

Informe N° 033-2016-GART**Informe Legal sobre la procedencia de publicar 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**

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

Fecha : 18 de enero de 2016

Referencia : D.474-2015-GART

RESUMEN

Mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM, se aprobó el TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (en adelante “Reglamento de Distribución”), de cuyos Artículos 18° y 22° referidos al otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural a solicitud de parte, se desprende que la propuesta tarifaria para la prestación del servicio de distribución debe ser evaluada por Osinergmin.

En tal sentido, mediante comunicación recibida el 15 de diciembre de 2015, la empresa Gases del Norte del Perú S.A.C. (en adelante “Gasnorp”) remitió su Propuesta Tarifaria actualizada para Trámite de Otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural en la Región Piura, indicando que la misma se encontraba enmarcada en lo señalado en el Oficio N° 1619-2015-MEM/DGH emitido por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (en adelante “DGH”) el cual contiene el pronunciamiento de dicha instancia respecto al Plan de Desarrollo Inicial o Programa Mínimo de Expansión presentado por Gasnorp y la evaluación de la situación legal de ductos para el suministro de gas natural existentes que operan actualmente en Piura.

El procedimiento de evaluación tarifaria se debe realizar 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”).

En tal sentido, la evaluación de la propuesta tarifaria presentada por Gasnorp ha sido realizada por el Área Técnica considerando los criterios y principios tarifarios contenidos en el marco normativo vigente (determinación de categorías tarifarias en función al consumo, competitividad frente a sustitutos, entre otros).

A la fecha, se han llevado a cabo las etapas contempladas en los literales a), b) y c) del Procedimiento, correspondiendo proseguir con la etapa prevista en el ítem d) referida a la publicación del proyecto de resolución que aprueba las tarifas respectivas. Cabe indicar que en el marco de la evaluación tarifaria realizada por el área técnica, se ha identificado la presencia de grandes consumidores que a la fecha vienen siendo abastecidos de gas natural por ductos, y cuya inclusión como parte de la demanda de la concesión, tendría un impacto importante en las tarifas que finalmente se determinen. Al

respecto, luego del análisis efectuado en el presente informe sobre cada uno de los casos identificados, se ha llegado a las conclusiones siguientes:

- Respecto a la demanda de la Central Térmica Malacas, esta viene siendo abastecida por ductos de propiedad de la Empresa Eléctrica de Piura S.A. (EEPSA). Al respecto, tanto EEPSA como la DGH han manifestado posiciones opuestas respecto al régimen legal de dichos ductos y a la posibilidad de que los mismos sean transferidos al concesionario de distribución que se instale en la zona conforme se prevé en el Artículo 9° del Reglamento de Distribución. Sin embargo, si bien el pronunciamiento de la DGH expone un razonamiento tendiente a que los ductos de EEPSA sean a futuro transferidos al concesionario de distribución, dicha instancia reconoce la necesidad de realizar acciones previas requeridas para que ello se concrete. Las referidas acciones a la fecha no se han realizado, por lo que la definición del tratamiento de los ductos en cuestión continúa en situación de incertidumbre. Cabe indicar que en aplicación del Principio de Legalidad, Osinergmin no cuenta con facultades para decidir el destino de los ductos de EEPSA. Por lo expuesto, se considera procedente que la evaluación tarifaria considere los dos escenarios posibles: un primer escenario 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. Es necesario precisar finalmente, 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.
- En relación a la Refinería Talara, ésta actualmente es abastecida también por ductos de titularidad de EEPSA; no obstante, a diferencia del caso anterior, la refinería pertenece a un titular distinto y constituye un Consumidor Independiente como cualquier otro, que no se encuentra obligado a contratar su suministro exclusivamente con EEPSA. En tal sentido, independientemente de que los ductos de EEPSA que atienden a la refinería sean o no transferidos al concesionario, dicho consumidor podría válidamente ser atendido por éste último, ya sea a través del ducto adquirido a EEPSA, o a través de infraestructura que para tal efecto instale el concesionario. Por lo expuesto, no se encuentra impedimento para que la demanda de la Refinería Talara sea incorporada en la demanda de la concesión para efectos de la evaluación tarifaria.
- En cuanto a la Central Térmica El Tablazo, la DGH ha manifestado que los ductos que atienden a dicha central pertenecen al Sistema de Recolección y Reinyección operado por la empresa Olympic Perú INC. Sucursal del Perú, por lo que los mismos no deben ser considerados como Ductos de Uso Propio y por ende no podrán ser transferido al eventual concesionario de distribución por aplicación del Artículo 9° del Reglamento de Distribución. En tal sentido, dado que el referido consumidor no será atendido por el concesionario de distribución, no corresponde que su demanda sea incluida en la demanda de la concesión para efectos de la evaluación tarifaria.

