

Informe N° 116-2016-GART**Informe Legal sobre la procedencia de publicar la resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la región Piura**

Para : **Miguel Juan Revolo Acevedo**
Gerente de la División de Gas Natural (e)

Fecha : 08 de febrero de 2016

Referencia : D.474-2015-GART

RESUMEN

De conformidad con los Artículos 18° y 22° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM (en adelante “Reglamento de Distribución”), se requiere que en el procedimiento de otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural a solicitud de parte, la propuesta tarifaria para la prestación del servicio de distribución deba ser evaluada por Osinergmin.

En tal sentido, la empresa Gases del Norte del Perú S.A.C. (en adelante “Gasnorp”) remitió su Propuesta Tarifaria para Trámite de Otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural en la Región Piura, dándose inicio al procedimiento de evaluación tarifaria, el cual se realiza de acuerdo con las etapas y plazos establecidos en el “Procedimiento para la Evaluación de la Propuesta Tarifaria de Otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural a Solicitud de Parte” que consta como Anexo C.4 de la Norma “Procedimientos para Fijación de Precios Regulados” aprobado con Resolución N° 080-2012-OS/CD (en adelante “Procedimiento”).

Luego de cumplidas las etapas comprendidas desde el ítem a) hasta el ítem c) del Procedimiento, con fecha 21 de enero de 2016, mediante Resolución Osinergmin N° 008-2016-OS/CD (en adelante “Resolución 008”), se publicó el proyecto de resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la Región Piura (en adelante “Proyecto de Resolución”). Dentro del plazo otorgado para la recepción de opiniones y sugerencias, se recibieron las comunicaciones de 06 interesados. El presente informe analiza los comentarios vinculados a temas de índole jurídico, siendo los aspectos más relevantes los siguientes:

- Transferencia de ductos existentes en la zona que suministran gas a la Refinería Talara y a la Central Térmica Malacas, y configuración de la tarifa considerando escenarios de demanda. Al respecto, debido a que la Empresa Eléctrica de Piura (EEPSA) cuenta actualmente con ductos que atienden a los consumidores mencionados, existe incertidumbre acerca de si dichos ductos serán transferidos al concesionario de distribución que se instale en la zona, o si dicha empresa continuará operando los mismos. Lo señalado implica incertidumbre respecto a la demanda a considerar para la evaluación tarifaria, y dado que Osinergmin no cuenta con facultades para disponer la transferencia de ductos ni para pronunciarse sobre las autorizaciones de los mismos, el Proyecto de Resolución ha considerado tarifas

para dos escenarios de demanda, uno que incluye a la Central Térmica y otro que no. Sin embargo, en relación a la Refinería Talara, el Proyecto de Resolución ha considerado en ambos escenarios la demanda de dicho consumidor, toda vez que si bien éste viene siendo abastecido actualmente por los ductos de EEPSA, no existen garantías o compromisos que obliguen a la Refinería a contratar su suministro exclusivamente con EEPSA, por tanto, al igual que cualquier otro Consumidor Independiente la Refinería podría contratar su suministro con otro productor y, de ser el caso, requerir los servicios del concesionario de distribución de la zona, el cual podrá adquirir los ductos de EEPSA o construir nueva infraestructura. En tal sentido, la Refinería constituye un potencial cliente del concesionario independientemente de la transferencia de ductos.

- Competitividad de la tarifa aplicable a la Refinería Talara y permanencia de dicho consumidor en un régimen de libre contratación. En relación a la competitividad se precisó que de acuerdo a las normas, ésta se evalúa comparando los costos que asumiría un consumidor usando gas natural con las tarifas aprobadas, versus los costos de utilizar un sustituto. Dicha evaluación debe arrojar ahorros para todas las categorías, los cuales se detallan en el Informe Técnico. En relación al régimen de libre contratación, se concluye que la Refinería, al ser un Consumidor Independiente de acuerdo al Reglamento de Distribución (por tener consumos mayores a 30 000m³/día), puede contratar libremente con el productor que considere conveniente el suministro de la molécula de gas que requiera, debiendo precisarse que el servicio de distribución que permita trasladar dicho gas a su predio sí se encuentra regulado y sujeto a fijación de tarifas por parte de éste Organismo, debiendo aplicarse por tanto las tarifas aprobadas por Osinermin en caso reciba los servicios del concesionario de distribución.
- Vulneración del Debido Procedimiento por haberse reiniciado el procedimiento de evaluación tarifaria y permitido la actualización de la propuesta tarifaria de Gasnorp. Al respecto el reinicio del procedimiento de evaluación tarifaria se originó en la necesidad de que la propuesta presentada inicialmente por la empresa, se adecúe al pronunciamiento posterior emitido por la DGH respecto al régimen legal de ductos existentes que venían operando en Piura. En tal sentido, Osinermin solicitó la actualización de la propuesta y con ello reinició el procedimiento de evaluación de la misma. Al respecto la actuación de Osinermin se amparó en los principios de Impulso de Oficio, Informalismo y Eficacia contenidos en la Ley 27444, en virtud de los cuales las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización de actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias, interpretando las normas de procedimiento en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales. Cabe resaltar que con el reinicio del procedimiento de evaluación no se ha vulnerado derechos de terceros.

Por lo expuesto, habiéndose cumplido los requisitos de transparencia previstos en el marco normativo vigente, y analizado los comentarios y sugerencias recibidos dentro del plazo otorgado, se considera procedente someter a evaluación y posterior aprobación por parte del Consejo Directivo de Osinermin la publicación de la resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la región Piura.

Informe N° 116-2016-GART**Informe Legal sobre la procedencia de publicar la resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la región Piura****1) Antecedentes**

- 1.1. Mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM, se aprobó el Reglamento de Distribución, cuyo Artículo 15° señala que el procedimiento para otorgar una concesión para la prestación del servicio de Distribución puede ser: i) Por licitación o concurso público, y; ii) Por solicitud de parte.
- 1.2. Conforme a los Artículos 18° y 22° del Reglamento de Distribución, constituye requisito para el otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural a solicitud de parte, que el interesado presente su propuesta tarifaria para la prestación del servicio de distribución, la cual debe ser evaluada por Osinermin.
- 1.3. Mediante Oficio N° 1129-2015-MEM/DGH, de fecha 18 de agosto de 2015, la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (en adelante "DGH") remitió a Osinermin la propuesta de Tarifas Iniciales presentada por la empresa Gases del Norte del Perú S.A.C. (en adelante "Gasnorp"). Posteriormente, a solicitud de Osinermin, mediante el Oficio N° 1619-2015-MEM/DGH, la DGH emitió su pronunciamiento respecto al Plan de Desarrollo Inicial o Programa Mínimo de Expansión presentado por la empresa así como la evaluación de la situación legal de ductos de gas natural existentes en Piura. Al respecto, teniendo en consideración que el referido pronunciamiento contenía criterios e información que no se correspondía con los supuestos considerados en la propuesta tarifaria inicialmente presentada por Gasnorp, se solicitó a dicha empresa la formulación de una propuesta actualizada que considere lo señalado por la DGH en su pronunciamiento, señalándose que con dicha propuesta se reiniciaría el procedimiento de evaluación tarifaria ante este Organismo.
- 1.4. De acuerdo a lo señalado, mediante comunicación S/N recibida el 15 de diciembre de 2015, según Registro GART N° 11313-2015, la empresa Gasnorp remitió su Propuesta Tarifaria actualizada para Trámite de Otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural en la Región Piura, a efectos de que la misma sea evaluada por Osinermin. En dicha comunicación Gasnorp indicó que la referida propuesta se encontraba enmarcada en lo señalado en el Oficio N° 1619-2015-MEM/DGH, emitido por la DGH, el cual contiene el referido pronunciamiento de dicha instancia respecto al Plan de Desarrollo Inicial o Programa Mínimo de Expansión presentado por la empresa y la evaluación de la situación legal de ductos para el suministro de gas natural existentes y que vienen operando actualmente en Piura.
- 1.5. En concordancia con lo señalado en el literal k) del Artículo 18° del Reglamento de Distribución, la propuesta tarifaria debe presentarse de acuerdo a los procedimientos que establezca la CTE, hoy Osinermin. En tal sentido, la propuesta tarifaria debe enmarcarse en lo previsto en los Artículos

5°, 6°, 7° y 8° de la norma “Procedimiento para la Elaboración de los Estudios Tarifarios sobre Aspectos Regulados de la Distribución de Gas Natural” aprobada por Resolución N° 659-2008-OS/CD (en adelante “Procedimiento para Estudios Tarifarios”), referidos al contenido de la Propuesta de Tarifas Iniciales, la fianza de seguridad de la solicitud, el plan de desarrollo inicial y el contenido del Estudio Tarifario.

