

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 092-2013-OS/CD**

Lima, 04 de junio de 2013

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 15 de abril de 2013, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "OSINERGMIN"), publicó la Resolución OSINERGMIN N° 053-2013-OS/CD (en adelante "Resolución"), mediante la cual se fijaron los Precios en Barra y los peajes del Sistema Principal de Transmisión aplicables al periodo comprendido entre 1° de mayo de 2013 y el 30 de abril de 2014;

Que, con fecha 07 de mayo de 2013, la empresa Kallpa Generación S.A. (en adelante "Kallpa"), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución; así mismo con fecha 10 de mayo de 2013, Kallpa envió un documento con precisiones respecto al recurso, en la cual incluye argumentos adicionales a su petitorio; siendo todo esto materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Kallpa solicita que se declare la nulidad y/o revocación de la Resolución y se emita una nueva resolución en la que se determine los Precios en Barra para el periodo mayo 2013 – abril 2014 sin asumir restricciones en el despacho de las unidades de generación que operen en base a gas natural; fundamentando su Recurso en que se está vulnerando el numeral 1.11 de la Ley N° 27444.

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, Kallpa argumenta que la Resolución tiene como premisa que las centrales térmicas que operan con gas natural sufrirán restricciones en el despacho en proporción a la porción de su capacidad que no sea atendida por la contratación de transporte de gas natural a firme. En este caso agrega, que se asume que las centrales a gas natural sólo podrán operar en función de la capacidad de transporte firme de gas natural contratada y que no tendrán disponible ninguna capacidad de transporte de gas natural adicional;

Que, la recurrente menciona que esta premisa no tiene sustento en los hechos reales, porque ignora que las centrales a gas pueden tener volúmenes de gas natural superiores a la capacidad de transporte firme de gas natural, mediante los contratos de capacidad de transporte interrumpibles, que les permite atender las necesidades para generación en el sistema cuando haya suficiente capacidad de transporte disponible de gas natural;

Que, explica la recurrente, que la capacidad de transporte interrumpible de gas natural no está disponible solamente porque así lo estipulan los contratos celebrados entre las generadoras y Transportadora de Gas Natural (TGP), sino porque en los hechos TGP presta el servicio de transporte de gas natural

interrumpible cuando estas empresas lo solicitan en ejercicio de sus derechos contractuales y estas empresas de generación lo utilizan efectivamente. Así mismo agrega la recurrente, que el COES programa la operación de las unidades de generación a gas natural sin restringir la capacidad de transporte firme contratado, para lo cual presenta el cuadro de volumen de gas programado y consumido del día 13.07.2012;

Que, además la recurrente agrega, que durante los periodos en los que la capacidad del ducto no resulte suficiente para abastecer a todos los generadores, las centrales podrán obtener capacidad de transporte de gas natural en exceso de su capacidad firme contratada, debido a que durante estos periodos tendrán las siguientes opciones de suministro de gas natural:

- a. La liberación de capacidad de transporte firme por mantenimiento programado o no programado de las centrales que hayan contratado dicha capacidad.
- b. La reasignación de capacidad de transporte cuando el COES ejerza las facultades otorgadas en el Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1041.
- c. Las cesiones de capacidad de transporte en el Mercado Secundario de Gas Natural que se encuentren regulados con el Decreto Supremo N° 046-2010-EM.

Que, en este caso la recurrente presenta, a manera de ejemplo, un cuadro con la información comparativa de los consumos de las centrales térmicas en un día de congestión en el sistema de transporte de gas natural (22.08.2009), el que presenta los consumos de gas de las empresas EDEGEL y ENERSUR, así como sus volúmenes firmes e interrumpibles de ambas empresas;

Que, finalmente la recurrente agrega, que OSINERGMIN tiene información suficiente que le puede permitir proyectar las ocasiones en que una central de generación obtendrá capacidad de transporte de gas natural superior a su capacidad de transporte firme contratada, tales como:

- a. Información técnica de la eficiencia de las unidades de generación, que permite prever reasignaciones de capacidad de transporte de gas natural.
- b. Información estadística de las reasignaciones de capacidad de transporte realizadas en el pasado cercano.
- c. Información técnica sobre la periodicidad de los mantenimientos que le permita estimar la liberación de capacidad de transporte por indisponibilidades programadas
- d. Información estadística sobre indisponibilidades no programadas que le permite anticipar ocasiones en las que se liberará la capacidad de transporte por indisponibilidades no programadas.