Estando a lo expuesto, resulta procedente disponer 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, a fin de recibir las opiniones y sugerencias de los interesados, en aplicación del principio de transparencia.

Informe N° 033-2016-GART**Informe Legal sobre la procedencia de publicar 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****1) Antecedentes**

- 1.1. Mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM, se aprobó el TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos (en adelante “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. En concordancia con lo establecido en 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 Osinergmin.
- 1.3. Mediante Oficio N° 1129-2015-MEM/DGH con fecha 18 de agosto de 2015, Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas (en adelante “DGH”) remitió a este Organismo la propuesta de Tarifas Iniciales presentada por la empresa Gases del Norte del Perú S.A.C. (en adelante “Gasnorp”). Posteriormente, a solicitud de Osinergmin, 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 Osinergmin. 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. De otro lado, en concordancia con 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 Osinerghmin.

- 1.6. 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, Osinerghmin 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 mismo que establece las etapas, plazos y responsabilidades del Regulador y de los agentes interesados en el procedimiento de evaluación de propuesta tarifaria.
- 2.2. 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 Osinerghmin. 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.
- 2.3. 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 Osinerghmin a la propuesta tarifaria presentada por Gasnorp, mediante Oficio N° 1180-2015-GART se remitió a dicha empresa 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.
- 2.4. Mediante comunicación S/N recibida el 23 de diciembre de 2015, según Registro GART N° 11651-2015, la empresa Gasnorp solicitó la ampliación del plazo otorgado en el Oficio N° 1180-2015-GART para el levantamiento de las observaciones formuladas a su propuesta tarifaria, señalando que dicho plazo adicional resulta necesario para que su representada pueda recopilar la información necesaria para el levantamiento de las referidas observaciones.

En atención a lo solicitado, mediante Oficio N° 1192-2015-GART de fecha 28 de diciembre de 2015, este Organismo denegó la ampliación del plazo solicitada debido a que no se verificó la existencia de una situación de fuerza mayor que justifique la necesidad de ampliar el referido plazo, el cual, en concordancia con la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General constituye un plazo improrrogable.

- 2.5.** En tal sentido, dentro del plazo legal 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.

3) Análisis Legal sobre aspectos relevantes del procedimiento de evaluación de la propuesta tarifaria

3.1. Requisitos de las Tarifas Iniciales

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 105° del Reglamento de Distribución, las tarifas de distribución deben proveer al Concesionario los recursos para cubrir los costos eficientes de la prestación del servicio. Asimismo, de acuerdo con el Principio de Eficiencia y Efectividad contemplado en el Artículo 14° del Reglamento General de Osinergmin, la actuación del Regulador se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto.

En atención a lo señalado, el Artículo 29° del Procedimiento para Estudios Tarifarios aprobado por Osinergmin, establece que las tarifas finales para cada categoría de consumidor se deben diseñar considerando, entre otros, los siguientes principios:

- La tarifa debe proveer los ingresos necesarios al concesionario para cubrir los costos reconocidos como eficientes.
- Las tarifas deben ser competitivas para todas las categorías de consumidores, proporcionando un nivel de ahorro a todos los consumidores, respecto del sustituto correspondiente.
- La tarifa debe ser decreciente con el incremento del volumen típico de la categoría.

Por su parte, el Artículo 107° del Reglamento de Distribución, señala que las categorías tarifarias que se establezcan deben tener como base los rangos de consumo y que los costos de Transporte y de Distribución se deben asignar a cada categoría tarifaria de forma tal que se obtengan tarifas finales competitivas respecto del sustituto.

En tal sentido, el cumplimiento de los dispositivos señalados debe ser verificado por el área técnica en el marco de la evaluación de la propuesta tarifaria presentada por Gasnorp, siendo necesario que, para aprobar una tarifa aplicable a la concesión de Piura, ésta cumpla con todos los criterios y principios mencionados precedentemente.

