

“Año de la Consolidación del Mar de Grau”

**Informe Técnico Legal N° 252-2016-GRT**

**Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Olympic Perú Inc. Sucursal del Perú contra la Resolución N° 023-2016-OS/CD que aprobó las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en la Región Piura**

**Para** : **Victor Ormeño Salcedo**  
Gerente Adjunto de Regulación Tarifaria

**Referencia** : a) Recurso de reconsideración interpuesto por la Olympic Perú Inc. Sucursal del Perú mediante documento recibido por Osinergmin, según Registro N° 201600032438

b) D.474-2016-GRT

**Fecha** : 18 de abril de 2016

---

## **RESUMEN**

El presente Informe tiene como finalidad analizar el recurso de reconsideración interpuesto por Olympic Perú Inc. Sucursal del Perú (Olympic) contra la Resolución N° 023-2016-OS/CD, mediante la cual se aprobaron las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en la Región Piura, a solicitud de la empresa Gases del Norte del Perú S.A.C. (Gasnorp)

La recurrente solicita que se declare fundado su recurso de reconsideración y en consecuencia, se deje sin efecto Resolución 023, por haberse vulnerado el principio del debido procedimiento al permitir que Gasnorp actualice su propuesta tarifaria reiniciándose el procedimiento de evaluación tarifaria en lugar de desaprobando la misma y concluir el procedimiento. Al respecto, se concluye que no corresponde aceptar la solicitud de nulidad formulada debido a que en caso se hubiera desaprobado la propuesta tarifaria, Gasnorp hubiera podido presentar nuevamente su propuesta actualizada de todos modos en virtud del derecho de petición que le asiste, encontrándose Osinergmin obligado a efectuar la evaluación tarifaria que le encomienda la ley y pronunciarse fijando las tarifas de todos modos. En consecuencia, dado que Osinergmin no puede eludir su función de aprobar las tarifas aplicables y en virtud de los principios de impulso de oficio, informalismo y eficacia, la decisión de solicitar la actualización de la propuesta tarifaria y reiniciar su evaluación se encuentra sustentada y no constituye vulneración alguna al debido procedimiento como señala la recurrente.

Otro extremo contenido en el recurso de Olympic es el referido a los costos de operación y mantenimiento considerados por el Regulador, al respecto la recurrente solicitó se precise la motivación de los criterios aplicados y que se modifiquen los costos considerados. Sobre este punto, se ha procedido a explicar que se toma como referencia la concesión de distribución de gas natural de Ica para la estructuración del personal, ello por ser una región con provincias

y/o distritos distanciados, al igual que en el caso de Piura; mientras que para el nivel remunerativo se ha considerado lo regulado en la concesión de distribución de gas natural de Lima al existir información validada en la regulación de dicha concesión. Sin embargo, se ha reevaluado el nivel de remuneraciones considerando información del estudio “La Encuesta Conociendo el Mercado Salarial” realizada por la empresa consultora Pricewaterhouse Coopers.

Olympic sostiene también que se habrían vulnerado los principios de legalidad y predictibilidad al haberse aprobado tarifas que contemplan escenarios. Al respecto, se concluye que Osinergmin cuenta con facultades legales para fijar las tarifas y puede, para cumplir tal objetivo, recurrir a criterios y principios técnicos y económicos, debiendo motivar y sustentar adecuadamente su decisión. En el presente caso la norma permite al regulador cierto margen de actuación en cuanto al detalle de la fijación tarifaria, dado que ésta requiere del análisis y procesamiento de gran cantidad de información y evaluación de diversos factores y escenarios de cada mercado, cuyos posibles resultados no pueden estar previstos a detalle en las normas al ser imprevisibles sino hasta que se efectúa la evaluación en sí, por lo que Osinergmin debe hacer los cálculos y diseño de las tarifas cumpliendo con su deber de sustentar la decisión adoptada, lo que en efecto ha ocurrido en el presente caso.

Adicionalmente, se verifica que se ha observado el principio de predictibilidad dado que a lo largo del procedimiento se puso a disposición de los interesados toda la información vinculada al mismo, de la cual se desprendía claramente la existencia de incertidumbre respecto de la demanda y la alternativa de considerar tarifas por escenarios, por lo que los administrados pudieron oportunamente prever que la decisión del Regulador sería en tal sentido. Ello se ratifica con la publicación del proyecto de resolución tarifaria efectuada mediante Resolución N° 008-2016-OS/CD.

