistema de Transporte;*
- d) No distorsionar las decisiones de inversión en los Sistemas de Transporte o en actividades relacionadas.*
- e) Lograr la eficiencia en el nivel y estructura de la Tarifa Básica; y*
- f) Suministrar un incentivo al Concesionario para la reducción de costos y el desarrollo del mercado de Servicios Básicos y de otros Servicios.*

En el caso de que alguno de estos objetivos entre en conflicto con otro para su aplicación a la determinación de una Tarifa Básica en particular, OSINERGMIN determinará la manera en que ellos pueden reconciliarse o, en caso contrario, determinará cuales deben prevalecer.

2.- Pero como la Tarifa Básica se establece por un período determinado, es necesario que ésta **mantenga su valor real durante dicho lapso**. Para ello se contempla, en el **artículo 115° del Reglamento**, un conjunto de factores de reajuste para realizar la actualización de la Tarifa Inicial fijada para el período. Esta norma señala:

Artículo 115.- Factores para el reajuste de las Tarifas Básicas

Las Tarifas Básicas, fijadas al inicio de un Período de Regulación, se reajustarán sobre la base de las fórmulas de actualización, determinadas, para dicho período. Las fórmulas de actualización serán

determinadas con el propósito de lograr que las Tarifas Básicas mantengan su valor real; las Tarifas Básicas no podrán ser reajustadas hasta el inicio del próximo Período de Regulación. Los factores a considerar para el reajuste de las Tarifas Básicas podrán ser:

- a) Índice de precios al por mayor,
- b) Promedio General de sueldos y salarios,
- c) Tipo de cambio,
- d) Derechos arancelarios,
- e) Precios Internacionales de Materiales y otros rubros según corresponda.

3.- Es interesante observar que esta norma guarda gran similitud con su antecesora, contemplada en el derogado Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por D.S. N° 041-99-EM, cuyo artículo 111° disponía:

Artículo 111.- Las Tarifas Básicas, fijadas al inicio de un Período de Regulación, se reajustarán sobre la base de las fórmulas de actualización, determinadas, para dicho Período. Las fórmulas de actualización serán determinadas con el propósito de lograr que las Tarifas Básicas mantengan su valor real; las Tarifas Básicas no podrán ser reajustadas de otra manera, para tomar en cuenta eventos posteriores, hasta el inicio del próximo Período de Regulación. Los factores a considerar para el reajuste de las Tarifas Básicas podrán ser:

- a) Índice de precios al por mayor,
- b) Promedio General de sueldos y salarios,
- c) Tipo de cambio,
- d) Derechos arancelarios,
- e) Precios Internacionales de Materiales, según corresponda.

4.- Como se puede apreciar, el contenido de la norma vigente y su antecesora son casi idénticos; incluso **los factores de reajuste para efectuar la actualización que se enuncian, son exactamente los mismos**, agrupados en cinco incisos numerados de la letra a) a la e).

No obstante, **hay una diferencia en el texto del inciso e) de ambas normas**. Así, mientras el literal e) del Reglamento derogado consigna únicamente los **“precios internacionales de materiales”**, su equivalente en el reglamento vigente menciona **“precios internacionales de materiales y otros rubros según corresponda”**. Con ello, **la norma vigente es más amplia** y permite considerar e **incluir en la Actualización de la Tarifa Inicial los precios internacionales de algunos otros factores**, según corresponda.

5.- También es interesante apreciar que **los factores de reajuste para la actualización de la Tarifa Básica previstos en el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, son exactamente los mismos contemplados en el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos** (TUO aprobado mediante el D.S. N° 040-2008-EM), cuyo **artículo 120°** dispone:

Artículo 120.- *La tarifa aprobada por la CTE, que tiene el carácter de valor máximo, incluirán fórmulas de actualización. Los factores a considerar para el reajuste de la tarifa podrán ser:*

- *Índice de precios al por mayor.*
- *Promedio General de Sueldos y Salarios.*
- *Tipo de cambio.*
- *Derechos arancelarios.*
- *Precios internacionales de materiales, según corresponda.*

Como se observa, el texto de esta norma, en el último de sus incisos, repite la fórmula del literal e) del Art. 111° del Reglamento de Transporte de

Hidrocarburos derogado, haciendo referencia únicamente, para efectos de la actualización de la Tarifa, al precio internacional de los materiales.