Que, en este sentido, la recurrente concluye que OSINERGMIN omitió verificar la veracidad de las premisas en que se basó la Resolución sobre la base de la información que tenía a su disposición en contravención a la Ley del Procedimiento Administrativo General por lo que, a su criterio, ésta es nula.

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, consideramos necesario precisar que la inclusión de las restricciones de transporte y producción de gas natural en el presente proceso de fijación de Precios en Barra, se debe a que el Decreto de Urgencia N° 049-2008, que establece que los costos marginales se determinen sin restricciones en producción o transporte de gas natural, vence en diciembre de 2013. Por lo cual, para los años 2014 y 2015 que forman parte del horizonte de estudio de la presente regulación, se deben modelar las restricciones en el transporte de gas natural; mientras que, para el año 2013 se mantiene la premisa de que no existen restricciones en el transporte del gas natural, que implica considerarlo con capacidad ilimitada;

Que, en el Anexo O del Informe N° 0147-2013-GART que sustenta la Resolución, se describe que el criterio utilizado para la representación de la congestión en el transporte de gas natural, es optimizar el uso entre las centrales térmicas a gas natural de la capacidad disponible de transporte de gas natural, para lo cual se toma en cuenta los contratos firmes de transporte de gas natural que tengan las empresas generadoras, propietarias de las centrales térmicas, así como las eficiencias o rendimientos de estas unidades. Por lo cual, no es cierto lo mencionado por la recurrente, de que la premisa utilizada en la Resolución haya sido que las centrales térmicas a gas natural sólo pueden operar en base a sus capacidades de transporte firme de gas natural;

Que, en el referido Anexo O también se menciona que para estimar la capacidad disponible de transporte de gas natural, se ha considerado la información remitida por la empresa Transportadora de Gas del Perú (TGP) al Subcomité de Generadores del COES, mediante carta TGP/GECO/INT-0847-2013 de fecha 21.01.2013, en el cual la TGP informa que las dos (2) etapas de la “Ampliación Previstas”, descritas en los numerales (ii) (ampliación por un volumen entre 530 MMPCD hasta 650 MMPCD) y (iii) (ampliación por un volumen entre 650 MMPCD hasta 850 MMPCD) del literal b) de la Clausula 9.30 del Contrato BOOT, se encuentran suspendidas mientras dure el evento de Fuerza Mayor declarado por el Ministerio de Energía y Minas;

Que, en este sentido, dada la incertidumbre en el desarrollo de los ampliaciones previstas en el transporte de gas natural de Camisea, para la presente fijación se considera que en los años 2014 y 2015 estas no se realizarán, motivo por el cual se tiene que la capacidad de gas disponible para la generación eléctrica, en esos años, estará en el orden de 390 MMPCD, valor que resulta siendo inferior a las capacidades previstas en los contratos de transporte firmes de gas natural para esos años, que en total serían superiores a 410 MMPCD. Por lo cual, dado el vencimiento del Decreto de Urgencia N° 049-2008, corresponde que en la presente fijación se considere esta restricción de transporte de gas natural dentro de la señal de precios;

Que, con relación, a los argumentos de la recurrente de que las centrales de generación respaldan la operación de sus centrales a gas natural con sus contratos de transporte firmes e interrumpibles, estamos de acuerdo con esta afirmación en el sentido de que la Norma del Servicio de Transporte de Gas Natural por Ductos, aprobada con el Decreto Supremo N° 018-2004-EM, permite que las empresas generadoras tengan la opción de firmar contratos firmes y/o interrumpibles con TGP para respaldar la operación de sus centrales a gas natural. Sin embargo, en esta misma norma se establece que este servicio

interrumpible se realizará en tanto exista capacidad disponible de transporte de gas natural, por lo que se entendería que en condiciones de falta de capacidad disponible, TGP no está en obligación de brindar este servicio;