Resulta pertinente precisar en este punto, que de acuerdo con lo señalado en el numeral 8.4 del Procedimiento para Estudios Tarifarios, las tarifas iniciales carecen

de valor si el plan de desarrollo inicial incorporado en el contrato de concesión no concuerda, en sus partes esenciales, con el plan de desarrollo inicial utilizado en el cálculo tarifario.

Finalmente, cabe agregar que de conformidad con lo previsto en el Artículo 121° del Reglamento de Distribución, la tarifa inicial y su plazo de vigencia, serán los establecidos en el Contrato, siendo el plazo de vigencia máximo de ocho (8) años, contados a partir de la Puesta en Operación Comercial. Por tanto, la evaluación tarifaria deberá efectuarse considerando el referido plazo máximo establecido en la norma.

3.2. Definición de la demanda a considerar en la evaluación tarifaria

Con relación a este aspecto, el área técnica ha identificado la presencia de grandes clientes ubicados en la región Piura, cuya incorporación como parte de la demanda a ser atendida por el futuro concesionario que se instale en la zona se encuentra en situación de incertidumbre. La evaluación de estos casos resulta relevante debido a que considerar o no dichas demandas, para el cálculo de la tarifa, podría tener implicancias significativas en los resultados.

En este punto resulta relevante señalar que la demanda considerada para efectos de la evaluación tarifaria, se puede basar tanto en información proporcionada en la propuesta tarifaria, así como en información que obtenga o a la que tenga acceso el Regulador mediante otras fuentes. En todo caso, debe precisarse que la demanda considerada en la evaluación tarifaria no constituye de modo alguno una garantía de demanda en favor del futuro concesionario, a quien corresponde efectuar la evaluación respectiva del negocio considerando la tarifa establecida por la Administración, y adoptar las decisiones que considere bajo su propia cuenta y riesgo, atendiendo a que se trata de una iniciativa privada.

Lo señalado ha sido reconocido por Gasnorp en su escrito de absolución de observaciones, donde menciona que Osinergmin podría definir un esquema de tarifas que se ajuste a la demanda industrial estimada y al número de clientes residenciales propuestos, tal como se hizo en Ica y las regiones del Norte y Sur, teniendo en cuenta que dichas concesiones no contaban con una demanda garantizada. En la misma línea, señala que “se debe tener en consideración que la propuesta tarifaria no tiene por objeto definir los valores de la demanda ni quiénes serán los clientes, sino definir un esquema de tarifas máximo que le sirva al concesionario para hacer su mejor esfuerzo y conseguir la mayor cantidad de clientes”.

Ahora bien, a continuación se señalan los casos identificados cuyo análisis se requiere para la definición de la demanda a considerar:

3.2.1. Central Térmica Malacas y Refinería Talara

La Central Térmica Malacas y la Refinería Talara, actualmente utilizan gas natural suministrado mediante ductos existentes de propiedad de EEPsA. En tal sentido, resulta necesario analizar la pertinencia de incorporar o no las referidas demandas dentro del estudio tarifario.

Al respecto, se han aportado al procedimiento las siguientes posiciones en relación al régimen legal y tratamiento de los referidos ductos:

Pronunciamiento de la DGH

Mediante Oficio N° 1619-2015-MEM/DGH la DGH, en su calidad de responsable del otorgamiento y administración en general de las autorizaciones para la instalación y operación de ductos de transporte de hidrocarburos, ha emitido pronunciamiento sobre el régimen legal al que se encuentran sometidos los referidos ductos (en adelante “Pronunciamiento de la DGH”).

En dicho documento, la DGH ha señalado que los Ductos de Uso Propio operados por potenciales usuarios del servicio de distribución de Gas Natural en cualquier zona, conforme a lo dispuesto por el Artículo 9° del Reglamento de Distribución¹, deberán ser transferidos al Concesionario de Distribución al momento en que este empiece a operar, siempre y cuando las autorizaciones de dichos ductos hayan sido expedidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 014-2008-EM que incorporó el texto vigente del referido Artículo 9° del Reglamento.

Asimismo, en el caso concreto de los ductos de propiedad de EEPsA, señala que si bien estos no cuentan con una autorización administrativa que los configure dentro de alguna de las categorías previstas por el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos aprobado por Decreto Supremo N° 081-2007-EM², ello no implica que los mismos puedan encontrarse fuera del marco de la normatividad vigente, por lo que luego de hacer el análisis respectivo, la DGH determina que dichos ductos corresponden a la categoría de Ductos de Uso Propio y señala que iniciará las acciones correspondientes para la expedición de las autorizaciones de operación respectivas.

De acuerdo a lo señalado, se entiende que la DGH tendría previsto expedir a futuro las autorizaciones administrativas para los ductos de EEPsA; ello implicaría que dichas autorizaciones tendrían fecha de emisión posterior a la entrada en vigencia del mencionado Decreto Supremo N° 014-2008-EM que incorporó el texto vigente del Artículo 9° del Reglamento de Distribución. En suma, de acuerdo con el razonamiento expuesto en el Pronunciamiento de la DGH, el mencionado Artículo 9° resultaría aplicable a los ductos de EEPsA.

¹ Reglamento de Distribución

Artículo 9.- Las disposiciones relacionadas con el acceso abierto de los interesados al uso del Sistema de Distribución, será materia de reglamentación por la DGH.

Los Interesados cuyos consumos de Gas Natural sean en volúmenes mayores a los treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000 m³/día) ubicados en zonas geográficas donde no exista un Concesionario de Distribución de Gas Natural, podrán solicitar autorización a la DGH para la instalación y operación provisional de un ducto que le permita contar con el Suministro de Gas Natural desde la red de Transporte o desde las instalaciones del Productor de Gas Natural.

La autorización quedará sin efecto en el momento en que en dicha zona empiece a operar un Concesionario de Distribución de Gas Natural; debiendo, en este caso, el ducto existente ser transferido al Concesionario de Distribución de la zona al valor que establezca OSINERGMIN.

² El Reglamento de Transporte vigente contempla como las únicas categorías de ductos a los Sistemas de Transporte, cuya operación se encuentra sujeta a Concesión y a los Ductos Principales, Ductos de Uso Propio y los Sistemas de Recolección y Reinyección cuya operación, salvo respecto al último de estos, se encuentran sujeta a un régimen de autorización administrativa

Atendiendo a lo expuesto, Gasnorp señaló en su propuesta tarifaria que en virtud del Pronunciamiento de la DGH, las demandas de la Central Térmica Malacas y de la Refinería Talara que son atendidas por los ductos de EEPsa, son consideradas por Gasnorp como parte de la demanda de su propuesta tarifaria.

Argumentos de EEPsa:

EEPSa se apersona al procedimiento en curso y hace referencia al Pronunciamiento de la DGH, en virtud del cual Gasnorp incluye la demanda de su representada y de la Refinería Talara como parte de la demanda a ser atendida por el futuro concesionario de Piura.

Al respecto, EEPsa señala que en virtud de la licitación llevada a cabo por el Estado Peruano en el año 1996, adquirió diversas instalaciones de gas natural ubicadas en la región Piura. Indica, además, que las bases de dicha licitación se incluyeron los gasoductos existentes, los cuales transportan el gas natural para la planta de electricidad y para la Refinería Talara. Producto de tal 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., contrato en el cual se incluyó la declaración expresa de Electroperú y EEPsa de que esta última contaba con todos los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para instalar y operar todos los activos aportados por Electroperú, incluyendo los gasoductos que fueron transferidos en propiedad sin ninguna carga y con la habilitación necesaria; por lo que es incorrecto afirmar que se encuentren bajo el régimen legal de Ductos de Uso Propio.

Por otra parte, EEPsa afirma que, conforme al Artículo 9° del Reglamento de Distribución vigente en 1999, se reconocía los derechos adquiridos por los consumidores con anterioridad a la entrega en concesión de una determinada área para la distribución de gas natural, señalando que el concesionario debía respetar los mismos, al ser preexistentes al otorgamiento de la concesión. Recién en el año 2008, con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 014-2008-EM, se modificó el Artículo 9° del mencionado Reglamento incorporándose la figura de “ductos con autorización provisional”.

En ese sentido EEPsa afirma que los gasoductos que son de su propiedad en Piura no se encuentran sujetos a la actual regla prevista en el Artículo 9° del Reglamento de Distribución, pues dicha norma asume que los ductos involucrados están sujetos a una autorización de carácter provisional; de esta manera, su titular conoce desde la instalación del ducto, que la propiedad del mismo deberá ser transferida al nuevo concesionario de distribución de gas natural que opere en la zona. Esta regla, conforme lo señala EEPsa, no aplica a los ductos que operan bajo un título permanente, adquiridos con anterioridad a la emisión de la regla contenida en el actual Artículo 9° del Reglamento de Distribución.