6.- Finalmente, en el **artículo 117° del vigente Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos**, se establece pautas para la determinación de la Tarifa Básica y su período de regulación, señalando:

Artículo 117.- Determinación de la Tarifa Básica

La Tarifa Básica por un Servicio Básico se determinará como el cociente entre la parte del Ingreso Total aplicable a ese servicio y el valor presente utilizando la Tasa de Actualización de la correspondiente demanda prevista para ese servicio dentro del Período de Regulación. El Período de Regulación será determinado por OSINERGMIN para cada caso.

2.- LAS DISTINTAS POSIBILIDADES DE INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCES DEL ARTÍCULO 115° DEL REGLAMENTO DE TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS POR DUCTOS Y LOS FACTORES DE REAJUSTE PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LA TARIFA

1.- El punto central de controversia respecto a la interpretación de lo dispuesto en el Art. 115° del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, es **si los factores de reajuste a considerar para la actualización de la tarifa de transporte de gas natural son únicamente los consignados de manera expresa en dicha norma, no pudiendo el OSINERGMIN acoger o establecer otros distintos (otorgando a esta enumeración carácter taxativo o cerrado); o si el texto de este precepto, interpretado en armonía con el objetivo de la actualización de la Tarifa (que es mantener su valor real o actual) permite incorporar otros factores de reajuste para efectuar la actualización, distintos a los expresamente enumerados en la norma, que también tengan incidencia en la determinación de la Tarifa (otorgándole a**

la enumeración carácter enunciativo o abierto). De alguna manera, **ambas interpretaciones del precepto parten de analizar su texto literal, aunque llegan a conclusiones distintas y opuestas.**

2.- Interpretación de la norma que permite incorporar otros factores de reajuste, adicionales a los expresamente enunciados.- Partiendo del texto literal del Art. 115° del Reglamento de Transporte, quienes sostienen que la norma contiene una enumeración abierta o meramente enunciativa, se apoyan en la interpretación y sentido que otorgan a los términos **“podrán ser”** y **“otros rubros”**, contenidos en la norma, señalando:

- a) La norma, antes de proceder a enumerar los factores de reajuste, señala: *“Los factores a considerar para el reajuste de las Tarifas Básicas **podrán ser**”* (resaltado añadido). **Se sostiene que al indicar “podrán ser”, se están enunciando solo algunos factores de reajuste, a título de ejemplo, sin que con ello se esté limitando o cerrando la posibilidad de que también puedan ser considerados otros factores** que deban intervenir en la actualización de la tarifa.
- b) En el inciso e) del Art. 115° se señala dentro de los factores de reajuste: *“Precios Internacionales de Materiales y **otros rubros** según corresponda”* (resaltado añadido). Se sostiene que la inclusión de la expresión *otros rubros*, que no existía en el antecedente de esta norma en el derogado Reglamento de Transporte de Hidrocarburos (Art. 111°) sugiere por sí misma la posibilidad de considerar otros factores de reajuste que tengan incidencia en la tarifa y su actualización, a pesar de no estar expresamente mencionados en la enumeración consignada en la norma.

De este modo, las frases **“podrán ser”** y **“otros rubros”**, consignadas literalmente en el texto de la norma, serían una suerte de “puerta abierta” que reafirma el carácter meramente enunciativo de la relación de factores de

reajuste mencionados y abre la posibilidad de que el OSINERGMIN contemple otros no mencionados, pero que tengan incidencia en la tarifa y su necesidad de actualización.

