

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 04-2024-OS/TSC-136**

- Expediente** : SIGED N° 202100081099
- Partes** : Compañía Minera Luren S.A.
Gas Natural de Lima y Callao S.A.
- Materia** : Determinar si resulta correcta la forma en que Gas Natural de Lima y Callao S.A. ha calculado el promedio móvil en aplicación del literal b) del artículo 8° de la Norma de Condiciones Generales del Servicio de Distribución de Gas Natural, en la facturación de los meses de mayo y agosto de 2020.
- Resolución Impugnada** : Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 04-2021-OS/CC-136

Lima, 7 de mayo de 2024

SUMILLA:

Se acepta el desistimiento del recurso administrativo de apelación presentado por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 04-2024-OS-CC-136 del 15 de septiembre de 2021, que resolvió en primera instancia administrativa el procedimiento de solución de controversias iniciado por Compañía Minera Luren S.A. contra Gas Natural de Lima y Callao S.A., se declara firme dicha resolución en todos sus extremos y, en consecuencia, se declara concluido el presente procedimiento administrativo.

Se dispone poner la presente resolución en conocimiento de la Gerencia de Supervisión de Energía, para que, en ejercicio de sus atribuciones, solicite a la División de Supervisión Regional realice las acciones de supervisión que correspondan para verificar si el procedimiento seguido por CÁLIDDA para la recategorización por variación de los consumos de sus clientes, cumple con lo previsto en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio.

VISTO:

El Expediente N° TSC-136 correspondiente a la controversia entre Compañía Minera Luren S.A. (en adelante MINERA LUREN) contra Gas Natural de Lima y Callao S.A. (en adelante, CÁLIDDA), para que se declare si resulta correcta la forma en que CÁLIDDA ha calculado el promedio móvil, en aplicación del literal b) del artículo 8° de la Norma de Condiciones Generales del Servicio de Distribución de Gas Natural, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 054-2016-OS/CD (en adelante, la Norma de Condiciones del Servicio), en la facturación de los meses de mayo y agosto de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES. -

- 1.1. El **14 de abril de 2021**, MINERA LUREN presentó su reclamación contra CÁLIDDA.
- 1.2. El **8 de junio de 2021**, mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo del Osinergmin N° 52-2021-OS/PRES, se designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado¹.
- 1.3. El **11 de junio de 2021**, mediante Resolución N° 01-2021-OS/CC-136, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado y se corrió traslado a CÁLIDDA para que presente su contestación.
- 1.4. El **6 de julio de 2021**, CÁLIDDA contestó la reclamación.
- 1.5. El **13 de julio de 2021**, mediante Resolución N° 02-2021-OS/CC-136, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc citó a las partes a la audiencia única a realizarse el 9 de agosto de 2021.
- 1.6. El **9 de agosto de 2021**, se realizó la Audiencia Única con la asistencia de los representantes de ambas partes.
- 1.7. El **16 de agosto de 2021**, CÁLIDDA presentó sus alegatos finales.
- 1.8. El **20 de agosto de 2021**, mediante Resolución N° 03-2021-OS/CC-136, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc tiene por presentados los alegatos finales de CÁLIDDA.
- 1.9. El **15 de septiembre de 2021**, mediante Resolución N° 04-2021-OS/CC-136, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc declaró fundada la reclamación de MINERA LUREN.
- 1.10. El **7 de octubre de 2021**, CÁLIDDA interpone recurso de apelación contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 04-2021-OS/CC-136.
- 1.11. El **12 de octubre de 2021**, mediante Resolución N° 05-2021-OS/CC-136, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc concedió el recurso de apelación presentado por CÁLIDDA.
- 1.12. El **26 de octubre de 2021**, mediante Memorando N° SA.CC/TSC-22-2021, se remite el expediente al Tribunal de Solución de Controversias
- 1.13. El **8 de noviembre de 2021**, mediante Resolución N° 01-2021-OS/TSC-136, el Tribunal de Solución de Controversias admitió a trámite el recurso de apelación de CÁLIDDA, otorgando un plazo de quince (15) días hábiles a MINERA LUREN para su absolución.
- 1.14. El **25 de noviembre de 2021**, MINERA LUREN absolvió el traslado del recurso de apelación de CÁLIDDA.

¹ Mediante dicha resolución se designó como miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc a los señores Sergio León Martínez, quien lo presidió, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos y María Arellano Arellano.

- 1.15. El **14 de diciembre de 2021**, mediante Resolución N° 02-2021-OS/TSC-136, el Tribunal de Solución de Controversias dispuso tener por presentada la absolución del traslado del recurso de apelación de CÁLIDDA.
- 1.16. El **6 de marzo de 2024**, mediante Resolución N° 03-2024-OS/TSC-136², el Tribunal de Solución de Controversias citó a las partes a la vista de la causa a realizarse el 3 de abril de 2024, a las 16:00 horas.
- 1.17. El **3 de abril de 2024**, se realizó la vista de la causa, con la presencia de los representantes de MINERA LUREN y CÁLIDDA.
- 1.18. El **30 de abril de 2024**, CÁLIDDA presentó un escrito de desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 04-2021-OS/CC-136. Asimismo, solicito se declare el fin del procedimiento.

Al haberse verificado el cumplimiento de todas las etapas previstas para el procedimiento de solución de controversias³, la controversia se encuentra expedita para ser resuelta por este Tribunal.