- 1.6. De otro lado, estando a lo previsto en el Artículo 8° de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, con fecha 16 de diciembre de 2015 se llevó a cabo la Audiencia Privada solicitada por la empresa Gasnorp para detallar aspectos relevantes de su Propuesta Tarifaria para trámite de otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en la Región Piura. El Acta de Audiencia Privada respectiva, suscrita en tal oportunidad por los representantes del Regulador y de Gasnorp que participaron en la misma, se encuentra publicada en la página web de Osinergmin.
- 1.7. En la misma fecha, mediante Comunicación S/N recibida según Registro GART N° 11398-2015, la Empresa Eléctrica de Piura S.A. (en adelante “EEPSA”) se apersonó al procedimiento de evaluación de la Propuesta Tarifaria presentada por Gasnorp, solicitando que se evalúen los argumentos expuestos por su representada en relación a los ductos que abastecen de Gas Natural a la Refinería Talara y la Central Térmica Malacas.

2) Marco legal aplicable y etapas del procedimiento de evaluación

- 2.1. En cumplimiento de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, mediante Resolución N° 080-2012-OS/CD, Osinergmin aprobó la norma “Procedimientos para Fijación de Precios Regulados”, en cuyo Anexo C.4 se regula lo concerniente al “Procedimiento para la Evaluación de la Propuesta Tarifaria de Otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural a Solicitud de Parte” (en adelante “Procedimiento”), el cual establece las etapas, plazos y responsabilidades del Regulador y de los agentes interesados en el procedimiento de evaluación de propuesta tarifaria.
- 2.2. En cumplimiento de la etapa prevista en el ítem a) del Procedimiento, en fecha 15 de diciembre de 2015 se recibió la propuesta tarifaria de Gasnorp. Posteriormente, conforme a lo previsto en el ítem b) del Procedimiento, y luego de la revisión efectuada por Osinergmin a la propuesta tarifaria presentada, mediante Oficio N° 1180-2015-GART se remitió a Gasnorp las observaciones identificadas por el Regulador y se solicitaron los archivos magnéticos del modelo tarifario utilizado, otorgándose a la empresa un plazo de 5 días para subsanar las observaciones formuladas.
- 2.3. Dentro del plazo establecido y en cumplimiento del ítem c) del Procedimiento, Gasnorp cumplió con remitir la subsanación de las observaciones realizadas a su propuesta mediante documento S/N, recibido el 30 de diciembre de 2015 según Registro GART N° 11828-2015.

- 2.4.** Luego de cumplidas las etapas comprendidas desde el ítem a) hasta el ítem c) del Procedimiento, con fecha 21 de enero de 2016, mediante Resolución 008, se publicó el proyecto de resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la Región Piura (en adelante “Proyecto de Resolución”). Asimismo se convocó a la audiencia pública para la sustentación y exposición de los criterios, la metodología y los modelos económicos utilizados en la propuesta tarifaria por parte de Osinergmin, la misma que se llevó a cabo el día 27 de enero de 2016, en la ciudad de Piura.
- 2.5.** En cumplimiento del ítem f) del Procedimiento, el Artículo 2° de la Resolución 008, estableció un plazo de 05 días hábiles para la recepción de opiniones y sugerencias de los administrados respecto al Proyecto de Resolución. Dentro del plazo señalado se recibieron los comentarios y sugerencias de los siguientes interesados:
- Elder Eloy Ruiz Diaz, funcionario del Proyecto Modernización de la Refinería Talara – Petroperú S.A., mediante correo electrónico recibido el 25 de enero de 2016 a las 18:38 horas.
 - La Empresa Eléctrica de Piura S.A. (en adelante “EEPSA”) mediante correo electrónico recibido el 28 de enero de 2016 a las 11:56 horas.
 - César Gutierrez, mediante correo electrónico recibido el 28 de enero de 2016 a las 16:00 horas.
 - La empresa Petróleos del Perú S.A. (en adelante “Petroperú”), mediante correo electrónico recibido el 28 de enero de 2016 a las 17:44 horas.
 - Gases del Norte del Perú S.A.C. (en adelante “Gasnorp”), mediante correo electrónico recibido el 28 de enero de 2016 a las 17:52 horas.
 - La señorita Sandra Lizette Sosa Olea, mediante correo electrónico recibido el 28 de enero de 2016 a las 17:54 horas.

3) Análisis de aspectos legales contenidos en las opiniones y sugerencias formuladas al Proyecto de Resolución

A continuación se analizan los temas vinculados a aspectos jurídicos, sobre los cuales se procede a resumir los comentarios pertinentes y a exponer el análisis legal sobre los mismos, correspondiendo al área técnica complementar, en lo que considere pertinente, el análisis de dichos comentarios. El análisis de los aspectos técnicos será desarrollado en el Informe Técnico respectivo.

3.1. Comentarios de la empresa Petroperú

3.1.1. Comentario N° 1 - Permanencia de la Refinería Talara con un sistema de compra libre de gas natural

Basándose en que la modernización de la Refinería Talara ha sido declarada como un proyecto de necesidad pública e interés de la nación y que su instalación ha sido normada por la Ley 30130, Petroperú señala que la Refinería Talara debe mantenerse con un sistema de compra libre de gas para reducir o mantener sus

costos de tal manera que no se afecten sus flujos de efectivo necesarios para pagar el proyecto.

Análisis Legal

De acuerdo con el marco normativo vigente, la Refinería Talara constituye un Consumidor Independiente¹, y por tanto, tiene la libertad de contratar el suministro de la molécula de gas libremente con el productor que considere conveniente. Tal situación se mantendrá en caso se otorgue la concesión de distribución de gas por ductos en la región Piura, toda vez que, si bien la tarifa por el servicio de distribución es regulada por Osinerghmin, los precios por el suministro de gas por parte de los productores continúan siendo libres.

En efecto, en el mercado del Gas Natural existen tres actividades que deben estar claramente diferenciadas: la producción, el transporte y la distribución de gas natural². Al respecto, la producción es una actividad que no se encuentra sujeta a regulación por lo que los productores pueden contratar libremente con cualquier consumidor el suministro de la molécula de gas³, la cual deberá ser llevada al punto de consumo del cliente por los concesionarios de transporte y distribución respectivamente.

Las actividades de transporte y distribución por su parte, se realizan a través de la instalación de redes de ductos, mediante las cuales se lleva el gas suministrado por los productores hasta los predios de los consumidores⁴. A cambio de éste servicio los concesionarios de transporte o distribución reciben el pago de una tarifa, la cual debe ser fijada por Osinerghmin de conformidad con los literales d) y e) del Artículo 28° del Reglamento General de Osinerghmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM⁵.

En el caso de la región Piura, Gasnorp ha solicitado la concesión para prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos, siendo materia del presente procedimiento fijar las tarifas máximas aplicables a los consumidores a quienes la empresa preste servicio. Sin embargo, en lo que respecta a la compra de la molécula de gas, como se ha señalado, la Refinería Talara podrá continuar adquiriéndola a

¹ Reglamento de Distribución. Artículo 2°

"2.9 Consumidor Independiente: Consumidor que adquiere Gas Natural directamente del Productor, Comercializador o Concesionario, siempre que sea en un volumen mayor a los treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000 m3/día) y por un plazo contractual no menor a seis (6) meses."

² De acuerdo con el Reglamento de Distribución vigente, el concesionario de distribución se encarga también de la actividad de comercialización, pudiendo ingresar al mercado un comercializador independiente recién después del décimo segundo año de suscrito el respectivo contrato de concesión (Artículo 117°)

³ Ley N° 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional

"Artículo 39.- El Contratista tendrá la libre disponibilidad de los Hidrocarburos que le correspondan conforme al Contrato (...)"

⁴ Al ser negocios de redes, al igual que en el caso eléctrico, la legislación ha previsto que éstos se desarrollen por concesionarios con derecho de exclusividad, y por ello se encuentran sujetos a tarifas reguladas. El Artículo 7° del Reglamento de Distribución establece:

"Artículo 7.- La Concesión de Distribución en un área determinada será exclusiva para un solo Concesionario y dicha área no podrá ser reducida sin autorización de la DGH (...)"

⁵ Reglamento General de Osinerghmin.

"Artículo 28.- Alcances de la Función Reguladora

Dentro de sus funciones reguladoras, OSINERG establecerá las siguientes tarifas en el mercado regulado:

(...)

d. Tarifas del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos.

e. Tarifas de distribución de gas natural por red de ductos, así como de distribución de electricidad.

(...)"

través de la libre negociación con los productores o suministradores que considere conveniente⁶.

Por lo expuesto, se concluye que la Refinería Talara mantendrá el sistema de compra libre de la molécula o suministro de gas conforme lo establece la normativa vigente, pudiendo contratar los servicios del concesionario de distribución para trasladar el gas adquirido hasta su predio, a cambio del pago de las tarifas máximas aprobadas por Osinergmin.

Conforme a lo señalado, se acepta la sugerencia.