Que, en el caso que argumenta la recurrente, de que en la programación diaria el COES no considera la restricción de capacidad de transporte firme de las empresas generadoras sino un volumen mayor de transporte, es necesario precisar que la programación diaria forma parte de la Programación de Corto Plazo que, a diferencia de la programación de la operación que se realiza para las fijaciones de Precios en Barra, en estas programaciones diarias se realiza un despacho de las unidades de generación en forma horaria (o de media hora) y considerando un mayor grado de detalle en la modelación de generación, de la red de transmisión y de las curvas de la demanda diaria, así como restricciones técnicas y de seguridad que limitan la operación. En este sentido, es claro que para una representación más próxima a la realidad, el COES solicita que las empresas generadoras le informen o declaren su disponibilidad de gas natural para el día siguiente, con lo cual se entiende que cada empresa incluyen tanto sus volúmenes de contratos de transporte firme, así como los volúmenes de contratos de transporte interrumpibles que se encuentran disponibles para su operación más aquellos que eventualmente haya conseguido mediante contratos bilaterales, el cual variar de un día a otro, conforme se puede observar en la información publicada en el COES en sus Informes de Evaluación de la Operación Diaria (IEOD);

Que, debido a la variabilidad que puede tener la disponibilidad de gas natural en el corto plazo, no es factible predecir cuánto serán las disponibilidades de gas natural para cada empresa en un horizonte mayor de análisis. Así tenemos, que el mismo COES dentro de sus Programaciones de Mediano Plazo donde mensualmente elabora el despacho de las centrales de generación para un horizonte de un año, considera dentro de las restricciones, la capacidad disponible del gas natural de Camisea para las unidades de generación, con un criterio similar al empleado en la presente regulación, y no las declaraciones que las empresas realizan para la programación de corto plazo;

Que, con relación al argumento de la recurrente de que en periodos en los que la capacidad del ducto no resulte suficiente para abastecer a todos los generadores, que se prevé se presente en los años 2014 y 2015 sin el desarrollo de las ampliaciones previstas en el contrato BOOT de TGP, las empresas pueden optar por (i) utilizar la capacidad de transporte firme liberado por mantenimiento programado o no programado; (ii) la reasignación de capacidad prevista en el Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1041; y (iii) las cesiones de capacidad de transporte del Mercado Secundario de Gas Natural previsto en el Decreto Supremo N° 046-2010-EM, es necesario manifestar, que la utilización de estas opciones por parte de estas empresas es factible, pero para periodos cortos de operación, es decir para tener una mayor disponibilidad de gas por un día o una semana, o en momentos de congestión declarados por el Ministerio de Energía y Minas, los cuales pueden ser incluidos en las programaciones de corto plazo que realiza el COES; sin embargo, dado que la toma de decisión de utilizar o no estas opciones y en qué periodo de tiempo depende de cada empresa generadora en base a la evaluación de sus beneficios, y que éste no necesariamente debe seguir un mismo patrón de funcionamiento, no resultaría ser una información predecible que se pueda utilizar confiablemente en

horizontes de mediano plazo, como es la programación de operaciones de la presente fijación de Precios en Barra;

Que, con relación a la información disponible que la recurrente describe y menciona que no se utilizó en el presente proceso, es necesario precisar que esta regulación de Precios en Barra no tiene como finalidad realizar una proyección de las disponibilidades de gas natural que tendrán cada central de generación utilizando escenarios hipotéticos de contratación no validados, debido a que se entiende que cada empresa maneja las opciones comerciales que el sistema le ofrece para conseguir disponibilidades de gas natural ya sea en forma permanente, como son los contratos de transporte firmes, o por periodos cortos o eventuales, como pueden considerarse los contratos interrumpibles que le dan el servicio sólo cuando exista capacidad disponible, así como los contratos bilaterales entre usuarios de la red;