II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. –

2.1. De CÁLIDDA. -

De acuerdo a lo señalado en su recurso de apelación presentado el 7 de octubre de 2021, y en la vista de la causa realizada el 3 de abril de 2024; CÁLIDDA solicita se conceda el recurso de apelación con efectos suspensivos, se declare fundado dicho recurso y, en consecuencia, se declare la nulidad de la resolución impugnada, por los siguientes argumentos:

2.1.1. Sobre el análisis efectuado del Cuerpo Colegiado en relación a su competencia. -

Señala que la presente controversia versa sobre la interpretación de cómo debe llevarse a cabo la evaluación del promedio móvil para la recategorización de MINERA LUREN, de conformidad con lo regulado en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio que⁴, en el texto vigente durante los meses objeto de la reclamación, establece que

² Cabe precisar que, desde el 23 de enero de 2022, ante la falta de designación de sus miembros, el TSC dejó de contar con el quorum mínimo necesario para sesionar (3 miembros), por lo que el presente procedimiento no podía ser tramitado. Recién a partir del 1 de diciembre de 2023, con la publicación el 16 de noviembre de 2023 de la Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 200-2023-OS/CD, por la que designó a los señores Antonio Angulo Zambrano, Martha Carolina Linares Barrantes y Humberto Eduardo Zolezzi Chacón como miembros del TSC, se alcanzó el quorum para poder continuar con la tramitación de éste procedimiento, pues anteriormente se había designado a los señores Ray Meloni García y Carlos Giesecke Sara Lafosse como miembros del TSC de Osinergmin.

³ Texto Único Ordenado del Procedimiento para la Solución de Controversias de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 223-2013-OS/CD.

⁴ Norma de Condiciones Generales del Servicio de Gas natural y de la Aplicación de las Tarifas al Usuario Final, aprobadas por Resolución N° 054-2016-OS/CD. -

“Artículo 8. Recategorización de Consumidores de las Categorías Tarifarias Generales o Volumétricas. -

La recategorización de los consumidores de las categorías tarifarias generales o volumétricas procede en tres situaciones:

- a) A solicitud del cliente: el cliente debe pagar el excedente del Derecho de Conexión cuando acceda a una categoría de mayor consumo promedio. Dicha solicitud debe estar acompañada del sustento del incremento de demanda respectivo.
- b) Mediante evaluación del Concesionario de los consumos históricos. Se evaluará la categoría tarifaria por volumen asignada tomando en cuenta el promedio móvil del consumo de los últimos seis (06) meses entre los que se incluirá el mes que se factura.

procede la recategorización de los consumidores por evaluación del concesionario de los consumos históricos, tomando en cuenta el promedio móvil del consumo de los últimos seis (6) meses entre los que se incluirá el mes que se factura.

Afirma que, contrariamente a lo afirmado en la resolución impugnada⁵, si bien la citada norma se refiere a un promedio móvil de los últimos seis (6) meses para efectuar la recategorización, no indica, ni fluye de la norma, que el promedio debe efectuarse considerando los consumos entre seis (6); pues únicamente se establece la obligación de efectuar un promedio móvil de los últimos seis (6) meses de consumo. Añade que el “entre seis” corresponde a un criterio diferente de lo que se establece expresamente en las Normas de Condiciones del Servicio, que deviene en la nulidad de la resolución impugnada.

Sostiene que el Cuerpo Colegiado se equivoca al analizar de forma aislada lo regulado en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio, sin considerar lo que contempla el Texto Único del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM (en adelante, el TUO del Reglamento de Distribución); la cual es una norma de mayor jerarquía y que contiene las disposiciones aprobadas por el Ministerio de Energía y Minas para todos los aspectos del servicio público de distribución de gas natural. De esta forma, el Cuerpo Colegiado estaría excediendo sus competencias, pues no puede crear un criterio o metodología diferente a lo que establece la Norma de Condiciones del Servicio, conforme se ha señalado en la resolución impugnada⁶.

Señala que analizando lo regulado en el TUO del Reglamento de Distribución, se concluye que el promedio móvil al que refiere la Norma de Condiciones del Servicio, no puede ser considerado como una simple suma de los consumos del mes entre seis (6), puesto que el periodo de facturación (es decir, los meses de consumo para efectos de la facturación), puede diferir en distintos días para cada usuario, lo cual podría devenir en que se consideren periodos de facturación distintos en perjuicio, en su mayoría de veces.

En este caso el Concesionario podrá cobrar por la diferencia del Derecho de Conexión inicialmente asignado en el Contrato de Suministro y el nuevo Derecho de Conexión determinado. El pago por la diferencia respectiva solo será cuando el nuevo Derecho de Conexión supere en más del 15% respecto al Derecho de Conexión asignado.

c) Acorde con la vigencia del Contrato de Suministro.”

⁵ **Resolución N° 004-2021-OS/CC-136 (pág. 10).**-

“En este contexto, debe señalarse que de acuerdo con el literal b) del citado artículo 8, el concesionario debe calcular “el promedio móvil del consumo de los últimos seis (6) meses, incluyendo el mes que se factura”. Esta norma hace expresa referencia al consumo de los “últimos 6 meses”, así como “al mes que se factura”. Para este Colegiado resulta claro y fluye del texto expreso de esta norma que el promedio móvil debe realizarse dividiendo el consumo de los últimos seis meses entre seis.”