3.1.2. Comentario N° 2 - Permanencia de Refinería Talara con un sistema de compra libre de gas natural

La empresa Petroperú solicita que se mantenga a la Refinería Talara con un sistema de compra libre de gas natural, a efectos de que pueda contratar su propio suministro de gas, de acuerdo a sus necesidades operativas. Sustenta su comentario indicando que de acuerdo con la Ley 30130, Petroperú debe financiarse con sus propios recursos.

Análisis Legal

Sobre este punto nos remitimos al análisis efectuado en el numeral 3.1.1 precedente.

3.1.3. Comentario N° 4 – Sobre la transferencia de los ductos por parte de EEPSA

Petroperú solicita se precise si la tarifa ha sido calculada considerando que la empresa EEPSA transferirá sus ductos al nuevo concesionario; ya que de lo contrario, el cálculo efectuado por el Regulador podría verse afectado por la inversión correspondiente a la construcción de nuevos ductos, lo cual impactaría directamente a la tarifa asignada para la Refinería Talara.

Análisis Legal

En primer término es necesario reiterar lo señalado en el numeral 3.2.1 del Informe N° 033-2016-GART que sustentó el Proyecto de Resolución, en el sentido de que Osinergmin no cuenta con facultades para disponer la transferencia de ductos entre agentes, por lo que tal supuesto no ha sido materia de pronunciamiento por parte de este Organismo.

No obstante, para el cálculo tarifario, Osinergmin sí ha considerado el reconocimiento de las inversiones necesarias para que Gasnorp, en caso se le otorgue la concesión, atienda a la Refinería Talara.

⁶ Cabe precisar que el Reglamento de Distribución distingue entre los Consumidores Regulados (Consumo igual o menor a 30 000 m³/día), para quienes el concesionario de distribución compra la molécula de gas del productor, y los Consumidores Independientes (Consumo mayor a 30 000 m³/día), quienes compran el gas directamente del productor y pueden negociar libremente las condiciones y precios.

La valorización de las inversiones en infraestructura reconocidas a la empresa, se realiza aplicando el criterio del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) previsto en el Artículo 110° del Reglamento de Distribución, según el cual, la tarifa reconoce el costo de renovar las obras y bienes físicos destinados a prestar el servicio con la tecnología y precios vigentes. En otras palabras, Osinergmin identifica la infraestructura necesaria para el servicio y calcula el costo que implicaría construir dicha infraestructura con la tecnología y los precios vigentes al momento de la fijación tarifaria.

El valor calculado aplicando el criterio del VNR es considerado para fijar las tarifas, y por tanto, resulta indistinto si posteriormente el concesionario consigue adquirir ductos existentes o si opta por construir ductos nuevos. Lo importante es que, habiéndose reconocido en la tarifa el pago por dichos ductos, la empresa cumpla con prestar el servicio a los consumidores respectivos cumpliendo con los estándares de calidad y seguridad exigidos por las normas.

En tal sentido, dado que Osinergmin ha reconocido en la tarifa los ductos necesarios para atender a la Refinería Talara, el concesionario deberá cumplir con prestar adecuadamente el servicio y aplicar la tarifa aprobada, la cual no variará en función de si el concesionario construye ductos nuevos o adquiere los ductos existentes de otro agente.

Conforme a lo señalado, no se acepta la sugerencia.

3.1.4. Comentario N° 5.e) - Sobre el contrato vigente de suministro de gas natural entre EEPSA y Refinería Talara

Petroperú solicita que se incluya en la Resolución Tarifaria que se va a respetar los contratos vigentes de suministro de gas natural, firmados entre EEPSA y la Refinería Talara, basándose en que la tarifa que paga actualmente Petroperú incluye la distribución y que sería desvirtuado cuando la concesionaria entre en operación.

Análisis Legal

Sobre este punto, Osinergmin no tiene competencia para pronunciarse sobre la validez de contratos suscritos entre particulares; en todo caso, en el supuesto de existir discrepancias sobre dicho aspecto, éstas deberán resolverse en las vías ordinarias previstas por el marco jurídico vigente.

Conforme a lo señalado, no se acepta la sugerencia.

3.1.5. Comentario N° 8 - Reglamento de Distribución

La empresa Petroperú refiriéndose al Reglamento de Distribución, como un reglamento que está enfocado directamente a la Distribución del Gas Natural, solicita indicar por qué en los cuadros N° 2 y N° 3 "Pliego Tarifario por Categorías"- Artículo 4°, se considera un margen de comercialización, pues ello incrementa el costo tarifario.

Análisis Legal

La parte final del Artículo 106° del Reglamento de Distribución señala que “La tarifa de Distribución es la retribución máxima que recibirá el Concesionario y que se aplicará al Consumidor, estará compuesta por los costos siguientes: el Margen de Distribución y el Margen Comercial.”

Ambos componentes son parte de la tarifa de distribución debido a que el concesionario de distribución realiza también actividades de comercialización en tanto no se instalen empresas comercializadoras independientes (como la atención al consumidor, facturación y cobranza, lectura y reparto de recibos, etc). Al respecto, el Artículo 117° del Reglamento de Distribución, señala que la actividad de comercialización puede ser realizada por una empresa comercializadora independiente recién a partir del décimo segundo año de suscrito el contrato de concesión; es decir, en tanto ello no suceda la comercialización es realizada por el concesionario de distribución.

Conforme a lo señalado, se ha precisado la consulta del interesado.

3.1.6. Comentario N° 9 - Refinería Talara como “Consumidor Independiente”

La empresa Petroperú solicita aclarar lo que se indica en el Informe Legal N° 033-2016-GART, el cual menciona que la Refinería Talara es un "Consumidor Independiente, que cuenta con la libertad para decidir y contratar el abastecimiento de su planta con los agentes que considere conveniente"; debido a que de tal cita se puede concluir que en el caso de que la Refinería opte por otra opción, se reduciría el ahorro para la Concesionaria, desestabilizando así el plan tarifario presentado por Osinergmin.

Análisis Legal

En efecto, como se ha señalado en el informe Legal N° 033-2016-GART y en el numeral 3.1.1 precedente, la Refinería Talara, en su condición de Consumidor Independiente⁷, tiene derecho a contratar el suministro de la molécula de gas con cualquier productor de acuerdo a las condiciones que libremente negocie. Sin embargo, en caso dicho consumidor reciba los servicios del concesionario de distribución de gas por red de ductos para llevar el gas hasta su predio, deberá pagar las tarifas máximas aprobadas por este Organismo.

Conforme a lo señalado, se ha aclarado lo solicitado por el interesado.

3.2. Comentarios de la empresa EPPSA

3.2.1. Comentario N° 1 - Comentario General: Régimen legal de los gasoductos de EPPSA.

La empresa EPPSA reitera los argumentos señalados en su escrito de apersonamiento al procedimiento en curso, así como los argumentos contenidos en

⁷ Consumidor definido en el Reglamento de Distribución como aquel que tiene un consumo mayor a 30 000 m³/día

sus cartas N° EEPSA-GG-466-2015 y N° EEPSA-GG-530-2015, en relación al Pronunciamiento de la DGH, que fue considerado por Gasnorp para incluir en su propuesta tarifaria la demanda de la Central Térmica de Malacas y de la Refinería Talara.

Manifiesta que los gasoductos de su propiedad no deben ser transferidos a Gasnorp al no encontrarse sujetos a la actual regla prevista en el Artículo 9° del Reglamento de Distribución, como de manera errónea ha interpretado la DGH. Ello debido principalmente a que el supuesto de dicha norma implica la existencia de una autorización de carácter provisional, que no existe en ese caso, dado que la operación de los ductos de su titularidad es permanente conforme a los términos del Concurso Público para la Privatización Vía Capitalización de la Empresa Eléctrica de Piura (en adelante, la "Licitación").

La empresa menciona que la privatización producto de la cual obtuvo los ductos en cuestión, implicaba que el ganador de la Licitación adquiriría el control de EEPSA con todas sus unidades de negocio, una de las cuales era la relacionada al gas natural, con instalaciones que incluyen los gasoductos.

En línea con lo expuesto, EEPSA indica que producto de la Licitación se firmó el Contrato de Suscripción de Acciones Clase "A" y Desarrollo del Proyecto de Generación de la Empresa Eléctrica de Piura S.A., en el cual se incluyó la declaración expresa de Electroperú y EEPSA (previa a ser privatizada), de que esta última contaba con todos los permisos, autorizaciones y licencias requeridos para instalar y operar los activos aportados por Electroperú.

Conforme a lo anterior, EEPSA señala que los gasoductos pasaron a la propiedad de EEPSA como resultado de la Licitación como una unidad de negocio en marcha, contando con todos los requisitos y permisos necesarios para su operación. En ese sentido, los gasoductos fueron transferidos en propiedad, sin carga alguna y con la habilitación necesaria, siendo incorrecto afirmar que se encuentran bajo el régimen legal de "Ductos de Uso Propio", ya que esta es una figura creada con posterioridad a la transferencia de los activos en el marco de la Licitación.