3.- Que realizando una interpretación sistemática y teleológica del Art. 115º, en relación a otras normas del Reglamento de Transporte, como los artículos 113º (objetivos de la tarifa) o el 117ª (determinación de la tarifa), se entiende que la tarifa debe considerar elementos como los costos de operación y mantenimiento del servicio para el concesionario de transporte de gas natural, las inversiones que se realicen en el período, el volumen de demanda del servicio, etc.; ninguno de los cuales se mencionan expresamente en el Art. 115º. Además, que **siendo la finalidad esencial y expresa de la actualización mantener la tarifa inicial en valor real y cifras actuales, esta finalidad solo se logra incluyendo en la actualización factores de reajuste con incidencia en la determinación de la tarifa y su actualización, a pesar que no estén enunciados expresamente en el texto del Art. 115º del Reglamento.**

4.- **Interpretación que restringe los factores de reajuste para la actualización de la tarifa únicamente a los enumerados en el artículo 115º del reglamento de Transporte.**- Los principales argumentos a invocar en sustento de esta interpretación, tienen que ver con lo señalado en el texto literal de la norma, la ubicación y racionalidad de las mismas frases utilizadas por la interpretación opuesta, dentro del sentido de la norma, y las pautas de técnica e interpretación legislativa. Estos argumentos serían:

- a) Que la norma señale que los factores de reajuste para la actualización de la tarifa *"podrán ser"* los que enumera a continuación, responde a una técnica legislativa común en la regulación administrativa; algo similar se hace cuando se enumeran las competencias de los órganos. Se entiende que solo lo enumerado es lo que se puede hacer o considerar, en respeto al **principio de legalidad**. **Cuando una norma**

quiere realizar una enumeración enunciativa y no taxativa, incluye expresamente frases tales como “los factores de reajuste podrán ser, entre otros” o “enunciativamente”. Otro camino a utilizar para establecer una enumeración meramente enunciativa, sería **incluir un inciso o literal adicional**, en este caso el f), que señale algo así como “otros que puedan ser considerados por el ente regulador”. Nada de ello aparece consignado en la redacción del texto de la norma, lo que confirmaría el carácter taxativo de la enumeración realizada y que los factores enunciados son los únicos que cabe considerar e incluir para la actualización de la tarifa de transporte.

- b) Los factores de reajuste para la actualización de la tarifa contemplados en el vigente Reglamento de Transporte de Hidrocarburos (Art. 115º) y en el Reglamento derogado (Art. 111º) **son exactamente los mismos en ambas normas y se enumeran en cinco incisos o literales, cada uno referido a un ámbito específico** (índice de precios al por mayor, promedio general de sueldos y salarios, tipo de cambio, derechos arancelarios y precios internacionales de materiales). Es relevante tener en cuenta que **estos mismos factores y rubros, también en los mismos cinco incisos, son contemplados como factores de reajuste para la actualización de la tarifa de distribución de gas natural, según dispone el Art. 120º del Reglamento de Distribución, que también utiliza previamente a la enumeración la frase “podrán ser”**. De modo que existiría coherencia y plena coincidencia o similitud entre los factores de reajuste considerados para la actualización de las tarifas de transporte y distribución de gas natural, **lo que confirmaría que se trata de una enumeración taxativa y que no hay otros rubros o factores de reajuste a incluir para efectos de la actualización de la tarifa.**

- c) La **modificación introducida en el literal e) del Art. 115º del Reglamento de Transporte vigente**, ubica dentro del factor “precios

internacionales” ya no solo a los materiales sino también, ahora, a “*otros rubros*”, según corresponda. **Ciertamente ello permite considerar algunos nuevos rubros, pero solo en tanto ellos estén ubicados dentro del factor precios internacionales. Ello no podría interpretarse como la posibilidad de considerar factores ajenos a dicho rubro, tales como la demanda, inversión o costos operativos del servicio. Si ese hubiera sido el propósito de la reforma, se hubiera agregado un inciso adicional, que lo autorice expresamente.**

3.- ANÁLISIS Y CONCLUSIONES:

1.- De la revisión de los textos prepublicados de las Resoluciones del Consejo Directivo del OSINERGMIN, referidas a la fijación de la tarifa para el Gaseoducto Andino del Sur, y de los comentarios remitidos por la empresa KUNTUR sobre las mismas, **se observa que ambas partes no han mantenido una posición constante respecto a la interpretación de los alcances del Art. 115° del Reglamento de Transporte y el carácter abierto o cerrado de la enumeración de factores de reajuste para la actualización de la tarifa contenidos en dicho precepto.**

2.- Puede ser posible derivar del Art. 115° del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos ambas interpretaciones del precepto, es decir, la que considera que éste contiene una enumeración cerrada o taxativa de los factores de reajuste para efectos de la actualización de la tarifa, como la que la considera una enumeración abierta o meramente enunciativa y referencial. Sin embargo, **considero más adecuada la interpretación que sostiene que la enumeración de factores de reajuste para la actualización de la tarifa de transporte de gas natural que realiza el Art. 115° del Reglamento de Transporte tiene carácter taxativo y que, en consecuencia, no cabría que el OSINERGMIN contemple o incluya otros factores distintos para dicha**

actualización. Sostenemos esta posición con base a los argumentos siguientes:

- a) **La reforma del inciso e) del Art. 115° del Reglamento solo permite incluir, además de los materiales, otros rubros cuyos precios internacionales hayan sufrido variación; no cabe considerar al amparo de este inciso, ni siquiera porque se consigne la frase “otros rubros”, la inclusión de otros factores distintos a los precios internacionales.** Ello por una elemental pauta de interpretación jurídica, cual es la ubicación dentro de la norma del precepto interpretado. Siendo que el Art. 115° del Reglamento contiene diversos incisos, cada uno referido a un específico factor de reajuste, mal puede derivarse de la posibilidad de incluir nuevos rubros en el factor precios internacionales, una apertura de tipo general, aplicable a todo el artículo, para contemplar factores distintos a los previstos en los cinco incisos de la norma.
- b) **Es una pauta de interpretación en el Derecho Público, que solo asisten las competencias o se pueden realizar las actividades expresamente señaladas o enumeradas en la norma.** La entidad pública solo puede hacer lo que la norma le permite hacer, a diferencia del ámbito privado, donde se puede hacer todo lo que la ley permite y lo que ella no prohíbe. Que antes de realizar la enumeración de los factores de reajuste a considerar para la actualización de la tarifa se señale que éstos **“podrán ser”**, es una mera técnica para emprender la enumeración de varios factores, **pero no tiene por qué interpretarse necesaria ni razonablemente como una puerta abierta para incluir o considerar otros factores distintos.** De no ser así, carecería de sentido el esfuerzo por consignar cinco tipos específicos de factores. Si se quisiera permitir tal apertura, tendría que añadirse expresamente una autorización para contemplar otros factores diferentes.

- c) Estos mismos cinco factores de reajuste se contemplan para la actualización de la tarifa tanto en el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos como en el Reglamento de Distribución de gas natural. Ello confirma una regulación similar en ambas normas, por lo que el sentido de interpretación que se asigne a los preceptos equivalentes de ambos Reglamentos tiene que ser el mismo.

3.- **KUNTUR** y sus abogados cuestionan la interpretación asumida por el OSINERGMIN, que solo considera como posibles de contemplarse los factores de reajuste para actualizar la tarifa de transporte de gas expresamente consignados en el Art. 115° del Reglamento respectivo, **afirmando que ésta corresponde a una interpretación de tipo literal, que resulta insuficiente y debe complementarse con otros criterios y métodos de interpretación.**

Estamos de acuerdo en que el método de interpretación gramatical o literal de las normas es solo uno de los que debe utilizarse, complementándose con otros. Aunque no es menos cierto que la interpretación gramatical o literal del texto del precepto es el punto de partida para toda interpretación, y también el punto de llegada con el que habrá que confrontar la compatibilidad de la interpretación a que se arribe por otros métodos. Pero cabe tener presente que cuando KUNTUR deduce que las frases “podrán ser” y “otros rubros”, colocadas en el texto del precepto, permiten incluir a otros factores de reajuste, no está haciendo algo demasiado distinto a una interpretación de tipo literal. Simplemente le está otorgando a dichas frases un sentido de interpretación distinto al que les asigna el OSINERGMIN, sin que ello implique que la interpretación del regulador sea de tipo exclusivamente literal y la de la empresa no.