⁶ **Resolución N° 004-2021-OS/CC-136 (pág. 10).** -

“Ahora bien, este Cuerpo Colegiado debe precisar que su competencia se circunscribe a resolver la controversia entre MINERA LUREN y CÁLIDDA, en materias vinculadas a la normativa, supervisión y regulación del subsector hidrocarburos, a la luz del marco legal vigente, no pudiendo crear mediante la presente resolución, criterios o metodologías diferentes a las expresamente establecidas por el Consejo Directivo de Osinergmin en las Condiciones Generales del Servicio. La Resolución de Consejo Directivo N° 054-2016-OS/CD que aprueba las Condiciones Generales del Servicio es una disposición normativa válidamente emitida por la autoridad competente y plenamente eficaz, por lo que en modo alguno puede ser modificada por este Colegiado. En este mismo sentido, cualquier alteración de las condiciones, criterios y metodologías previstos en dicha norma para determinar el promedio móvil de los consumos del cliente del servicio de distribución de gas natural, constituiría la asunción de competencias que no le corresponde a este Cuerpo Colegiado, y como consecuencia de ello, acarrearía la nulidad del presente acto administrativo.”

Al respecto, señala que para casi la totalidad de usuarios la toma de lectura es manual y presencial, por lo cual un personal “lecturista” debe apersonarse a cada usuario para verificar el volumen de consumo en el periodo de facturación (o mes de facturación). En este sentido, considerando los más de un millón de usuarios conectados al sistema de distribución sólo en Lima y Callao, no resulta viable técnica ni económicamente que se realice dicha toma de lectura en un mismo día a la totalidad de clientes. Por ello, en el artículo 66 del TUO del Reglamento de Distribución⁷ se establece que el periodo de facturación de sus clientes puede variar entre 28 y 33 días; es decir, el consumo de todos los usuarios de un determinado mes no necesariamente corresponde a un consumo efectivo desde el primer día del mes al último, lo que dependerá del periodo de facturación empleado en cada caso. En dicha línea, señala que la información que mantiene CÁLIDDA de los consumos de los usuarios residenciales o comerciales, consideran dichos periodos de facturación; es decir, pueden haber “meses” de facturación de 28, 29, 30 y hasta 33 días.

Adicionalmente, precisa que si bien el sistema de medición de MINERA LUREN cuenta con una unidad correctora de la cual se puede extraer el consumo detallado de gas natural por cada día; CÁLIDDA debe aplicar las reglas propias del servicio bajo el mismo estándar y criterios a la totalidad de usuarios, con mayor razón, si se trata de la facturación del servicio.

Por lo expuesto, afirma que el promedio móvil entre seis (6), sin considerar los días transcurridos en el periodo bajo análisis en dicho promedio móvil, constituye el método menos representativo para la evaluación que debe efectuar el concesionario, el cual en muchos casos podría resultar perjudicial para el usuario. Por ello, considerar el número de días acumulados en el periodo comprendido en el promedio móvil, es la única interpretación que puede corresponder con lo establecido en el TUO del Reglamento de Distribución.

En tal sentido, solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada, al haber considerado un criterio que difiere de lo regulado en la Norma de Condiciones del Servicio y el TUO del Reglamento de Distribución, contraviniendo el principio de legalidad.

2.1.2 Sobre el incumplimiento del deber de una debida motivación. -

Señala que de conformidad con los artículos 3⁸ y 6⁹ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la LPAG), uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es la debida motivación.

⁷ TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos. -

“Artículo 66.- La facturación de los Consumidores deben expresar los siguientes componentes:

(...)

La facturación por consumo de Gas Natural se realiza mensualmente, de acuerdo a la lectura realizada en los equipos de medición. El período de facturación no debe ser inferior a veintiocho (28) días calendario, ni exceder los treinta y tres (33) días calendario. Excepcionalmente para la primera facturación de un nuevo Suministro, puede aplicarse un periodo de facturación no mayor a cuarenta y cinco (45) días calendario, contados desde la fecha de habilitación del servicio.

(...)”

⁸ TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. -

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.”

⁹ TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. -

Sostiene que, para cumplir con el deber de una correcta motivación de los actos administrativos, éste debe contener un análisis de los hechos vertidos en el procedimiento, con mayor razón en un procedimiento trilateral. No obstante, en la resolución impugnada, el Cuerpo Colegiado omitió analizar los ejemplos de casos en los que la interpretación de MINERA LUREN, que fue recogida por el Cuerpo Colegiado, podría perjudicar a los usuarios. Por ello, con la finalidad de que el Tribunal pueda evaluarlos, proceder a reiterar dichos casos, los que se aprecian en los siguientes cuadros:

Ejemplo 1:

Ejemplo Caso 1						
Mes Facturado	Jun-20	Jul-20	Ago-20	Set-20	Oct-20	Nov-20
Días Facturados	15	28	33	28	29	30
Consumo Facturado	15	29	32	29	29	31

Metodologías Aplicadas	Suma de Volumen en 6 últimos meses incluido el facturado	# Meses / # Días	Consumo Diario	Consumo Mensual	Categoría a Asignar	Comentario
Metodología propuesta por Minera Luren	165	6	-	27.5	A1	Se perjudica al cliente asignándole una categoría más baja a la que realmente le corresponde, porque el primer mes facturado que solo tiene 15 días se le asume como mes completo y se divide entre 6.
Metodología aplicada siempre por Cálida	165	163	1.0	30.4	A2	No se perjudica al cliente y se le reconoce su tarifa de acuerdo a su consumo exacto según su periodo facturado. Método exacto que calcula el promedio diario del cliente en el periodo que se le ha facturado de manera precisa y luego con dicho promedio se calcula el promedio mes con base en un periodo de 30 días (media entre 28 y 33).