No obstante, EEPSA manifiesta que aun teniendo en cuenta lo anterior, hoy tanto Gasnorp como la DGH pretenden desconocer los derechos de EEPSA, bajo el mecanismo de calificar a sus gasoductos como "Ductos de Uso Propio" y señalar que los mismos deberán ser transferidos al concesionario de distribución que se instale en la región Piura. EEPSA adjunta a sus comentarios un Informe Constitucional elaborado por el Dr. César Landa Arroyo, en donde amplía sus argumentos sobre este punto.

Análisis Legal

Sobre el particular, reiteramos lo señalado en el numeral 3.2.1 del Informe N° 033-2016-GART que sustentó el Proyecto de Resolución, en donde se señaló que conforme a la obligación prevista en los Artículos 18° y 22° del Reglamento de Distribución y en observancia del principio de Legalidad que rige la actuación de la Administración Pública, Osinergmin está facultado a pronunciarse, únicamente, sobre las tarifas aplicables a la futura concesión en la Región Piura.

En efecto, la divergencia respecto a la titularidad futura de los ductos que actualmente opera EEPSA y a través de los cuales se suministra con Gas Natural a la Central Térmica Malacas y a la Refinería Talara no puede ser resuelta por Osinergmin, toda vez que este Organismo carece de competencia para pronunciarse sobre la propiedad de los referidos ductos, y menos cuenta con facultades que le permitan disponer la transferencia de activos en favor de un tercero.

Por lo expuesto, dado que la definición de este aspecto escapa a las competencias de Osinergmin, el tratamiento y destino de los ductos operados por EEPSA no fue materia de pronunciamiento de la Resolución Tarifaria, la cual se limitó a calcular las tarifas que, de ser el caso, serían aplicadas por Gasnorp en caso le fuera otorgada la concesión de distribución de gas natural por ductos en la región Piura, contemplando escenarios tarifarios posibles respecto a los supuestos en que la Central Térmica Malacas (atendida actualmente con los ductos de EEPSA) reciba o no servicios del concesionario de distribución en el futuro.

Conforme a lo señalado, no corresponde a Osinergmin pronunciarse sobre el asunto comentado

3.2.2. Comentario N° 2 – Libertad de Contratar

EEPSA señala como correcto lo señalado en el Proyecto de Resolución en el sentido que, si EEPSA no está obligada a transferir sus gasoductos a Gasnorp, podría continuar operando como lo viene haciendo desde 1996.

En relación a ello, EEPSA menciona lo señalado en la página 12 del Informe Legal N° 033-2016-GART, que sustenta el Proyecto, que señala que mientras dichos ductos permanezcan bajo su titularidad y se ratifique que éstos cuenten con todas las autorizaciones necesarias para operar, resulta previsible que la empresa no requeriría los servicios de un concesionario de distribución.

Finalmente, EEPSA solicita que dicha previsión se mantenga en la decisión tarifaria definitiva a ser aprobada por OSINERGMIN.

Análisis Legal

Al respecto, se precisa que para efectos de la presente publicación se ha mantenido el análisis legal contenido en el Informe N° 033-2016-GART, respecto a la incorporación de la demanda de la Central Térmica de Malacas, dado que actualmente no resulta posible afirmar con certeza que los ductos que atienden a la Central Térmica Malacas puedan ser transferidos al concesionario como lo señala el Pronunciamiento de la DGH.

De acuerdo a lo señalado, se mantendrán los escenarios de demanda propuestos en el Proyecto de Resolución; el primero, bajo el supuesto de que se concrete la transferencia de los ductos de EEPSA en favor del concesionario, y por tanto, se incluya la demanda de la central a la demanda de la concesión; y otro escenario bajo el supuesto de que dicha transferencia no se realice, y por tanto, EEPSA continúe abasteciendo su central a través de sus ductos como una unidad integrada de negocio, y no se incorpore, por tanto, a la demanda de la concesión.

Sobre este punto cabe reiterar lo señalado en el Informe N° 033-2016-GART, en el sentido de que la transferencia de la propiedad de los ductos de EEPSA no constituye la única causal que podría originar la inclusión de la demanda de la central térmica como parte de la demanda de la concesión, sino que ello podría darse a consecuencia de cualquier otra circunstancia que implique que dicho consumidor reciba los servicios del concesionario de distribución.

Finalmente, se precisa que este Organismo no ha determinado que en caso EEPSA no este obligada a transferir sus gasoductos a Gasnorp, podría continuar operando como lo viene haciendo desde 1996, según se indica en el comentario, toda vez que el otorgamiento y administración de autorizaciones para la instalación y operación de ductos en el territorio nacional constituye una competencia del Minem, escapando a las facultades de este Organismo.

Por lo expuesto, efectuadas las precisiones citadas, se acepta la sugerencia de mantener la evaluación tarifaria considerando dos escenarios de demanda.

3.2.3. Comentario N° 3 - EEPSA como una alternativa de suministro a la Refinería Talara, siendo Gasnorp Concesionario.

EEPSA manifiesta que si bien es correcto que Petroperú no tiene la obligación de contratar con EEPSA el suministro de gas, pero tampoco se encuentra ni debe encontrarse impedido de contratar a EEPSA aun cuando Gasnorp se convierta en el concesionario de distribución en Piura.

No obstante, EEPSA señala que si bien es correcto que el contrato de 1996 no transfirió a EEPSA la titularidad de la Refinería Talara, sí incluyó el suministro de gas por parte de EEPSA a la refinería Talara.

Como prueba de ello EEPSA muestra parte del texto del propio contrato de 1996, en su cláusula 10, donde se puede apreciar que el suministro de gas natural por parte de EEPSA sí formó parte de la licitación de 1996 y por ello así está reconocido en el contrato producto de la licitación, así como en los documentos de dicha licitación.

Al respecto EEPSA recurre al documento Información General de la Unidad de Negocio -Mercado (identificado en File 4-11 -1/ documento A.1.3, código 228004-060 de CEPRI), donde se hace mención expresa en su sección C, que las ventas incluían las ventas de gas natural a la Refinería Talara.

Basado en lo anterior EEPSA alega que producto de la privatización se convirtió en el suministrador de gas natural a Petroperú, incluyendo el suministro a Refinería Talara. Ello lo hace constar refiriendo a la cláusula séptima del Contrato Marco de Transferencia de las unidades de negocios eléctricos y de gas natural (cuya copia de su escritura pública fue adjuntada junto con los comentarios).

Por lo antes expuesto, EEPSA manifiesta que no hay duda alguna de que los términos de la privatización de 1996 incluían el suministro de gas natural por parte de EEPSA a la Refinería Talara.

Sin embargo, también señala y reconoce que el Proyecto de Resolución menciona correctamente, que EEPSA no tiene un derecho al suministro monopólico de gas

natural a la Refinería Talara, ya que Petroperú puede contratar con otro suministrador. No obstante EEPSA señala que tiene el derecho de poder participar y ser una de las alternativas para el suministro de gas natural a la Refinería Talara.

De esta forma, EEPSA solicita que debe precisarse en la versión final de la decisión tarifaria de Osinergmin, que EEPSA se mantendrá como una alternativa de suministro de la Refinería Talara utilizando sus gasoductos, aun si Gasnorp llega a convertirse en concesionario de distribución en Piura.

Finalmente EEPSA sugiere a Osinergmin que analice el impacto en el escenario en que Petroperú deba pagar a Gasnorp una tarifa adicional de distribución, en la medida que se encuentra en desarrollo el Proyecto de Modernización de la Refinería Talara, lo cual estima un posible aumento de precios de combustibles que afectaría a los consumidores de todo el país.

Análisis Legal

De acuerdo con lo previsto en los Artículos 71⁸ y 79⁹ de la Ley Orgánica que normas las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, concordados con los Artículos 4^o y 5^o¹⁰ del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, es competencia del Minem otorgar y emitir pronunciamiento respecto a las autorizaciones que permiten instalar y operar ductos en el territorio nacional.

En tal sentido, escapa a las competencias de Osinergmin pronunciarse sobre el derecho de EEPSA a participar y ser una de las alternativas para el suministro de gas natural a la Refinería Talara.

Finalmente, en relación a la evaluación del impacto en el escenario en que Petroperú deba pagar a Gasnorp una tarifa adicional de distribución, en la medida que se encuentra en desarrollo el Proyecto de Modernización de la Refinería Talara, lo cual estima un posible aumento de precios de combustibles que afectaría a los consumidores de todo el país, este aspecto será analizado en el Informe Técnico.

Conforme a lo señalado, no se acepta la sugerencia.