4.- Es importante tener en cuenta que si bien el Art. 115° del Reglamento de Transporte y el 120° del Reglamento de Distribución contemplan los mismos factores de reajuste para efectos de la actualización de las respectivas tarifas reguladas, **existe en el Reglamento de Distribución un precepto inexistente**

en el Reglamento de Transporte. Nos referimos al Art. 121° del Reglamento de Distribución, que señala:

Artículo 121.- *La tarifa inicial y su plazo de vigencia, serán los establecidos en el Contrato, siendo el plazo de vigencia máximo de ocho (8) años, contado a partir de la Puesta en Operación Comercial. La primera regulación tarifaria que efectúe el OSINERGMIN se llevará a cabo al término del plazo indicado anteriormente.*

Las tarifas revisadas y las fórmulas de actualización tendrán una vigencia de cuatro (4) años y sólo podrán recalcularse en un plazo menor, si sus reajustes duplican el valor inicial de las tarifas durante el Período de su vigencia.

De existir variaciones significativas respecto de las bases utilizadas para la aprobación de la tarifa, se podrá realizar el recalcular tarifario correspondiente. La metodología para la determinación de las variaciones significativas serán definidas en el procedimiento que establecerá OSINERGMIN en coordinación con el Concesionario.

Mientras el OSINERGMIN no apruebe una nueva tarifa, seguirá vigente la tarifa existente. (el resaltado es añadido).

El párrafo resaltado de la norma, que no existe en el Reglamento de Transporte, nos permite distinguir entre la actualización de la tarifa, utilizando los factores de reajuste expresamente mencionados en los artículos 115° del Reglamento de Transporte y 120° del Reglamento de Distribución, y el recálculo o revisión de la tarifa, al producirse variaciones significativas en los factores que sirvieron como base para su cálculo y determinación.



5.- **Todos los factores de reajuste** contemplados en el Art. 115° del Reglamento de Transporte y en el Art. 120° del Reglamento de Distribución, **para la actualización de la tarifa fijada, corresponden a factores externos o ajenos a la voluntad o actuación del concesionario.** Por ello se trata de variaciones en rubros como índice de precios, de sueldos y salarios, de tipo de cambio o derechos arancelarios, o de los precios internacionales de materiales o ciertos productos análogos. **Lo que busca la actualización es mantener el valor real y actual de la tarifa, sin alterar los elementos tomados en cuenta para su cálculo y fijación.** Para ello se toman en consideración solo los factores de reajuste previstos en la norma.

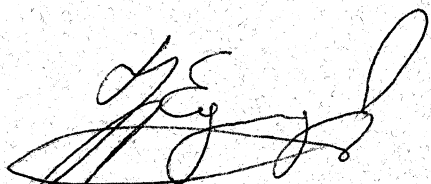
El supuesto previsto en el tercer párrafo del Art. 121° del Reglamento de Distribución es distinto a la actualización de la tarifa y posibilita su **recálculo**, al haberse producido variaciones significativas en los factores que sirvieron como base para el cálculo de la tarifa inicial. **Se trata de factores que pueden depender más directamente de la acción del concesionario, que son similares a los que propone KUNTUR, tales como los costos de operación y mantenimiento del servicio, los niveles de inversión, el desarrollo de la demanda, etc.** Pero una norma de este contenido no existe en el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos, ni puede pretenderse un efecto similar mediante la interpretación extensiva del Art. 115° del Reglamento.

6.- Finalmente, aún si se admitiera la interpretación que propone KUNTUR del Art. 115° del Reglamento de Transporte, en el sentido que cabría considerar para efectos de la actualización de la tarifa inicial otros factores de reajuste, adicionales a los expresamente consignados en la norma, **es evidente que a quien correspondería evaluar y realizar tal incorporación es al OSINERGMIN y no al concesionario.**

 El derecho del concesionario consiste en su participación en el proceso de fijación de la tarifa de transporte de gas natural y su actualización,

realizando las propuestas y observaciones respectivas. Ello supone proponer pero no imponer sus planteamientos o recomendaciones al ente regulador.

San Isidro, 4 de marzo del 2010.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'F. Eguiguren Praeli', written in a cursive style.

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

Abogado – REG. CAL. N° 7908