De otro lado, EEPsa indica que el Pronunciamiento de la DGH hace notar que emitirá recién la autorización de ducto de uso propio para los gasoductos de EEPsa, y dado que dichas autorizaciones serán posteriores al Decreto Supremo N° 014-2008-EM, entonces será aplicable lo dispuesto en el Artículo 9° del Reglamento de Distribución. Al respecto, EEPsa señala no estar de acuerdo con tal razonamiento.

Adicionalmente, EEPsa solicitó hacer uso de la palabra ante el Consejo Directivo de Osinerghmin a efectos de exponer sus argumentos. En dicha presentación los representantes de EEPsa reiteraron los argumentos expuestos en su escrito de apersonamiento y señalaron además que ninguna norma puede despojar a un particular de su propiedad, salvo el excepcional caso de una expropiación, la cual debe cumplir con determinados requisitos y garantías previstas en la Constitución y que no se cumplirían en el presente caso.

Asimismo, los representantes de EEPsa señalaron que las bases de la licitación en la cual adquirieron los ductos que actualmente operan en Piura, establecen que los activos que se transfirieron a EEPsa como “negocio en marcha” eran los siguientes: (i) las centrales térmicas, (ii) dos plantas de procesamiento de gas por absorción y (iii) la planta de destilación y fraccionamiento de líquidos de gas natural.

Por todos los argumentos expuestos, EEPsa concluye que el régimen legal de sus gasoductos impide que la empresa pueda ser obligada a transferirlos a Gasnorp, lo cual debe ser declarado por Osinerghmin en su momento, y solicita que la demanda atendida por sus ductos no sea considerada en la evaluación tarifaria.

Análisis de Osinerghmin:

De acuerdo con lo señalado en el Reglamento General de Osinerghmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Osinerghmin tiene entre sus funciones la función reguladora, en virtud de la cual le corresponde fijar tarifas del servicio público de electricidad, del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y de la distribución de gas natural por red de ductos.

En concordancia con lo señalado, el Reglamento de Distribución en sus Artículos 18° y 22°, establece como requisito para el trámite de otorgamiento de concesiones de distribución de gas natural por ductos, que Osinerghmin efectúe la respectiva evaluación tarifaria.

Bajo este contexto, la empresa Gasnorp, que tiene en trámite una solicitud para obtener la concesión de distribución de gas natural por ductos de la región Piura, presentó su respectiva propuesta tarifaria, a efectos de que la misma sea evaluada por el Regulador, dándose inicio al presente procedimiento administrativo.

No obstante, conforme se ha expuesto, ha surgido en el procedimiento una divergencia respecto a la titularidad futura de ductos que actualmente viene operando EEPsa en la región Piura.

Sobre el particular, es necesario señalar que conforme al marco normativo vigente y estando al principio de Legalidad que rige la actuación de Osinerghmin, corresponde a este Organismo, en el marco del presente procedimiento, pronunciarse únicamente sobre de las tarifas aplicables a la futura concesión.

En efecto, Osinerghmin como todas las entidades de la Administración Pública, rige su actuar por el Principio de Legalidad, contemplado en el numeral 1.1 del Artículo

IV del Título Preliminar de la LPAG, en virtud del cual este Organismo debe basar sus actuaciones en lo que se encuentra establecido en las normas vigentes.

Así lo señala Morón Urbina, al referirse al principio de legalidad modernamente denominado como “vinculación positiva de la Administración a la Ley”, según el cual *“mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado. En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción. Se exige, además, una relación de subordinación. O sea, que para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento.”*³

Al respecto, de la revisión de las funciones encomendadas por ley a Osinergmin, se ha verificado que éste no cuenta con facultades para dirimir acerca de divergencias presentadas respecto a la titularidad de instalaciones existentes.

En el presente caso, resulta evidente la existencia de una 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. La referida divergencia no corresponde 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 será determinado en el presente procedimiento, cuyo objeto se limita al cálculo de 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.

Ahora bien, de otro lado, es necesario considerar lo señalado por la DGH sobre este punto. Al respecto, si bien la posición de la DGH consiste en calificar los ductos de EEPsa como Ductos de Uso Propio, y de este modo viabilizar una posible transferencia futura de los mismos, el pronunciamiento de dicha instancia reconoce la necesidad de efectuar acciones previas a fin de concretar lo señalado. A la fecha dichas acciones a que se refiere la DGH en su pronunciamiento no se han concretado, ni se han expedido actos administrativos o normas que formalicen la calificación de los ductos de EEPsa y menos aún disposiciones que definan de manera concreta una posible transferencia de los ductos de EEPsa al futuro concesionario de la región Piura.

Teniendo en consideración el escenario descrito, resulta evidente la existencia de una situación de incertidumbre respecto al tratamiento y acciones que se tomarían en relación a los ductos de titularidad de EEPsa, frente a la potencial instalación de un futuro concesionario de distribución de gas natural por red de ductos en la región Piura; y a consecuencia de ello, existe también incertidumbre acerca del

³ Morón Urbina, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Gaceta Jurídica – Primera Edición. Lima 2001. p.26.

tratamiento que debe darse a las demandas atendidas por dichos ductos para efectos de la evaluación tarifaria que compete a este Organismo.

Estando a lo expuesto, ante la incertidumbre existente y teniendo en consideración que Osinergmin debe cumplir con su función de emitir pronunciamiento respecto a la evaluación tarifaria conforme manda el Reglamento de Distribución, resulta procedente que la evaluación tarifaria considere y analice los posibles escenarios que podrían configurarse en la realidad respecto a las demandas atendidas por los ductos de EEPsa; para tal fin, se deberá evaluar las tarifas aplicables en caso se efectúe la transferencia de ductos en favor del concesionario, y también el escenario consistente en que dichas instalaciones no sean transferidas.

De este modo, la evaluación tarifaria podrá contemplar resultados para los posibles escenarios de demanda, debiendo posteriormente aplicarse la tarifa que corresponda al escenario que finalmente se concrete, luego del pronunciamiento definitivo de la autoridad competente respectiva.

Supuestos para la configuración de escenarios de demanda

Para efectos de la configuración de los escenarios de demanda que evaluará el área técnica, resulta necesario hacer un análisis sobre las implicancias que tendría la transferencia de los ductos de EEPsa en el tratamiento de las demandas de la Central Térmica Malacas y de la Refinería Talara.

Al respecto, en el primer escenario posible, que considera la transferencia de los ductos de EEPsa al concesionario que opere en Piura, resulta evidente que la demanda de la concesión incluiría a los dos grandes consumidores mencionados.

No obstante, al evaluar un posible escenario en que dicha transferencia de ductos no se concrete, cabe analizar si la demanda de ambos consumidores debería ser excluida de la evaluación tarifaria.

Sobre el particular, 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 ha señalado EEPsa en sus escritos, el “negocio en marcha” que le fuera transferido mediante el contrato mencionado comprende (i) las centrales térmicas, (ii) dos plantas de procesamiento de gas por absorción y (iii) la planta de destilación y fraccionamiento de líquidos de gas natural.

Como se puede apreciar, el referido contrato de EEPsa no alcanza de modo alguno a la Refinería Talara. Si bien dicho consumidor a la fecha viene siendo atendido a través de los ductos de EEPsa, 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 EEPsa.

En efecto, la Refinería Talara es un Consumidor Independiente como cualquier otro ubicado en la región y cuenta con libertad para decidir y contratar el abastecimiento de su planta con los agentes que considere conveniente, constituyéndose por tanto en un potencial cliente de Gasnorp. Por tanto, aun cuando el ducto de EEPsa que atiende a la Refinería Talara no le sea transferido

al concesionario de distribución de gas natural por ductos, éste siempre tiene la posibilidad de implementar por su cuenta la infraestructura necesaria para atender a cualquier cliente dentro de su área de concesión, lo que evidentemente incluye a la Refinería Talara.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la Central Térmica Malacas, la situación es distinta, por cuanto el ducto que suministra gas natural a dicha central térmica forma parte del negocio integrado de la generación eléctrica transferido a EEPsA en virtud del Contrato de Suscripción de Acciones Clase A y Desarrollo del Proyecto de Generación de la Empresa Eléctrica de Piura S.A. Es decir, EEPsA es titular del ducto que suministra gas natural a su propia central térmica, por cuanto, en caso dichos ductos permanezcan bajo su titularidad y se ratifique que, conforme señala EEPsA, éstos cuenten con todas las autorizaciones necesarias para operar, resulta previsible que la empresa no requeriría los servicios de un concesionario de distribución. Adicionalmente, tomando en cuenta lo expuesto líneas arriba por EEPsA, no resulta posible en esta instancia afirmar con certeza que los ductos que atienden a la Central Térmica Malacas puedan ser transferidos al concesionario, por lo que resulta necesario que la evaluación tarifaria considere un posible escenario en que este consumidor no forme parte de la demanda de la concesión.

Estando a los argumentos señalados, independientemente de lo que la autoridad competente determine en su oportunidad respecto al tratamiento de los ductos de EEPsA, no se encuentra impedimento para que la Refinería Talara, en su condición de Consumidor Independiente, sea considerada como parte de la demanda de la concesión para efectos de la evaluación tarifaria a cargo de este Organismo.

Mientras que, en el caso de la Central Térmica Malacas, sí deberá preverse un escenario que considere la posibilidad de que dicha demanda no sea considerada, por cuanto los ductos y la central térmica pertenecen a un solo titular que actualmente viene operando ambas instalaciones como una unidad de negocio, y en tanto tal situación se mantenga, la Central Térmica Malacas no requeriría los servicios de un concesionario de distribución. Cabe precisar finalmente 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.

3.2.2. Central Térmica El Tablazo

De conformidad con lo señalado en el Pronunciamiento de la DGH, la Central Térmica El Tablazo actualmente viene siendo suministrada de Gas Natural a través de un ducto de titularidad de la empresa Olympic Perú INC. Sucursal del Perú (en adelante “Olympic”).

Al respecto, conforme señaló la referida empresa mediante su Comunicación 133-2015/OLY-LEG recibida el 05 de octubre de 2015, según Registro GART N° 8970-2015 y conforme fue confirmado por la DGH en su pronunciamiento, los ductos de Olympic pertenecen al Sistema de Recolección y Reinyección operado por dicha

empresa, el cual fuera autorizado mediante Resolución Directoral N° 004-2001-EM/DGH de fecha 09 de enero de 2001, modificada por Resolución Directoral N° 091-2001-EM/DGH de fecha 11 de junio de 2001.

En tal sentido, señaló la DGH, para efectos de la estimación de la demanda y fijación de la tarifa de Distribución para el departamento de Piura, el ducto que abastece a la Central Térmica El Tablazo, no debe ser considerado como un Ducto de Uso Propio y por ende no podrá ser transferido al eventual Concesionario de Distribución por aplicación del Artículo 9° del Reglamento.

Por lo expuesto, en atención a lo señalado por la DGH, la demanda de la referida Central Térmica El Tablazo no deberá ser considerada para efectos de la evaluación tarifaria que realice el área técnica.

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 en los ítems a), b) y c) del Procedimiento.
- 4.4.** En ese orden de ideas, de acuerdo con el ítem d) del Procedimiento, resulta procedente disponer 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. Al respecto, atendiendo a los lineamientos y principios contenidos en el marco normativo vigente, el Área Técnica ha procedido a efectuar la evaluación de la Propuesta Tarifaria para Otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural en la Región Piura presentada por Gasnorp, considerando los posibles escenarios de demanda identificados.
- 4.5.** Asimismo, corresponde convocar a audiencia pública, dentro de los 4 días hábiles siguientes contados a partir de la publicación del Proyecto de Resolución, para el sustento y exposición de los criterios, metodología y modelos económicos utilizados en el análisis de la propuesta tarifaria presentada por Gasnorp, la cual, en cumplimiento de lo previsto en el ítem e) del Procedimiento, deberá llevarse a cabo el día 27 de enero de 2016.

- 4.6.** De otro lado, en concordancia con la Ley 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas y lo previsto en el Procedimiento, la publicación del Proyecto de Resolución deberá contener una relación sobre la información que lo sustenta y conceder un plazo para la remisión de comentarios y sugerencias por parte de los interesados, el cual de acuerdo con el ítem f) del Procedimiento debe ser de 5 días hábiles contados a partir de la publicación del proyecto de resolución.
- 4.7.** Finalmente, la elaboración del Proyecto de Resolución se ha efectuado en colaboración con la Coordinación Legal incorporando los fundamentos legales expuestos en el presente informe, correspondiendo al área técnica efectuar el análisis técnico – económico correspondiente.

5) Conclusiones

- 5.1.** Por las razones expuestas en el presente informe, se considera procedente disponer 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.
- 5.2.** El proyecto de resolución respectivo, ha sido elaborado en coordinación con el área técnica, el cual se encuentra apto para ser sometido a aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin.

[mcastillo]