⁸ "Artículo 72.- Cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá construir, operar y mantener ductos para el transporte de Hidrocarburos y de sus productos derivados, de acuerdo a un contrato de concesión para el transporte, que se otorgará con sujeción a las disposiciones que establezca el reglamento que dictará el Ministerio de Energía y Minas."

⁹ "Artículo 79.- La distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público.

El Ministerio de Energía y Minas otorgará concesiones para la distribución de gas natural por red de ductos a entidades nacionales o extranjeras que demuestren capacidad técnica y financiera."

¹⁰ "Artículo 4.- Obligación de contar con una Concesión para prestar Servicio de Transporte

Se requiere Concesión para la prestación del Servicio de Transporte de Hidrocarburos por Ductos.

(...)

Artículo 5.- Autorización para operar Ductos

No se requiere Concesión para el transporte por:

- a) Ducto Principal.
- b) Sistema de Recolección e Inyección.
- c) Ducto para Uso Propio.

Los Operadores de Ducto Principal, Sistema de Recolección e Inyección y Ducto para Uso Propio, para prestar el servicio a terceros deberán solicitar una Concesión, según lo establecido en el Título IV, en dichos casos los Ductos perderán la condición de Ducto Principal, Sistema de Recolección e Inyección y Ducto para Uso Propio.

La instalación y operación de Ductos que no requieran Concesión estarán sujetas a las autorizaciones otorgadas por la DGH, salvo las del Sistema de Recolección e Inyección, cuya autorización se establece en el Contrato de Licencia o Contrato de Servicio (...)"

3.3. Comentarios de la empresa Gasnorp

3.3.1. Comentario N° 8 – Longitud de los ductos que serían enajenados

Gasnorp señala que el plan de desarrollo y su propuesta tarifaria inicial establece que los ductos a enajenar de la Refinería Talara (19 Kms) y EEPsa (22 kms) suman 41 Kms en diámetro de 8 pulgadas; distancia que ha sido calculada por su equipo técnico teniendo en cuenta la visita a la zona y conversaciones con el personal de la Refinería Talara y de la Planta de Procesamiento de Gas ubicada en Pariñas.

No obstante, señala que el Informe Técnico 035-2016-GART, ha establecido que son 27.8 Km la longitud total de los ductos a enajenar, lo cual debería ser verificado, a efectos de que no exista distorsión en el valor a reconocer por dicha inversión.

Análisis Legal

Sobre el particular, lo referido a la longitud de los ductos que requeriría instalar el concesionario para atender a la Refinería Talara, será analizado en el Informe Técnico respectivo, no obstante, resulta necesario precisar que este Organismo no ha definido la enajenación de ningún ducto por no contar con facultades para ello y siendo que Osinergmin se rige por el principio de Legalidad establecido en la Ley N° 27444, según el cual las autoridades administrativas deben actuar dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Conforme a lo indicado, corresponde al Área Técnica efectuar el análisis de lo señalado por Gasnorp.

3.3.2. Comentario N° 16 – Sobre el Escenario Alternativo

Haciendo mención a los dos escenarios que Osinergmin presenta en el numeral 4 de la Resolución Tarifaria, el numeral 3.3.3 del Informe Técnico y el numeral 3.2.1 del Informe Legal, señala que se debe considerar la demanda de los potenciales clientes residenciales, comerciales e industriales, así como la C.T. Malacas y la Refinería Talara, conforme a la evaluación técnico legal realizada en su propuesta tarifaria.

Adicionalmente, respecto a las divergencias sobre la titularidad de las instalaciones existentes de propiedad de EEPsa que abastecen a la C.T. Malacas y a la Refinería Talara, señala que de acuerdo con el pronunciamiento de la DGH, los ductos de EEPsa serían Ductos de Uso Propio, por lo que en aplicación del Artículo 9° del Reglamento de Distribución, deberían ser transferidos al concesionario de distribución de gas natural al valor que establezca Osinergmin.

Adicionalmente, Gasnorp señala que en la actualidad los ductos mencionados no cuentan con autorización administrativa alguna que autorice su funcionamiento, por lo que la DGH debe realizar acciones previas para tal efecto.

De acuerdo a lo expuesto, Gasnorp señala que Osinergmin debe tomar en cuenta el pronunciamiento de la DGH y en consecuencia, elaborar un único escenario de demanda que viabilice el proyecto, con tarifas competitivas para la población de Piura.

Análisis Legal

Sobre el particular, reiteramos lo señalado en el numeral 3.2.1 del Informe N° 033-2016-GART que sustentó el Proyecto de Resolución, en donde se señaló que conforme a la obligación prevista en los Artículos 18° y 22° del Reglamento de Distribución y en observancia del principio de Legalidad que rige la actuación de la Administración Pública, Osinermin está facultado a pronunciarse, únicamente, sobre las tarifas aplicables a la futura concesión en la Región Piura.

La divergencia respecto a la titularidad futura de los ductos que actualmente opera EEP SA y a través de los cuales se suministra con Gas Natural a la Central Térmica Malacas y a la Refinería Talara no puede ser resuelta por Osinermin, toda vez que este Organismo carece de competencia para pronunciarse sobre la propiedad de los referidos ductos, y menos cuenta con facultades que le permitan disponer la transferencia de activos en favor de un tercero.

Por lo expuesto, dado que la definición de este aspecto escapa a las competencias de Osinermin, el tratamiento y destino de los ductos operados por EEP SA no fue materia de pronunciamiento de la Resolución Tarifaria, la cual se limitó a calcular las tarifas que, de ser el caso, serían aplicadas por Gasnorp en caso le fuera otorgada la concesión de distribución de gas natural por ductos en la región Piura.

Conforme a lo señalado, no se acepta la sugerencia.

3.4. Comentarios de Sandra Lizette Sosa Olea

3.4.1. Comentario N° 1 – Nulidad de la Resolución 008 y vulneración del debido procedimiento

El interesado señala que de acuerdo al Procedimiento existen solo tres etapas antes de la publicación del Proyecto de Resolución, las cuales son (i) la presentación de la propuesta tarifaria y su publicación en la página web de Osinermin, (ii) la etapa de presentación de observaciones a la propuesta, y (iii) la etapa de absolución de las observaciones y su publicación en la página web de Osinermin.

Adicionalmente, señala que Osinermin no cuenta con facultades para disponer que se reinicie el procedimiento de evaluación tarifaria; sin embargo, luego que la Dirección General de Hidrocarburos emitiera el Oficio N° 1619-2015-MEM/DGH, el Regulador dispuso el reinicio del procedimiento para la evaluación de la tarifa, solicitando la reformulación de su propuesta tarifaria en lugar de disponer la desaprobación de las tarifas propuestas.

De acuerdo a lo señalado, el interesado manifiesta que las disposiciones del Regulador no se encuentran fundadas en derecho como requiere el principio del debido procedimiento, en la medida que no se ha seguido el procedimiento regular y que el Regulador ha ejercido competencias que no le corresponden al ordenar el reinicio del procedimiento de evaluación.

En virtud a lo señalado, solicita que se declare nulo el acto administrativo contenido en la Resolución 008 y el procedimiento “Evaluación de Propuesta Tarifaria para

Trámite de Otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural a Solicitud de Parte”.

Análisis Legal

El reinicio del procedimiento de evaluación de la propuesta tarifaria de Gasnorp, fue dispuesto por el Regulador como consecuencia del pronunciamiento emitido por la DGH y al amparo de los principios de Impulso de Oficio¹¹, Informalismo¹², y Eficacia¹³ contenidos en la LPAG, en virtud de los cuales las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización de actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias, interpretando las normas de procedimiento en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales.

Teniendo en cuenta lo señalado, este Organismo optó por reiniciar el procedimiento de evaluación de la propuesta tarifaria en lugar de emitir un informe técnico desfavorable, conforme lo señala el interesado, ya que de este modo se permitía que Gasnorp reformule su propuesta tarifaria considerando nueva información contenida en el pronunciamiento de la DGH y en consecuencia, continúe con su trámite de otorgamiento de concesión a solicitud de parte hasta obtener un pronunciamiento final, de fondo, por parte de la Administración. Adicionalmente, cabe resaltar que con el reinicio del procedimiento de evaluación no se ha vulnerado derechos de terceros.

De otro lado, en el supuesto negado de que la decisión adoptada por el Regulador de reiniciar el proceso de evaluación tarifaria adolezca de algún vicio de nulidad, en aplicación del principio de conservación del acto administrativo recogido en el Artículo 14.2.4 de la LPAG, lo actuado mantendría su vigencia. Lo señalado tiene sentido ya que si el Regulador hubiera optado por concluir el procedimiento de evaluación tarifaria, Gasnorp se encontraba facultada a presentar una nueva propuesta tarifaria para la evaluación de Osinergmin, reiniciándose de todos modos el procedimiento.

Como se puede apreciar, en ambos escenarios (reinicio del procedimiento o conclusión del procedimiento de evaluación), Gasnorp se encontraba facultada a actualizar su propuesta tarifaria considerado el pronunciamiento de la DGH, por tanto el resultado de la evaluación de dicha propuesta tarifaria consignado en la Resolución 008 a través del procedimiento de evaluación en curso, hubiera sido el mismo en ambos supuestos, por lo que la declaración de nulidad solicitada por el interesado no resulta procedente.

¹¹ **1.3. Principio de impulso de oficio.**- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias. (El subrayado es nuestro)

¹² **1.6. Principio de informalismo.**- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público. (El subrayado es nuestro)

¹³ **1.10. Principio de eficacia.**- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. (El subrayado es nuestro)

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

Asimismo, se precisa que, habiéndose verificado que la decisión del Regulador de reiniciar el procedimiento de evaluación tarifaria, fue adoptada tomando como base los principios contenidos en la LPAG, la misma se encuentra fundada en derecho, no correspondiendo analizar los comentarios y/o sugerencias formulados a actuaciones previas al inicio del procedimiento determinado por la actualización de la propuesta tarifaria de Gasnorp.

Sin perjuicio de lo señalado, de acuerdo con la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la nulidad de actos administrativos sólo puede ser planteada por los administrados por medio de los recursos administrativos previstos en el Artículo 206° de dicha norma, y debe solicitarse identificando el acto administrativo cuestionado y las causales que determinarían su nulidad, las cuales deben enmarcarse en lo previsto en el Artículo 10° de la misma ley. Asimismo, cabe precisar que de acuerdo con el numeral 206.2 de la misma norma, sólo pueden ser impugnados los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.

No obstante, en el presente caso el interesado no identifica el/los actos administrativos cuya nulidad solicita. Adicionalmente, el acto administrativo emitido mediante Resolución 008, materia de los comentarios formulados por el interesado, no constituye un acto administrativo definitivo que haya puesto fin a la instancia. En efecto, de acuerdo con la parte considerativa y resolutive de la Resolución 008, Osinergmin únicamente ha dispuesto la publicación del Proyecto de Resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en la Región Piura, con la finalidad de recoger y analizar las opiniones y sugerencias de los interesados, con anterioridad a la publicación de la resolución definitiva.

Adicionalmente, cabe indicar que de acuerdo con el Artículo 25° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, los comentarios y sugerencias a los proyectos normativos publicados por el Regulador, no tienen carácter vinculante ni pueden dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo; por tanto, la etapa contemplada en el ítem f) del Procedimiento no es la vía idónea para dar trámite a una solicitud de nulidad como pretende el interesado ya que la finalidad de recibir comentarios y sugerencias por parte de los interesados radica en recabar información y aportes a efectos de mejorar la propuesta tarifaria del Regulador.

Por las razones expuestas, no se acepta el comentario.

3.4.2. Comentario N° 2 – Sobre las audiencias públicas descentralizadas

El interesado señala que, conforme al artículo 3° de la Resolución 008, se ha convocado a una audiencia pública en Piura, sin tomar en consideración que la Ley de Transparencia exige que se realicen audiencias descentralizadas; por lo que sugiere que se reprogramen Audiencias Públicas Descentralizadas adicionales en las Provincias restantes a Piura, con la finalidad que todas aquellas personas interesadas en el Proyecto puedan conocer los criterios, metodología y modelos utilizados en el proyecto de resolución publicado.

Análisis Legal

Este Organismo ha cumplido con llevar a cabo la audiencia pública descentralizada correspondiente en la región Piura, en la cual se han recogido los comentarios, aportes e inquietudes de la población asistente, siendo pertinente indicar que conforme al Artículo 9.1 del Procedimiento, está permitido efectuar la audiencia descentralizada en una sola ciudad. A consecuencia de lo señalado, este Organismo Regulador se encuentra revisando el proyecto tarifario publicado mediante Resolución 008 y que fuera explicado en la audiencia, a fin de introducir las modificaciones y/o ajustes a que hubiere lugar y proceder con la aprobación final de la tarifa, la misma que, como se señaló en la audiencia y de acuerdo a los plazos legales establecidos, debe efectuarse a más tardar el 11 de febrero del presente.

Adicionalmente, se precisa que el Artículo 9° de la Norma “Procedimientos para Fijación de Precios Regulados”¹⁴, prevé la realización de audiencias públicas descentralizadas a ser determinadas en cada oportunidad, atendiendo a la implicancia de la materia sujeta a regulación. Aplicando dicha norma y atendiendo a que la tarifa materia de evaluación en la presente oportunidad sería aplicable únicamente a la Región Piura, se programó la audiencia en la ciudad capital de la región. El mismo criterio para la realización de audiencias públicas se ha aplicado en otros procedimientos regulatorios de fijación de las tarifas de distribución, como es el caso de las tarifas y/o cargos tarifarios para las concesiones de Lima y Callao e Ica.

Cabe precisar que la convocatoria a audiencia pública fue difundida tanto en el diario oficial El Peruano como en los diarios La Hora y La República, diarios de mayor circulación en la región Piura, y que toda la información y documentos relacionados al presente procedimientos tarifario se encuentra al alcance de los interesados en la página web de Osinermin.

De acuerdo a lo señalado, no se acepta el comentario.

3.4.3. Comentario N° 4 – Vulneración de los Principios de Predictibilidad y Legalidad

El interesado señala que el Artículo 22° del Reglamento de Distribución faculta a Osinermin a emitir un informe técnico favorable y a la aprobación de las tarifas aplicables, más no lo faculta a proponer escenarios posibles ni alternativos condicionados a una acción futura del concedente. En ese sentido, conforme afirma el interesado, no se ha cumplido con aprobar las tarifas aplicables, sino más bien, ha establecido escenarios alternativos de tarifas condicionadas a una actuación futura del Minem; razón por la cual concluye que Osinermin ha omitido el cumplimiento del mencionado Artículo 22°.

¹⁴ Artículo 9.- Audiencias Públicas Descentralizadas

9.1 Las audiencias públicas descentralizadas a que se refiere el artículo 7 de la Ley N° 27838 deberán realizarse en una o más ciudades a ser determinadas en cada oportunidad por la GART, atendiendo a la implicancia de la materia sujeta a regulación. La convocatoria a audiencia pública debe efectuarse con una anticipación no menor de 3 días hábiles a su realización.

9.2. Cuando se regule una tarifa de alcance nacional, la audiencia pública descentralizada se realizará al menos en 2 ciudades (...).” (El subrayado es nuestro)

A decir del interesado, lo señalado contraviene el principio de predictibilidad, pues los beneficiarios y/o afectados con la concesión de distribución esperaban razonablemente que cuando se emita el proyecto de Resolución se aprueben efectivamente las tarifas iniciales, mas no se espera que la tarifa sea una incertidumbre, hasta un momento posterior en el que otra autoridad competente concrete acciones futuras.

Por último, según el interesado, se habría vulnerado el principio de legalidad, al haberse incumplido con lo dispuesto por los artículo 22° del Reglamento de Distribución y 52° del Reglamento General de OSINERMGIN.

Análisis Legal

En efecto, el reglamento de distribución faculta a Osinergmin a aprobar las tarifas aplicables, sin embargo, dicha norma no ha establecido criterios ni ha considerado el supuesto de la existencia de incertidumbre respecto a un aspecto base para el cálculo tarifario, como es la determinación de la demanda.

En tal sentido, a fin de cumplir con el mandato legal y aprobar las tarifas aplicables, Osinergmin ha optado por un criterio que se encuentra debidamente motivado en la Resolución 008 y los Informes que forman parte de la misma.

En efecto, Osinergmin debe cumplir con su obligación de efectuar la evaluación tarifaria a que se refiere el literal k) del Artículo 18° del Reglamento de Distribución, ya que la situación de incertidumbre respecto a las demandas proyectadas no lo exonera del cumplimiento de dicha obligación. En tal sentido, en ejercicio de la función reguladora contemplada en el literal b) del Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Regulador consideró conveniente que la evaluación tarifaria considere dos escenarios de demanda posibles, los cuales han sido debidamente sustentados en base a consideraciones técnicas y jurídicas, conforme se aprecia en los informes de sustento de la Resolución 008.

De otro lado, cabe mencionar que el criterio adoptado por el Regulador respecto a fijar tarifas de distribución de gas natural considerando escenarios de demanda, ha sido adoptado en otras concesiones que aún no cuentan con una infraestructura inicial ni con una demanda consolidada. Tal es el caso de las tarifas aprobadas para la región Ica, cuyo Contrato de Concesión considera tres escenarios de tarifa inicial según el volumen de gas natural distribuido, los cuales responden a la incorporación, o no, de las demandas de las centrales térmicas y la industria petroquímica. Lo señalado se puede apreciar en el literal b.1) de la Cláusula 14.2 de su Contrato de Concesión, el cual dispone lo siguiente:

“b.1 Tarifas según escenarios de demanda.

A cada año calendario corresponde un único escenario de demanda, determinado en función del volumen total de Gas Natural distribuido a través del Sistema de Distribución, durante el año calendario inmediatamente anterior. La Tabla B provee los volúmenes promedio diario de cada año calendario, asociados con cada escenario base.
(...)”

Como se puede apreciar, el criterio de proponer escenarios de demanda ha sido aplicado a otras concesiones que se encuentran en el periodo de vigencia de sus tarifas iniciales y constituye un criterio válido. En esa línea la fijación de escenarios de demanda por el Regulador no vulnera los Principios de Legalidad ni Predictibilidad señalados por la interesada ya que es una práctica que se ha aplicado a otros procedimientos regulatorios a efectos de evitar que la regulación resulte inútil en caso no se diera el único escenario que contemplara dicha regulación; y por el contrario, salvaguardando derechos de usuarios y concesionarios de tener oportunamente la tarifa aplicable a un servicio, el regulador recurre a incluir a escenarios posibles cuando el caso lo amerita.

De acuerdo a lo expuesto, no se acepta el comentario.

3.4.4. Comentario N° 5 – Escenarios alternativos de demanda

El interesado señala que la Resolución N° 008 presenta dos escenarios de tarifas, el primero (escenario base) incluye la demanda incremental de la Central Térmica EEP SA y la Refinería Talara, y el segundo (escenario alternativo) que incluye la demanda incremental de la Refinería Talara. No obstante, a decir del interesado, no se ha considerado un escenario de demanda con mayor probabilidad de ocurrencia, el cual no incluye la demanda de la Central Térmica de EEP SA y a la Refinería Talara, pues la norma que regula la transferencia de ductos a los futuros concesionarios de distribución no es de aplicación para estos últimos.

En la misma línea, manifiesta que la modificación del Artículo 9° del Reglamento de Distribución efectuada mediante Decreto Supremo N° 014-2008-EM, donde se establece la transferencia de los ductos existentes al Concesionario de Distribución no es aplicable a los casos de EEP SA y la Refinería Talara en la medida que la misma sería de aplicación a aquellos ductos autorizados a partir del día siguiente de su publicación y no de manera retroactiva.

Análisis Legal

De la revisión del comentario materia de análisis, se advierte que los argumentos contenidos en el mismo cuestionan, en realidad, la incorporación de la demanda de la Refinería Talara tanto en el escenario base como en el escenario alternativo; por tanto, el análisis se centrará en analizar la incorporación de dicho usuario.

Al respecto, se precisa que luego de la revisión del Contrato de Suscripción de Acciones Clase A y Desarrollo del Proyecto de Generación de la Empresa Eléctrica de Piura S.A., y tal como lo ha señalado EEP SA en sus escritos, el “negocio en marcha” que le fuera transferido mediante el contrato mencionado no alcanza de modo alguno a la Refinería Talara. Por ello, si bien dicho consumidor a la fecha viene siendo atendido a través de los ductos de EEP SA, no se han identificado cláusulas que establezcan compromisos o garantías en favor de dicha empresa, que obliguen a la Refinería Talara a utilizar y contratar el suministro de gas natural única y exclusivamente con EEP SA. Tal circunstancia ha sido reconocida por EEP SA en sus comentarios analizados precedentemente en el presente informe.

En ese sentido, independientemente de lo que la autoridad competente determine en su oportunidad respecto al tratamiento y transferencia de los ductos de EEP SA, no se

encuentra impedimento para que la Refinería Talara sea considerada como parte de la demanda de la concesión para efectos de la presente evaluación tarifaria, ya que el concesionario de distribución de gas natural, siempre tendrá la posibilidad de implementar, por su cuenta, la infraestructura necesaria para atender a dicho usuario. Es decir, la Refinería Talara constituye un cliente potencial del concesionario, y por tanto, no se encuentra argumentos para evaluar un escenario que excluya a dicho consumidor.

De acuerdo a lo expuesto, en vista de que no se verifican impedimentos legales para la incorporación de la demanda de la Refinería Talara, no se acepta la sugerencia.

3.4.5. Comentario N° 12 – Reservas Probadas de Gas Natural

Según el interesado, la demanda propuesta por Gasnorp está en el orden de 290 millones de m³/año; no obstante, indica que se requiere de reservas de 0,2 TCF para un horizonte de 20 años, que Gasnorp no ha sustentado; por lo que sugiere que Gasnorp sustente técnicamente que cuenta con las reservas probadas certificadas necesarias para cubrir la demanda proyectada.

Análisis Legal

El Artículo 20° del Reglamento de Distribución señala que la evaluación de la admisibilidad de una solicitud de concesión a cargo de la DGH, implica la verificación de que la solicitud cumpla con los requisitos contemplados en el Artículo 18° dicha norma.

Precisamente, uno de estos requisitos es el previsto en el literal h) del mencionado Artículo 18°, consistente en que los volúmenes consignados en los contratos o compromisos de contratos de suministro presentados por el solicitante se ajusten a lo previsto en el inciso c) del Artículo 42° de la misma norma, es decir, que garanticen el requerimiento de Gas Natural por los siguientes veinticuatro (24) meses como mínimo¹⁵.

De acuerdo a los dispositivos señalados, en la etapa de evaluación de la admisibilidad de la propuesta tarifaria presentada por el solicitante, la DGH debe verificar el cumplimiento del requisito mencionado, debiendo rechazar y archivar la solicitud en caso no cumpla con el mismo y la empresa no subsane dicha omisión a requerimiento de la DGH.

En el presente caso, se aprecia que de la revisión del Informe Técnico-Legal N° 012-2015-MEM/DGH-DGGN-DNH (remitido por la DGH a solicitud del Regulador junto con el pronunciamiento respecto al plan de Desarrollo Inicial presentado por Gasnorp) se verifica que los contratos o compromisos de contratos de suministro presentados por el solicitante fueron oportunamente evaluados por la DGH, quien como consecuencia de la absolución de las observaciones formuladas a la propuesta de Gasnorp,

¹⁵ **Artículo 42.-** El Concesionario está obligado a:

(...)

c) Tener contratos vigentes con Productores que le garanticen su requerimiento de Gas Natural por los siguientes veinticuatro (24) meses como mínimo. Tratándose de Concesiones otorgadas por Licitación o concurso público, esta obligación será exigible a partir de la Puesta en Operación Comercial.

(...)

manifestó su conformidad respecto a la misma mediante el Informe Técnico-Legal N° 020-2015-MEM/DGH-DGGN-DNH.

En tal sentido, la evaluación sobre el cumplimiento de contar con los contratos o compromisos de contratar los volúmenes de gas requeridos para la concesión conforme lo exige el Reglamento de Distribución, corresponde a la DGH, no siendo competencia de Osinergmin.

De acuerdo a lo señalado, no se acepta el presente comentario.

3.4.6. Comentario N° 15 – Respecto a la transferencia de ductos existentes

Al respecto señala que Gasnorp únicamente está interesado en tomar la demanda de gas de la Refinería Talara y la CT de Malacas, en la medida que ambas representan 66% de la demanda del gas que pretende utilizar, frente al 0.04% que representa la demanda de gas para los clientes residenciales. Es decir, pretende que se le entregue los ductos de dos negocios que actualmente vienen consumiendo gas y a través de la Concesión de Distribución asignarles un sobre costo, para que estos financien los costos ineficientes que presenta la Propuesta Tarifaria de Gasnorp (en sueldos, mal diseño de redes y ductos, materiales inapropiados, entre otros).

Indica además, que el traslado de esos sobre costos causaría perjuicios a la Refinería Talara (específicamente en su proyecto de modernización) y a la CT de Malacas, ya que las tarifas de electricidad se incrementarían debido a que tendrían que pagar un combustible más caro.

Análisis Legal

La evaluación tarifaria realizada por Osinergmin reconoce costos eficientes para la prestación del servicio tal como lo dispone el Artículo 105° del Reglamento de Distribución. En todo caso, en el comentario no se precisa cuál de los costos reconocidos resultaría ineficiente a efectos de su evaluación por al Área Técnica.

Adicionalmente, el Área Técnica ha efectuado la evaluación de la competitividad de la tarifa, verificando que la misma permite ofrecer ahorros a los consumidores teniendo en cuenta los precios de los sustitutos.

Finalmente, en relación a la transferencia de ductos mencionada en el comentario, nos remitimos al análisis legal contenido en el numeral 3.2.1 del Informe N° 033-2016-GART que sustentó el Proyecto de Resolución, en donde se señaló que la divergencia respecto a la titularidad futura de los ductos que actualmente opera EEPSA y a través de los cuales se suministra con Gas Natural a la Central Térmica Malacas y a la Refinería Talara no puede ser resuelta por Osinergmin, toda vez que este Organismo carece de competencia para pronunciarse sobre la propiedad de los referidos ductos, y menos cuenta con facultades que le permitan disponer la transferencia de activos en favor de un tercero.

Por lo expuesto, dado que la definición de este aspecto escapa a las competencias de Osinergmin, el tratamiento y destino de los ductos operados por EEPSA no fue materia de pronunciamiento de la Resolución Tarifaria, la cual se limitó a calcular las

tarifas que, de ser el caso, serían aplicadas por Gasnorp en caso le fuera otorgada la concesión de distribución de gas natural por ductos en la región Piura.

Conforme a lo señalado, no se acepta la sugerencia.

3.4.7. Comentario N° 21 – Sobre la metodología empleada por Gasnorp para la asignación de costos

El interesado señala que Gasnorp ha desarrollado su propuesta de tarifas empleando una metodología de asignación de uso para la asignación de costos a cada categoría. En el caso de las categorías Generación Eléctrica y Refinerías se adoptó un análisis diferente basado en el “gran consumo” y “uso final del gas natural”. Indica además que como resultado del empleo de esta metodología, las tarifas propuestas resultan totalmente inadecuadas, con valores muy superiores a los precios de los combustibles alternativos.

Agrega que Gasnorp propuso un mecanismo “enfocado directamente en el mercado y que considere el costo alternativo como un techo de la tarifa a cobrar”. A esta metodología le dan el nombre de “tarifas competitivas”.

El resultado de esta segunda metodología, continúa el interesado, presenta un apreciable incremento de la competitividad en las categorías menores (A con -54%, B con -42% y GNV con - 49%7), un nivel mediocre en las otras categorías (-4% en promedio) y un perjuicio para las categorías Refinería (+14%) y Generación Eléctrica (+83%), que terminarían pagando más de lo que pagan actualmente por el gas natural.

Análisis Legal

El comentario bajo análisis se encuentra referido a las tarifas propuestas por Gasnorp y no a las tarifas publicadas por Osinergmin mediante la Resolución 008.

De acuerdo con la etapa f) del Procedimiento, los interesados pueden formular comentarios y/o sugerencias al Proyecto de Resolución propuesto por el Regulador, el cual si bien ha tomado como base la propuesta tarifaria presentada por la empresa solicitante, incorpora los ajustes y modificaciones necesarias de modo que las tarifas que finalmente se aprueben cumplan con los criterios y principios establecidos en el Reglamento de Distribución y demás normas aplicables.

Como se puede apreciar, en esta etapa del Procedimiento, el Regulador busca recoger los comentarios y sugerencias de los interesados a efectos de que la información y aportes de los agentes contribuyan a mejorar el proyecto de resolución propuesto. No obstante lo mencionado, se verifica que el comentario del interesado cuestiona, en realidad, la propuesta tarifaria presentada por Gasnorp, en lugar de comentar el proyecto de Resolución, el cual contiene la evaluación tarifaria realizada por Osinergmin, lo cual no resulta procedente en la presente etapa del Procedimiento.

Por lo expuesto, no se acepta la sugerencia.

3.4.8. Comentario final – Nulidad del Procedimiento y de la Resolución 008

El interesado señala que Osinergmin debería dejar sin efecto el Procedimiento mediante el cual se realiza la evaluación de la propuesta tarifaria para el trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural a solicitud de parte de la empresa Gasnorp así como, la Resolución 008 debido a que la citada resolución contiene vicios insubsanables que acarrearán la nulidad de los actos administrativos posteriores que se sustenten en el mismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 10° de la LPAG.

Análisis Legal

Nos remitimos al análisis contenido en la parte final del numeral 3.4.1 del presente documento.

De acuerdo a lo señalado no se acepta la sugerencia.

4) Procedencia de publicar el proyecto de resolución y etapas del Procedimiento

- 4.1.** Osinergmin, dentro de su ámbito de competencia, ejerce la función reguladora contemplada en el literal b) del Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la cual comprende la facultad de fijar, mediante resoluciones, las tarifas de los servicios bajo su ámbito, bajo los criterios y principios previstos en las legislaciones sectoriales.
- 4.2.** El literal q) del Artículo 52° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, establece la obligación del Regulador de fijar, revisar y modificar las tarifas y compensaciones por el servicio de distribución de gas natural por red de ductos, de acuerdo a los criterios establecidos en las normas aplicables del subsector hidrocarburos.
- 4.3.** De otro lado, conforme se ha señalado en el numeral 2 del presente informe, se han cumplido, dentro de los plazos previstos, con las etapas contempladas entre los ítems a), b) y c) del Procedimiento.
- 4.4.** Posteriormente, de acuerdo con el ítem d) del Procedimiento, mediante Resolución 008, se dispuso la publicación del proyecto de resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la región Piura. Asimismo, se convocó a Audiencia Pública para el sustento y exposición de los criterios, metodología y modelos económicos utilizados en el análisis de la propuesta tarifaria de los concesionarios por parte de Osinergmin, la cual, en cumplimiento de la etapa e) se llevó a cabo el día 27 de enero de 2016, en la ciudad de Piura.
- 4.5.** Asimismo, en cumplimiento de la etapa f) del Procedimiento, se otorgó un plazo para la recepción de las opiniones y sugerencias al proyecto de resolución tarifaria, habiéndose recibido dentro del plazo señalado, los comentarios de 06 interesados. En el presente informe se han analizado los aspectos legales contenidos en las opiniones y sugerencias recibidas, y en el

informe elaborado por la División de Gas Natural, los comentarios de naturaleza y especialidad técnica. Producto del análisis de los comentarios y sugerencias recibidas, se ha procedido a hacer los ajustes y modificaciones correspondientes a la tarifa para su aprobación final.

- 4.6. De acuerdo a lo señalado y en cumplimiento de la etapa g) del Procedimiento, corresponde proceder con la publicación de resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la región Piura.
- 4.7. Finalmente, la elaboración del Proyecto de Resolución incorpora los fundamentos legales expuestos en el presente informe por lo que encontramos conforme el sustento jurídico de la misma.

5) Conclusiones

- 5.1. Los comentarios y sugerencias de índole legal recibidos respecto al proyecto de resolución tarifaria publicada con Resolución 008, han sido analizados en el numeral 3 del presente informe, siendo los temas más relevantes los referidos a (i) la transferencia de ductos existentes en Piura y configuración de tarifas por escenarios (ii) competitividad de la tarifa aplicable a la Refinería de Talara y permanencia de dicho consumidor en un régimen de libre contratación; y, (iii) supuesta vulneración del principio del debido procedimiento.
- 5.2. En relación al comentario referido a la transferencia de ductos existentes en Piura y cuestionamientos a la configuración de la tarifa considerando escenarios de demanda, se ha verificado que existe incertidumbre sobre la transferencia de los ductos existentes, debido a divergencias sobre el régimen legal de los mismos entre la DGH y la empresa titular de dichas instalaciones. En tal sentido, dado que Osinergmin no tiene facultades para resolver dicha divergencia, ha optado por fijar tarifas considerando los posibles escenarios de demanda que podrían darse en caso se efectúe o no la transferencia.
- 5.3. Sobre los comentarios vinculados a la competitividad de la tarifa aplicable a la Refinería Talara y permanencia de dicho consumidor en un régimen de libre contratación, se precisó que de acuerdo a las normas aplicables la competitividad se evalúa comparando los costos que asumiría un consumidor usando gas natural con las tarifas aprobadas, versus los costos de utilizar un sustituto. Dicha evaluación debe arrojar ahorros para todas las categorías. En relación al régimen de libre contratación, se concluye que la Refinería, al ser un Consumidor Independiente, puede contratar libremente con el productor que considere conveniente, el suministro de la molécula de gas que requiera, debiendo precisarse que el servicio de distribución que permita trasladar dicho gas a su predio sí se encuentra regulado y sujeto a fijación de tarifas.
- 5.4. Respecto a los comentarios en que se señala que se ha vulnerado el Debido Procedimiento por haberse reiniciado el procedimiento de evaluación tarifaria y permitido la actualización de la propuesta tarifaria de Gasnorp, se concluye

que el reinicio del procedimiento de evaluación tarifaria se originó en la necesidad de que la propuesta de la empresa se adecúe al pronunciamiento posterior emitido por la DGH respecto al régimen legal de ductos existentes que venían operando en Piura, y se amparó en los principios de Impulso de Oficio, Informalismo y Eficacia, según los cuales el Regulador puede ordenar la realización de actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias, interpretando las normas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, precisándose que con el reinicio del procedimiento de evaluación no se ha vulnerado derechos de terceros.

- 5.5.** Por las razones expuestas en el numeral 4) del presente informe, se considera procedente someter al análisis y posterior aprobación del Consejo Directivo la publicación de la resolución que aprueba las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la región Piura.
- 5.6.** El proyecto de resolución ha sido elaborado por el área técnica en colaboración con la Coordinación Legal, el cual se encuentra apto para ser sometida a aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin.

[jamez]

/mnp-epv