Que, en este sentido, consideramos que la información utilizada para estimar la capacidad disponible de gas natural, es la que más se aproxima a la realidad actual, dado que considera como premisa básica el hecho real de que no se están realizando los trabajos de ampliación de transporte de gas natural, y que en ese escenario para los años 2014 y 2015 la capacidad disponible de gas natural será limitada para los generadores eléctricos, situación que consideramos es imposible obviar por lo que debe ser considerada para efectos de la formación de precios que se estiman en esta regulación;

Que, de acuerdo a lo expuesto, queda claro que el Regulador ha cumplido con evaluar y verificar plenamente la información existente y sustentar los criterios aplicados en la fijación de Precios en Barra a que se refiere la Resolución impugnada, rodeando de este modo al acto administrativo de todas las garantías que permiten tener la certeza que se ha agotado la búsqueda de los hechos reales que sustentan la decisión, por lo que no se ha vulnerado el Principio de Verdad Material establecido en el numeral 1.11 del Artículo 1° del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante "LPAG");

Que, asimismo, la recurrente, en su recurso de reconsideración, solicita la "nulidad" y "revocación" de la Resolución; al respecto, procederemos a analizar brevemente cada uno de ellos;

Que, las causales para declarar la nulidad de un acto administrativo, se encuentran señaladas en el Artículo 10° de la LPAG y son (i) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; (ii) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14; (iii) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; y, (iv) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma;

Que, al respecto, la recurrente no ha acreditado que la resolución impugnada infrinja la Constitución o las leyes, haya sido emitida por un órgano sin competencia para hacerlo, carezca de objeto o contenido, finalidad pública, motivación, o haya sido emitida sin mediar el procedimiento regular correspondiente. En tal sentido, al no haberse configurado ningún supuesto que

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 092-2013-OS/CD**

amerite la nulidad de la resolución impugnada; corresponde desestimar el pedido de nulidad de la recurrente;

Que, asimismo, respecto a la revocación solicitada, cabe señalar que esta figura se encuentra regulada por el Artículo 203° de la LPAG; sobre el particular, señala Morón Urbina, comentando el artículo mencionado, que la norma prevé sólo tres posibilidades para la actuación de la revocación en el derecho administrativo nacional (i) Revocación habilitada por norma expresa; (ii) Revocación – sanción que se produce en caso de incumplimiento de las obligaciones o condiciones asumidas por el destinatario del acto; y, (iii) Revocación de actos desfavorables, que recae sobre actos de gravamen, es decir, que han creado una carga, obligación o sanción al administrado que deviene en injustificada;

Que, estando a lo señalado, resulta evidente que no se configura ninguno de los supuestos mencionados respecto de la resolución impugnada, por lo que tampoco resulta procedente aceptar el pedido de revocación de la Resolución;

Que, como se ha señalado, corresponde desestimar el petitorio de Kallpa consistente en determinar los Precios en Barra para el periodo mayo de 2013 – abril 2014 sin asumir restricciones en el despacho de las unidades de generación que operen en base a gas natural;

Que, sin perjuicio de lo señalado, y por los argumentos expuestos en los considerandos precedentes, se concluye que la resolución impugnada no incurre en ninguno de los supuestos establecidos por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, para declarar su nulidad o revocación, por lo que estos pedidos no deben ser aceptados.

Que, finalmente, se ha expedido el Informe Técnico N° 0232-2013-GART de la División de Generación y Transmisión Eléctrica y el Informe Legal N° 231-2013-GART de la Asesoría Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, los cuales complementan la motivación que sustenta la decisión de OSINERGMIN, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del Artículo 3°, de la Ley del Procedimiento Administrativo General; y,

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas; en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM; en el Decreto Legislativo N° 1002 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2011-EM; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de OSINERGMIN en su Sesión N° 15-2013.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la Kallpa Generación S.A. contra la Resolución OSINERGMIN N° 053-2013-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar no ha lugar el pedido de nulidad y de revocación de la Resolución OSINERGMIN N° 053-2013-OS/CD formulados por la empresa Kallpa Generación S.A.

Artículo 3°.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con los Informes [N° 0232-2013-GART](#) y [N° 231-2013-GART](#), en la página Web de OSINERGMIN: www.osinergmin.gob.pe.

**JESUS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo**