

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 115-2014-OS/CD**

Lima, 13 de junio de 2014

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 14 de abril de 2014, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "OSINERGMIN"), publicó la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD (en adelante "Resolución 067"), mediante la cual se fijaron los Precios en Barra y los peajes del Sistema Principal de Transmisión aplicables al periodo comprendido entre 1º de mayo de 2014 y el 30 de abril de 2015;

Que, con fecha 08 de mayo de 2014, la empresa Duke Energy Egenor S en C. por A. (en adelante "EGENOR"), interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso impugnativo;

Que, con fecha 28 de mayo de 2014, la empresa Kallpa Generación S.A. (en adelante "Kallpa"), presentó opiniones y sugerencias en relación con el recurso impugnativo de EGENOR.

2.- EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, EGENOR solicita que se incluya en el Cargo Unitario por Compensación FISE, el recargo FISE que este paga.

2.1 SUSTENTO DEL PETITORIO

Que, la impugnante señala que OSINERGMIN ha omitido considerar el pago del recargo FISE que ésta realiza a través de la empresa Gas Natural de Lima y Callao S.A. (Cálidda), y que por lo tanto ha omitido incluir la recuperación de dicho recargo, conforme a lo estipulado en el Artículo 4.3 de la Ley N° 29852. Indica que observó ello en los comentarios y sugerencias a la publicación del proyecto de resolución de fijación de Tarifas en Barra, efectuada mediante Resolución OSINERGMIN N° 039-2014-OS/CD; y que en el numeral 3.4. del Informe N° 181-2014-GART se absolvió sus comentarios, indicando que al no tratarse EGENOR de un usuario del servicio de transporte de gas natural sino, por su propia decisión empresarial, usuario directo del servicio de distribución, no correspondía aceptar su sugerencia de incluir el recargo FISE pagado por EGENOR en el Cargo Unitario por Compensación FISE;

Que, como fundamentos de derecho la recurrente invoca el Artículo 4.3 de la Ley N° 29852, respecto al financiamiento del recargo FISE y su compensación, así como los Artículos 2.9 y 6 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-99-EM (en adelante "Reglamento de Distribución") respecto a las opciones de contratación del consumidor independiente para adquirir el gas

natural directamente del productor y contratar el transporte del mismo con el concesionario de transporte y la distribución del gas natural con el concesionario de distribución o el contratar el suministro de gas natural, y por tanto, toda la cadena con el concesionario de distribución;

Que, señala EGENOR que optó legal y válidamente por contratar su suministro de gas directamente con el concesionario de distribución (Cálidda) un año antes que se creara el FISE y se publicara la Ley N° 29852, de acuerdo con lo permitido por el Reglamento de Distribución y en el libre ejercicio de su derecho a la libertad de contratar. Agrega que aun si hubiera asumido erróneamente que los recargos FISE no le iban a ser compensados, EGENOR no hubiera podido cambiar su opción de suministro de gas natural, debido a que conforme al Decreto Supremo N° 016-2004-EM el concesionario de transporte solo puede ofertar su capacidad de transporte disponible a través de ofertas públicas (*open seasons*), habiendo culminado la última de ellas, en agosto de 2011, es decir, varios meses antes de la creación del FISE;

Que, EGENOR agrega que los Artículos 66 y 106 del Reglamento de Distribución establecen que el concesionario de distribución debe facturar al Consumidor, de manera independiente: (i) el Costo del Gas Natural para atender al consumidor; (ii) el costo por transporte para atender al Consumidor; y (iii) la tarifa de distribución, entre otros conceptos, es decir, el concesionario de distribución traslada al Consumidor los Costos pagados por el Gas Natural y el Transporte del mismo, habiendo precisado Cálidda que a partir del 10 de junio de 2012, el costo del Transporte del Gas Natural trasladado al consumidor incluye el recargo por FISE conforme a la Ley N° 29852. Indica el impugnante que según ello Cálidda traslada a EGENOR el costo del transporte incurrido por Cálidda para el suministro que le hace de gas natural, incluido el recargo por FISE; y por ello, EGENOR asume el pago del referido recargo por lo que habiendo contratado su suministro de Gas Natural directamente con el concesionario de distribución y no habiendo existido posibilidad alguna de cambiar dicha forma de contratación después de la creación del FISE, según EGENOR, resulta discriminatorio que ésta sea la única generadora eléctrica usuaria del Sistema de Transporte de Gas Natural por Red de Ductos de la empresa Transportadora de Gas del Perú (TGP) que no se vea beneficiada con la compensación FISE prevista en la Ley, pese a que EGENOR paga el recargo FISE al serle trasladado en su facturación;

Que, la empresa indica que según el Artículo 4.3 de la Ley N° 29852, el recargo FISE pagado por los generadores eléctricos es compensado mediante un cargo a ser incluido en el peaje del SPT, y es administrado y regulado por OSINERGMIN según lo que dispone el reglamento; y que sin embargo, al no reconocer el recargo pagado por EGENOR en el cargo unitario por compensación FISE aprobado en la Resolución 067, OSINERGMIN está incumpliendo los principios de legalidad y de imparcialidad previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). EGENOR agrega que conforme a dichos principios, OSINERGMIN debió actuar según el Artículo 2.2 de la Constitución que establece el derecho fundamental de la igualdad ante la Ley. Indica asimismo que la finalidad del Artículo 4.3 de la Ley N° 29852 es que los generadores eléctricos que pagan el recargo FISE se vean compensados con el cargo en el peaje del SPT a diferencia de los generadores eléctricos que no pagan dicho recargo por no requerir el uso del Sistema de

Transporte de Gas Natural por Red de Ductos de TGP que optan por contratar el mismo no directamente del transportista sino a través del Concesionario de Distribución pero que terminan asumiendo el pago del recargo FISE, al igual que los generadores eléctricos que contratan directamente el transporte de gas natural con TGP. EGENOR considera que excluirla de la compensación contraviene el principio de razonabilidad previsto en la LPAG y no es razonable ni proporcional a los fines públicos que busca tutelar dicha ley más aún si ello solo responde a la forma de contratación del suministro y no al pago o no del recargo FISE;

Que, el impugnante precisa que la devolución del pago por recargo por FISE no afecta ni perjudica a los beneficiarios del FISE debido a que el cargo unitario es trasladado a la demanda eléctrica en su totalidad;

Que, finalmente, EGENOR señala que según sus argumentos y pruebas presentadas, el pago por recargo FISE efectuado por EGENOR debe ser incluido en el Cargo Unitario por Compensación FISE que fija OSINERGMIN en la Resolución 067 porque caso contrario no se cumpliría con la finalidad de la Ley y se afectarían los principios de legalidad, imparcialidad y razonabilidad que deben regir la actuación de la administración.

Comentarios de Kallpa

Que, Kallpa señala que mediante Resolución Ministerial N° 160-2014-MEM/DM, publicada el 26 de marzo del 2014, se aprobó la transferencia de autorización efectuada por EGENOR a favor de Kallpa para desarrollar la actividad de generación eléctrica en las instalaciones de la central eléctrica Las Flores desde el 01 de abril de 2014 y que, en ese sentido, a partir de dicha fecha, asumió todos los derechos y obligaciones que le corresponde conforme a la LCE, el Artículo 126 de su Reglamento y demás normas legales y técnicas aplicables. Agrega que conforme a esto, Kallpa asumió la posición contractual de Duke en el contrato de servicio de transporte firme de gas natural suscrito con TGP, transfiriéndosele a Kallpa todos los derechos y obligaciones contractuales que correspondían a EGENOR;

Que, señala Kallpa que la Resolución impugnada establece la redistribución de montos por aplicación del Cargo Unitario por concepto FISE entre las empresas EGENOR, Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A., Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A., Edegel S.A.A., Enersur S.A.A., Kallpa, SDF Energía S.A.C., Fénix Power Perú S.A., Termochilca S.A.C y Termoselva S.R.L., considerando las proporciones de 1,5%, 0,9%, 4,2%, 24,3%, 22,1%, 23,9%, 2,0%, 12,3%, 4,8% y 4,0%, respectivamente;

Que, finalmente, por lo expuesto, Kallpa solicita que OSINERGMIN corrija la redistribución de montos por aplicación del Cargo Unitario por FISE considerando lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 160-2014-MEM/DM.

2.2 ANÁLISIS DE OSINERGMIN

Que, el Artículo 4.3 de la Ley N° 29852 dispone que es un recurso del FISE el recargo a la facturación mensual de los cargos a los usuarios de transporte de

gas natural por ductos, que incluye a los ductos de Servicio de Transporte, Ductos de Uso Propio y Ductos Principales, definidos como tales en el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 081-2007-EM; y, que el recargo pagado por los generadores eléctricos es compensado mediante un cargo a ser incluido en el peaje del sistema principal de transmisión eléctrica y es administrado y regulado por OSINERGMIN según lo que dispone el reglamento;

Que, de la norma citada se desprende que el obligado al pago del cargo FISE es el usuario de transporte de gas natural por ductos, el cual según las definiciones previstas en los numerales 2.54, 2.9 y 2.8 del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, es la persona natural o jurídica que contrata con el concesionario el servicio de transporte. En el caso aludido por EGENOR, el contrato del Servicio de Transporte no ha sido suscrito por dicha empresa, sino que se trata de un contrato en que las partes son por un lado el que presta el servicio de transporte, es decir, el concesionario de transporte de hidrocarburos por ductos (TGP) y por otro lado el usuario de dicho servicio, que en el caso materia de análisis es el concesionario de distribución de gas natural por red de ductos (Cálidda), recargo que luego Cálidda trasladará a sus propios usuarios como parte del costo de transporte; y en la relación contractual entre Cálidda y TGP, Cálidda está obligada a pagarle el recargo FISE a TGP; sin embargo en ese caso, no existe derecho de compensación en la tarifa eléctrica, a que se refiere el Artículo 4.3 de la Ley N° 29852 toda vez que para ello se requiere que el usuario del servicio de transporte sea un generador eléctrico, que es un supuesto ajeno al contrato de TGP con Cálidda, debido a que esta última no es un generador eléctrico;

Que, en efecto, la parte final del citado Artículo 4.3 está precedida de la facturación al usuario del transporte de gas natural, es decir, según dicha norma que no puede ser fraccionada para su interpretación y aplicación como erróneamente lo hace el impugnante, tiene como contexto el hecho que el recargo haya sido pagado por un “usuario” de transporte que a su vez es un generador eléctrico y por ello la norma precisa que el recargo pagado por el generador eléctrico es compensado mediante un cargo que se incluye en el sistema principal de transmisión eléctrica;

Que, en consecuencia, conforme a lo dispuesto en forma integral, en el artículo 4.3 de la Ley N° 29852, para determinar si a un generador eléctrico le corresponde la compensación mediante un cargo incluido en la tarifa eléctrica (en el peaje del sistema principal de transmisión eléctrica), debe verificarse si éste es un usuario de transporte de gas natural, es decir, no se trata de analizar las opciones de contratación del generador eléctrico o la coyuntura bajo la cual firmó o no el servicio requerido para contar con el gas natural que le permitiera generar electricidad, tampoco se trata de poner en discusión los Artículos del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en virtud de los cuales el concesionario de distribución traslada a sus usuarios dentro del costo de transporte el recargo FISE, sino que debido al principio de legalidad previsto en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG que obliga a OSINERGMIN a regular las tarifas aplicando las normas vigentes, se debe analizar cuál es el ámbito de aplicación del Artículo 4.3 de la Ley N° 29852 para que se puedan delimitar los conceptos que deben ser incluidos como compensación en el peaje del sistema principal de transmisión eléctrica. Como

veremos en los considerandos siguientes, dicho ámbito de aplicación alcanza solo a generadores eléctricos que a su vez tengan un contrato de transporte con TGP;

Que, en cumplimiento del principio de legalidad, OSINERGMIN no puede crear supuestos de aplicación, máxime si no hay ningún vacío legal que lo obligue a la integración normativa, toda vez que el Artículo 4.3 de la Ley N° 29852 ha señalado el supuesto respectivo de aplicación, que es el del usuario del transporte que a su vez es generador eléctrico; tal es así que actuar de manera distinta a lo previsto en la Ley, contraviene el principio de legalidad, razón por la cual OSINERGMIN no puede incluir en la tarifa en barra una compensación no prevista en la Ley N° 29852, como lo sería el pago efectuado por recargo FISE como parte del costo de transporte de gas natural, por un consumidor independiente, sea o no un generador eléctrico, que no tenga contrato de transporte con TGP;

Que, en ese sentido, respecto al ámbito de aplicación del Artículo 4.3 de la Ley N° 29852, de acuerdo con lo explicado en los párrafos anteriores la compensación, por mandato de la referida norma, resulta aplicable al generador eléctrico que tiene un contrato de transporte de gas natural con el concesionario de transporte, situación en la cual no se encuentra EGENOR, toda vez que dicha empresa, respecto a la materia impugnada, solo tiene contrato con el concesionario de distribución de gas natural por red de ductos y por lo tanto para esos efectos no está en el ámbito de aplicación del referido Artículo;

Que, el derecho a la igualdad ante la ley exige que la norma deba ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma jurídica. En el presente caso los otros generadores eléctricos sí están en el supuesto de la norma por cuanto conforme a la primera parte del Artículo 4.3 de la Ley N° 29852, son usuarios del servicio de transporte de gas natural y tienen suscrito un contrato de transporte con TGP; mientras que EGENOR no cumple con dicho supuesto normativo, no es un usuario de transporte conforme lo exige el Artículo 4.3 de la Ley, concordante con las definiciones de los numerales 2.54, 2.9 y 2.8 del Reglamento de Transporte; en consecuencia no puede considerarse que exista una aplicación discriminatoria de la Ley hacia EGENOR ni que se ha afectado el principio de imparcialidad, dado que el impugnante no está en el supuesto de la norma y por lo tanto, se encuentra en un supuesto distinto a los demás generadores eléctricos;

Que, en cuanto al principio de razonabilidad, el impugnante ha resaltado que la LPAG dispone que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. Sobre el particular, cabe indicar que OSINERGMIN no ha restringido derechos de EGENOR, sino que simplemente la Ley N° 29852 no le otorga el derecho a compensación por no ser usuario de transporte. La aplicación de dicha Ley por parte de OSINERGMIN no significa afectar el principio de razonabilidad ni que pueda invocarse de modo alguno dicho principio para incumplir o cuestionar una ley;

Que, respecto a que no se cumpla con la finalidad del Artículo 4.3 de la Ley N° 29852, cabe indicar que de la norma propiamente dicha no puede extraerse si su finalidad ha sido otorgar la compensación a cualquier generador eléctrico, sin importar que tuviera o no un contrato de transporte suscrito con el transportista de gas natural y que efectuar dicha interpretación involucra aspectos subjetivos y cuestionamientos al texto expreso del Artículo 4.3 de la Ley que no puede efectuar una autoridad administrativa por cuanto infringiría el principio de legalidad, toda vez que este Artículo en su parte inicial exige el requisito de ser usuario de transporte para que el generador eléctrico tenga el derecho a la compensación en la tarifa eléctrica;

Que, respecto al interés general, el cumplimiento de la norma por parte de OSINERGMIN no lo afecta, simplemente se presenta una situación en que no se recarga el pago por FISE efectuado por EGENOR a los usuarios del servicio eléctrico;

Que, por los fundamentos expuestos, se declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto por EGENOR;

Sobre los comentarios de Kallpa

Que, de conformidad con la Resolución Ministerial N° 160-2014-MEM/DM, a partir del 01 de abril de 2014, se debe tener como titular de la autorización para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica en las instalaciones de la Central Térmica Las Flores a la empresa Kallpa, la cual asume los derechos y obligaciones que tenía EGENOR en dicha central;

Que, asimismo, según consta en la cláusula vigésimo primera y los numerales 7,8 y 9 de la cláusula "Antecedentes" del Contrato de Servicio de Transporte Firme de Gas Natural, de fecha 01 de abril de 2014, suscrito entre TGP y Kallpa (elevado a escritura pública con fecha 15 de abril de 2014 ante el Notario Ricardo Fernandini Barreda), EGENOR ha cedido su posición contractual del Contrato de Servicio de Transporte a Firme referido a la Central Térmica Las Flores;

Que, atendiendo a la citada Resolución Ministerial y a la posición contractual asumida por Kallpa en el contrato de transporte de gas a firme que tenía EGENOR con TGP, los derechos tarifarios sobre Cargo Unitario por concepto FISE de la C.T. Las Flores que hayan sido asignados a EGENOR en la Resolución 067 como producto del contrato de servicio de transporte firme de Gas Natural que suscribió EGENOR con TGP, deben ser transferidos a la empresa Kallpa Generación S.A., y para tal efecto, consignarse en resolución complementaria, la redistribución de los montos del referido Cargo.

Que, finalmente, se ha expedido el Informe Legal N° [300-2014-GART](#) de la Coordinación Legal de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria, el cual complementa 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 3º, de la Ley del Procedimiento Administrativo General; y,

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 115-2014-OS/CD**

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 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° 17-2014.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Duke Energy Egenor S en C. por A. contra la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD, por las razones señaladas en el numeral 2.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Los derechos tarifarios sobre Cargo Unitario por concepto FISE de la Central Térmica Las Flores que fueron asignados a Duke Energy Egenor S en C. por A., en la Resolución OSINERGMIN N° 067-2014-OS/CD, serán transferidos a la empresa Kallpa Generación S.A., y para tal efecto, se consignará en resolución complementaria, la redistribución de los montos del referido Cargo.

Artículo 3°.- La presente Resolución deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano y consignada junto con el Informe Legal N° [300-2014-GART](#), en la página Web de OSINERGMIN: www.osinergmin.gob.pe.

**JESUS TAMAYO PACHECO
Presidente del Consejo Directivo**