Ejemplo 2:

Ejemplo Caso 2						
Mes Facturado	Ene-21	Feb-21	Mar-21	Abr-21	May-21	Jun-21
Días Facturados	28	30	28	28	30	33
Consumo Facturado	275,000	305,000	295,000	280,000	310,000	325,000

Metodologías Aplicadas	Suma de Volumen en 6 últimos meses incluido el facturado	# Meses / # Días	Consumo Diario	Consumo Mensual	Categoría a Asignar	Comentario
Metodología propuesta por Minera Luren	1,790,000	6	-	298,333	C	Se perjudica al cliente asignándole la categoría C que es más baja a la que realmente le corresponde, porque al tener periodos facturados de 28 días su consumo es menor al calcular el promedio entre 6 meses, por eso si calculamos exactamente el promedio día, y se convierte a consumo mes multiplicando por 30 días, se tiene que la categoría asignada es D.
Metodología aplicada siempre por Cálida	1,790,000	177	10,113	303,390	D	No se perjudica al cliente y se le reconoce su tarifa de acuerdo a su consumo exacto según su periodo facturado. Método exacto que calcula el promedio diario del cliente en el periodo que se le ha facturado de manera precisa y luego con dicho promedio se calcula el promedio mes con base en un periodo de 30 días (media entre 28 y 33).

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...).”.

Ejemplo 3:

Ejemplo Caso 3						
Mes Facturado	Ene-21	Feb-21	Mar-21	Abr-21	May-21	Jun-21
Días Facturados	15	28	31	30	31	30
Consumo Facturado	150,000	295,000	305,000	295,000	295,000	310,000

Metodologías Aplicadas	Suma de Volumen en 6 últimos meses incluido el facturado	# Meses / # Días	Consumo Diario	Consumo Mensual	Categoría a Asignar	Comentario
Metodología propuesta por Minera Luren	1,650,000	6	-	275,000	C	Se perjudica al cliente asignándole una categoría más baja a la que realmente le corresponde, porque el primer mes facturado que solo tiene 15 días se le asume como mes completo y se divide entre 6.
Metodología aplicada siempre por Cálidda	1,650,000	165	10,000	300,000	D	No se perjudica al cliente y se le reconoce su tarifa de acuerdo a su consumo exacto según su periodo facturado. Método exacto que calcula el promedio diario del cliente en el periodo que se le ha facturado de manera precisa y luego con dicho promedio se calcula el promedio mes con base en un periodo de 30 días (media entre 28 y 33).

De acuerdo a lo señalado, afirma que la omisión del Cuerpo Colegiado de evaluar los citados casos, corresponde a un vicio que deviene en la nulidad de la resolución impugnada.

2.1. De MINERA LUREN. -

De acuerdo a lo señalado en su escrito de absolución del recurso de apelación presentado el 25 de noviembre de 2021, y en la vista de la causa realizada el 3 de abril de 2024; MINERA LUREN solicita se declare infundado el recurso de apelación de CÁLIDDA y, en consecuencia, se confirme la resolución impugnada en todos sus extremos, por los siguientes argumentos:

2.2.1. Sobre la cuestión en discusión en la presente controversia. -

Precisa que MINERA LUREN no cuestiona la aplicación del literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio durante los meses de mayo y agosto de 2020, sino la forma de cálculo del promedio móvil. Tampoco cuestiona la facturación ni las categorías tarifarias.

Añade que en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio, antes y después de su modificación, hace expresa referencia al consumo de los últimos seis (6) meses, incluido el mes que se factura. Ni en su versión original¹⁰, ni luego de su modificación¹¹, dicha disposición establece que el concesionario puede realizar la conversión en función de los días calendario, como pretende CÁLIDDA.

¹⁰ Norma de Condiciones del Servicio, aprobadas por Resolución N° 054-2016-OS/CD. -

“Artículo 8. Recategorización de Consumidores de las Categorías Tarifarias Generales o Volumétricas. -

La recategorización de los consumidores de las categorías tarifarias generales o volumétricas procede en tres situaciones:

(...)

b) Mediante evaluación del Concesionario de los consumos históricos. Se evaluará la categoría tarifaria por volumen asignada tomando en cuenta el promedio móvil del consumo de los últimos seis (06) meses entre los que se incluirá el mes que se factura. En este caso el Concesionario podrá cobrar por la diferencia del Derecho de Conexión inicialmente asignado en el Contrato de Suministro y el nuevo Derecho de Conexión determinado. El pago por la diferencia respectiva solo será cuando el nuevo Derecho de Conexión supere en más del 15% respecto al Derecho de Conexión asignado.”

¹¹ Norma de Condiciones del Servicio, modificada por Resolución N° 193-2020-OS/CD. -

“Artículo 8. Recategorización de Consumidores de las Categorías Tarifarias Generales o Volumétricas. -

La recategorización de los consumidores de las categorías tarifarias generales o volumétricas procede en tres situaciones:

Por lo señalado, afirma que, en la resolución impugnada, el Cuerpo Colegiado no ha creado una metodología diferente a la establecida, pues solo ha aplicado lo que la norma establece; es decir, la suma de los últimos seis (6) meses de consumos dividido entre seis (6).

2.2.2. CÁLIDDA confunde el período de facturación con el cálculo del promedio móvil. –

Señala que el artículo 66 del TUO del Reglamento de Distribución, invocado por CÁLIDDA, hace referencia a la facturación, más no al cálculo del promedio móvil para determinar la recategorización. Es decir, regula un supuesto distinto al previsto en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio.

Añade que de acuerdo con el citado artículo 66, la factura que emite CÁLIDDA debe contener el consumo de un periodo no menor de 28 días, ni mayor de 33 días calendario, hecho que MINERA LUREN no cuestiona. Inclusive, señala que las facturas por consumo emitidas por CÁLIDDA detallan en su reverso el “reporte mensual de consumo por cliente”, de la cuales fluye que las facturas emitidas por CÁLIDDA han cumplido con la mencionada norma, pues la lectura de los consumos mensuales no es menor a 28 días ni mayor a 33 días calendario, conforme se describe a continuación:

Periodo de lectura de consumo	N° días facturados
Del 1 al 30-11-2020	30
Del 1 al 31-10-2020	31
Del 1 al 30-09-2020	30
Del 1 al 31-8-2020	31
Del 1 al 31-7-2020	31
Del 1 al 30-6-2020	30
Del 1 al 31-5-2020	31

Fuente: Escrito de Cálidda del 25.11.2021 (pág. 2)

Por su parte, señala que se pueda utilizar la metodología de facturación o el procedimiento de facturación con sus costos respectivos, primero se debe hallar el promedio móvil para determinar la categoría que corresponda de acuerdo a los consumos consecutivos de los últimos seis (6) meses incluido el mes que se factura; lo cual CÁLIDDA no ha cumplido.

Afirma que ninguna disposición emitida por Osinergmin, ni el contrato de suministro, indican que la fórmula para el cálculo del promedio móvil para que proceda la recategorización por evaluación del concesionario debe ser: seis (6) últimos meses / cantidad días x30 días; tal como lo calcula CÁLIDDA.

(...)

“b) Mediante evaluación del Concesionario de los consumos históricos. Se evaluará la categoría por volumen asignada tomando en cuenta el promedio móvil del consumo de los últimos 6 meses entre los que se incluirá el mes que se factura. En este caso el Concesionario podrá cobrar por la diferencia del Derecho de Conexión inicialmente asignado en el Contrato de Suministro y el nuevo Derecho de Conexión determinado. El pago por la diferencia respectiva solo será cuando el nuevo Derecho de Conexión supere en más del 15% respecto al Derecho de Conexión asignado. La mencionada evaluación no considerará los meses en los cuales los volúmenes consumidos se hayan visto afectados por situaciones de Estado de Emergencia o Emergencia Sanitaria. (...)”

Asimismo, presenta el siguiente cuadro para acreditar que la metodología aplicada para el cálculo del promedio móvil por CÁLIDDA perjudica a MINERA LUREN, pues en los períodos diciembre 2019 a mayo 2020 y marzo a agosto 2020, le asigna la categoría tarifaria D, en lugar de la categoría tarifaria E, conforme se aprecia en los siguientes cuadros:

MES	Días	m3 consumo mes	promedio móvil Minera Luren	Categoría	Promedio móvil Calidda	Categoría
Ene-20	31	1,432,494.61				
Feb-20	29	1,230,703.42				
Mar-20	31	678,280.55				
Abr-20	30	520,616.14				
May-20	31	725,658.94				
Jun-20	30	715,183.02				
	182	5,302,936.68	883,822.78	D	874,110.44	D

Dic-19	31	888,276.25				
Ene-20	31	1,432,494.61				
Feb-20	29	1,230,703.42				
Mar-20	31	678,280.55				
Abr-20	30	520,616.14				
May-20	31	725,658.94				
	183	5,476,029.91	912,671.65	E	897,709.82	D

Mar-20	31	678,280.55				
Abr-20	30	520,616.14				
May-20	31	725,658.94				
Jun-20	30	715,183.02				
Jul-20	31	1,213,488.16				
Ago-20	31	1,656,261.79				
	184	5,509,488.60	918,248.10	E	898,286.18	D

Fuente: Escrito de Calidda del 25.11.2021 (pág. 4)

Por ello, considera que está probado que CÁLIDDA incumple la aplicación de la Norma de Condiciones del Servicio, al crear una metodología no contemplada en la legislación; de forma tal, que pretende solucionar sus dificultades operativas aplicando una fórmula no contemplada en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio.

2.2.3. Respecto de la aplicación del principio de predictibilidad. –

Señala que el principio de predictibilidad, regulado en el numeral 1.15 del artículo IV del título preliminar del TUO de la LPAG¹², tiene como finalidad permitir al administrado poder

¹² TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. –

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(..)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. -

determinar previamente el posible resultado de un procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos adecuados para tutelar sus intereses.

Asimismo, afirma que el 13 de mayo de 2016, en atención a una observación a la facturación correspondiente al mes de abril de 2016, CALIDDA les remitió un correo electrónico en que les informó sobre el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio, y como procedían con el cálculo del promedio móvil en función del consumo de los últimos seis (6) meses, incluido el mes que se factura. Añade que en base a ese correo han venido realizando el control del promedio móvil de sus consumos.

Sin embargo, desconociendo el principio de predictibilidad o de confianza legítima, mediante correo electrónico del 15 de marzo de 2021, y luego del reclamo sobre la recategorización que generó este proceso, CALIDDA les informó que había cambiado de metodología de cálculo del promedio móvil por existir una dificultad operativa, por lo que estaban procediendo a considerar un estándar de treinta (30) días para efectos del promedio móvil, el cual representa una media ente el mínimo y máximo de días que puede durar un periodo de facturación.

Por lo tanto, considera que CÁLIDDA está incumpliendo el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio, al crear una metodología y un nuevo criterio para la recategorización en base a un supuesto no previsto en la norma.

2.2.4. Respecto del supuesto incumplimiento al deber de motivación. -

Señala que no es cierto que se ha incumplido el deber de motivación, pues contrariamente a lo afirmado por CALIDDA; la resolución apelada se encuentra debidamente motivada.

III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL. -

3.1. **Sobre las normas que rigen la competencia de los órganos de solución de controversias de Osinergmin.** –

De conformidad con el literal e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332¹³, la

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...)”.

¹³ **Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada de los Servicios Públicos.** –

“Artículo 3.- Funciones. –

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados;

(...)”

función de solución de controversias es definida como la facultad de los organismos reguladores de conciliar y resolver intereses contrapuestos entre empresas bajo su ámbito de competencia.

Asimismo, el artículo 44° del Reglamento General de Osinergmin¹⁴, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, dispone que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de Osinergmin, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre éstas y los usuarios libres y entre éstos.

Por su parte, en el literal d) del artículo 46° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM¹⁵, se establece que Osinergmin es competente para conocer en la vía administrativa, entre otros supuestos, las controversias entre distribuidores de gas natural con los consumidores independientes que emplean sus servicios de distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

A su vez, el artículo 3° del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM¹⁶, establece que la función de solución de controversias comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre agentes bajo su ámbito de competencia, y entre éstas y los consumidores independientes, o de resolver por la vía administrativa los conflictos suscitados entre los mismos

De acuerdo con la normatividad antes señalada, este Tribunal es competente y está facultado para conocer y resolver controversias entre consumidores independientes y

¹⁴ **Reglamento General de Osinergmin. –**

“Artículo 44.- Función de Solución de Controversias

La función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de OSINERG, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las ENTIDADES, entre éstas y los USUARIOS LIBRES y entre éstos.

(...)”

¹⁵ **Reglamento General de Osinergmin. -**

Artículo 46°.- Controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES

Osinergmin es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES:

(...)

d) Controversias entre Transportistas de hidrocarburos y/o Distribuidores de gas natural con los Distribuidores, Comercializadores y USUARIOS LIBRES que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

(...)”

¹⁶ **Reglamento de Organización de Funciones de OSINERGMIN. –**

“Artículo 3.- Funciones generales

Osinergmin tiene las siguientes funciones, las cuales se ejercen dentro del marco de competencia establecido por las normas legales vigentes:

(...)

e) Función de solución de controversias: Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre agentes bajo su ámbito de competencia, y entre éstas y los usuarios libres de electricidad o consumidores independientes de gas natural; o de resolver en la vía administrativa los conflictos suscitados entre los mismos.

(...)”.

distribuidores de gas natural por red de ductos, siempre que existan intereses contrapuestos y que sean materias relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.

3.2. Sobre la competencia de los órganos de solución de controversias para conocer la presente controversia. –

En su reclamación, MINERA LUREN solicitó se declare fundado su reclamo sobre la recategorización efectuada por CÁLIDDA en los meses de mayo y agosto de 2020, sobre el suministro N° 286214 ubicado en la Carretera Panamericana Sur Km. 23.5, distrito de Villa El Salvador, de conformidad con el literal b) del artículo 8° de la Norma de Condiciones del Servicio. Al respecto, la recategorización dispuesta por CÁLIDDA determinó que en los meses de mayo y agosto de 2020 se asigne a MINERA LUREN la categoría tarifaria D, en lugar de la categoría E y, en consecuencia, pagó un importe mayor por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos.

De esta manera, la controversia involucra a un consumidor independientes (MINERA LUREN) y a un distribuidor de gas natural por red de ductos (como CÁLIDDA), que tienen intereses contrapuestos (la recategorización dispuesta por CÁLIDDA determinó que en mayo y agosto de 2020 MINERA LUREN pague un importe mayor por el servicio de distribución), sobre una materia relacionada con un aspecto normativo sujeto a supervisión y/o fiscalización por parte de Osinergmin (forma de calcular del promedio móvil de los consumos, para aplicar el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio).

Adicionalmente, debe tenerse presente que el artículo 41 de la Norma de Condiciones del Servicio¹⁷ establece que los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para atender en primera y segunda instancia, respectivamente, las controversias derivadas del presente procedimiento, así como para conciliar intereses contrapuestos sobre las materias que son de competencia exclusiva de Osinergmin.

Por lo señalado, los órganos de solución de controversias de Osinergmin son las instancias competentes para conocer la reclamación presentada por MINERA LUREN contra CÁLIDDA.

3.3. Respecto del desistimiento del recurso de apelación presentado por CÁLIDDA. -

Por su parte, mediante escrito presentado el 30 de abril de 2024, CÁLIDDA ha presentado un escrito de desistimiento respecto de su recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 04-2021-OS/CC-136, que resolvió la controversia en primera instancia administrativa.

¹⁷ Norma de las Condiciones Generales del Servicio de Distribución de Gas Natural, aprobada por RCD 054-2016-OS/CD. -

“Artículo 41.- Procedimiento de Solución de Controversias para Consumidores Independientes. -

Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para atender en primera y segunda instancia, respectivamente, las controversias derivadas del presente procedimiento, así como para conciliar intereses contrapuestos sobre las materias que son de competencia exclusiva de Osinergmin. (...)”

Al respecto, debe señalarse que de acuerdo con el numeral 201.2 del artículo 201° del T.U.O. de la LPAG¹⁸, el desistimiento de un recurso administrativo puede realizarse antes de que se notifique la resolución final en la instancia, determinando que la resolución impugnada quede firme, salvo que otros administrativos se hayan adherido al recurso, en cuyo caso sólo producirá efecto para quien lo formuló.

Sobre las formalidades que debe cumplir el desistimiento, en el numeral 126.2 del artículo 126° del T.U.O. de la LPAG¹⁹ se señala que se requiere poder especial indicando expresamente el o los actos para los cuales fue conferido, el cual es formalizado a elección del administrado, mediante documento privado con firmas legalizadas ante notario.

De acuerdo al señalado marco normativo, se verifica que CÁLIDDA ha presentado su escrito de desistimiento del recurso de apelación, antes de que se emita la resolución final que agote la vía administrativa; que no hay terceros que se hayan adherido al recurso de apelación; y que el escrito de desistimiento cumple con las formalidades establecidas en el art 126 del TUO de la LPAG, conforme se aprecia del poder especial obrante en el asiento C00048 de la partida electrónica N° 11352499 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, el cual comprende la facultad de desistirse.

Estando a lo señalado, este Tribunal considera que corresponde aceptar el desistimiento del recurso de apelación de CÁLIDDA y, en consecuencia, declarar firme la Resolución N° 04-2021-OS/CC-136, que resolvió la controversia en primera instancia administrativa.

3.4. Respetto de la forma en que CÁLIDDA señala realizar el cálculo del promedio móvil. -

Sin perjuicio de lo antes señalado, y sin que ello implique expresar su postura sobre el fondo de la discrepancia que las partes manifestaron tener en el presente procedimiento, este Tribunal debe destacar que en la presente controversia las partes afirmaron tener una distinta interpretación respecto de la aplicación del literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio, norma que faculta al concesionario de distribución de gas natural a recategorizar a sus clientes mediante evaluación de sus consumos históricos, para lo cual debe calcular el promedio móvil del consumo de los últimos seis (6) meses, entre los que se incluirá el mes que se factura.

¹⁸ TUO de la LPAG. -

Artículo 201.- Desistimiento de actos y recursos administrativos

201.1 El desistimiento de algún acto realizado en el procedimiento puede realizarse antes de que haya producido efectos.

201.2 Puede desistirse de un recurso administrativo antes de que se notifique la resolución final en la instancia, determinando que la resolución impugnada quede firme, salvo que otros administrados se hayan adherido al recurso, en cuyo caso sólo tendrá efecto para quien lo formuló.

¹⁹ TUO de la LPAG. -

Artículo 126.- Representación del administrado

126.1 Para la tramitación de los procedimientos, es suficiente carta poder simple con firma del administrado, salvo que leyes especiales requieran una formalidad adicional.

126.2 Para el desistimiento de la pretensión o del procedimiento, acogerse a las formas de terminación convencional del procedimiento o, para el cobro de dinero, es requerido poder especial indicando expresamente el o los actos para los cuales fue conferido. El poder especial es formalizado a elección del administrado, mediante documento privado con firmas legalizadas ante notario o funcionario público autorizado para el efecto, así como mediante declaración en comparecencia personal del administrado y representante ante la autoridad.

(...)"

A pesar que el texto de esta norma para el cálculo del promedio móvil que puede dar lugar a la recategorización de los clientes, se deben considerar los últimos seis (6) meses, incluyendo el mes que se factura; CÁLIDDA ha señalado que dicha norma debe ser aplicada de forma concordada con el artículo 66 del TUO del Reglamento de Distribución, el cual, entre otros aspectos, establece que la facturación por consumo de gas natural se hará mensualmente, de acuerdo a la lectura realizada en los equipos de medición, en períodos de facturación que no podrán ser inferiores a veintiocho (28) días calendario, ni exceder los treinta y tres (33) días calendario.

A mayor detalle, CÁLIDDA ha realizado la siguiente afirmación, de la cual puede inferirse que se encontraría realizando la recategorización de otros clientes, regulados o libres, en función a un promedio móvil de consumos calculado por días acumulados, y no en base a los consumos de los últimos seis (6) meses:

“En dicho sentido, su Despacho podrá concluir que considerar el promedio móvil entre 6, sin considerar los días transcurridos en el periodo bajo análisis en dicho promedio móvil, constituye el método menos representativo para la evaluación que debe efectuar el Concesionario, el cual en muchos casos puede resultar perjudicial para el usuario. Ahora bien, es claro que el método de facturación varía en tanto se trate de una industria (como el Usuario) o un cliente residencial o comercial. De hecho, el sistema de medición del Usuario cuenta con una unidad correctora de la cual se puede extraer el consumo detallado de gas natural por cada día. Sin embargo, Cálidda debe aplicar las reglas propias del servicio bajo el mismo estándar y criterios a la totalidad de usuarios, sobre todo si se trata de un aspecto tan relevante como la facturación del servicio. Inclusive, Cálidda está obligado a cumplir con las Leyes Aplicables de forma general conforme a lo regulado en el Contrato de Concesión.”²⁰

Este Tribunal considera que la postura expresada por CÁLIDDA amerita que las áreas de Osinergmin encargadas de los procesos de supervisión de los agentes que operan en el sub sector de gas natural, realicen las acciones correspondientes para verificar si el procedimiento seguido por CÁLIDDA para la recategorización de la categoría tarifaria asignada a sus clientes, se ha realizado según lo previsto en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio.

Al respecto, se debe tener presente el deber del Estado de defender el interés de los consumidores y usuarios, previsto en el artículo 65° de la Constitución Política del Estado, así como que entre los objetivos específicos de Osinergmin regulados en el artículo 19 del Reglamento General de Osinergmin²¹, se encuentra el de velar por que los usuarios tengan

²⁰ Escrito de CÁLIDDA del 7 de octubre de 2021 (pág. 4).

²¹ **Reglamento General de Osinergmin. -**
Artículo 19.- Objetivos de Osinergmin. -

Dentro del marco del objetivo general, son objetivos específicos de Osinergmin:

c. Velar por que los usuarios tengan acceso a los servicios de electricidad y, transporte y distribución de gas natural, en las mejores condiciones de calidad y oportunidad, cuidando que las tarifas de los usuarios de servicio público, sean fijadas de acuerdo a los criterios

acceso al servicio de distribución de gas natural, en las mejores condiciones de calidad y oportunidad, cuidando que las tarifas de los usuarios regulados sean fijadas de acuerdo a los criterios establecidos en la normatividad sobre la materia.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin²², corresponde a la División de Supervisión de Regional conducir la supervisión del cumplimiento de la normativa sectorial por parte de los agentes que operan las actividades de distribución y comercialización de gas natural.

Estando a lo señalado, este Tribunal considera que corresponde poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión de Energía de Osinergmin los principales actuados del presente expediente, para que, de acuerdo con sus atribuciones, solicite a la División de Supervisión Regional realizar las acciones de supervisión que correspondan para verificar si el procedimiento seguido por CÁLIDDA para la recategorización por variación de los consumos de sus clientes, cumple con lo previsto en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; el Texto Único Ordenado del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 223-2013-OS/CD, y el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. – Aceptar el desistimiento del recurso administrativo de apelación presentado por Gas Natural de Lima y Callao S.A. contra la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 04-2021-OS/CC-136 del 15 de septiembre de 2021, que resolvió en primera instancia administrativa el procedimiento de solución de controversias iniciado por Compañía Minera Luren S.A. contra Gas Natural de Lima y Callao S.A.; por las razones expuestas en el numeral 3.3 de la presente resolución.

Artículo 2°. – Declarar que la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 04-2021-OS/CC-136 del 15 de septiembre de 2021, queda firme en todos sus extremos y, en consecuencia, téngase por concluido el presente procedimiento administrativo.

Artículo 3°. – Poner en conocimiento de Minera Luren S.A. el escrito presentado el 30 de abril de 2024 por Gas Natural de Lima y Callao S.A.

Artículo 4°. - Poner la presente resolución en conocimiento de la Gerencia de Supervisión de Energía, para que, en ejercicio de sus atribuciones, solicite a la División de Supervisión Regional

establecidos en la normatividad sobre la materia.”

²² Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin. -

“Artículo 42.- Funciones de la División de Supervisión Regional. -

Son funciones de la División de Supervisión Regional las siguientes:

a) Conducir la supervisión del cumplimiento de la normativa sectorial por parte de los agentes que operan las actividades de distribución y comercialización de electricidad, hidrocarburos líquidos y gas natural en las etapas pre-operativa, operativa y de abandono. (...)”

realice las acciones de supervisión que correspondan para verificar si el procedimiento seguido por CÁLIDDA para la recategorización por variación de los consumos de sus clientes, cumple con lo previsto en el literal b) del artículo 8 de la Norma de Condiciones del Servicio; por las razones expuestas en el numeral 3.4 de la presente resolución.

Artículo 5°. - Encargar a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias de Osinergmin, poner en conocimiento de las partes la presente resolución.

«hzolezzic»

«mlinares»

Presidente
Tribunal de Solución de Controversias

Vocal
Tribunal de Solución de Controversias

«rmeloni»

«aanguloz»

Vocal
Tribunal de Solución de Controversias

Vocal
Tribunal de Solución de Controversias

«cgiesecke»

Vocal
Tribunal de Solución de Controversias