Finalmente, Olympic sostiene una falta de motivación respecto del establecimiento de escenarios tarifarios; no obstante, dicho extremo de la decisión de Osinergmin ha sido debidamente sustentado en el numeral 3.2.1 del Informe N° 033-2016-GART y en el numeral 3.3.3 del Informe Técnico N° 035-2016-GART que sustentaron la Resolución N° 008-2016-OS/CD que dispuso la publicación del proyecto de resolución tarifaria, así como en los numerales 3.4.3 y 3.4.4 del Informe Legal N° 116-2016-GART que sirvió de sustento a la resolución impugnada. .

Por lo expuesto, corresponde declarar no ha lugar la nulidad solicitada por Olympic.

El proyecto de resolución se encuentra apto para su aprobación por parte del Consejo Directivo de Osinergmin.

El plazo para resolver el recurso de reconsideración Olympic Perú Inc. Sucursal del Perú vence el 18 de abril de 2016.

**Informe Técnico Legal N° 252-2016-GRT**

**Informe sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Olympic Perú Inc. Sucursal del Perú contra la Resolución Osinerghmin N° 023-2016-OS/CD que aprobó las Tarifas Iniciales para trámite de otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en la Región Piura**

**1) Resolución materia de Impugnación y presentación del recurso**

- 1.1.** El 11 de febrero de 2016 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 023-2016-OS/CD (en adelante “Resolución 023”), mediante la cual se aprobaron las Tarifas Iniciales de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos para trámite de otorgamiento de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en la Región Piura, a solicitud de la empresa Gases del Norte del Perú S.A.C. (en adelante “Tarifas Iniciales”)
- 1.2.** Con fecha 03 de marzo de 2016, Olympic Perú Inc. Sucursal del Perú (en adelante “Olympic”) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 023, mediante el documento de la referencia a).

**2) Plazo para Interposición, Admisibilidad del Recurso de Reconsideración y Transparencia**

- 2.1.** De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 207.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante “LPAG”), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles a partir de la publicación de la resolución materia de impugnación.
- 2.2.** Considerando que la Resolución 023 fue publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de febrero de 2016, el recurso impugnatorio fue presentado por la recurrente dentro del término de Ley, al ser interpuesto el 03 de marzo de 2016.
- 2.3.** Asimismo, el recurso resulta admisible, al haberse cumplido con los requisitos previstos en los Artículos 113° y 211° de la LPAG, y en el numeral 53, ítem 001 del Anexo V del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de Osinerghmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 045-2012-PCM, que en el presente caso, incluye la subsanación que efectuara el recurrente mediante el documento recibido el 11 de marzo de 2016 según Trámite GART N° 2345.
- 2.4.** En cuanto a la transparencia en los procesos regulatorios, Osinerghmin cumplió con publicar el recurso de reconsideración materia de análisis en su página web, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 3.5 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procesos Regulatorios de Tarifas y las etapas del procedimiento regulatorio en curso.
- 2.5.** Asimismo, de conformidad con lo establecido en los Artículos 182° y 183° de la LPAG, Osinerghmin convocó a Audiencia Pública para que los agentes sustenten sus recursos de reconsideración, la cual se llevó a cabo el día 15 de marzo de 2016 en

la ciudad de Piura, constando las exposiciones y sustentos en el Acta consignada en la página Web institucional de Osinergmin.

### **3) Petitorio del Recurso de Reconsideración**

Los petitorios del recurso de Olympic son los siguientes:

- a) Que se declare la nulidad de la Resolución 023, debido a que Osinergmin cometió irregularidades durante el procedimiento tales como otorgar días adicionales para la absolución de observaciones y reiniciar el proceso de evaluación de la propuesta tarifaria.
- b) Que se precise la motivación y se revise la determinación de los costos de operación y mantenimiento considerados para efectos de la emisión de la Resolución 023.
- c) Que se declare la nulidad de la Resolución 023, debido a que Osinergmin ha establecido escenarios alternativos de tarifas vulnerando los principios de Legalidad y Predictibilidad ya que el Regulador no tiene facultades para ello.
- d) Que se incluya un escenario de mayor certidumbre, donde se excluya la demanda de EEP SA y la Refinería Talara, en vista de que lo concerniente a la transferencia de los ductos de uso propio previsto en el Reglamento de Distribución no es aplicable a los ductos de EEP SA.
- e) Que se declare la nulidad de la Resolución 023, debido a que Osinergmin ha omitido el requisito de adecuada motivación previsto en el artículo 3°, inciso 4) de la LPAG, respecto de su decisión de considerar escenarios alternativos de tarifas.

### **4) Argumentos del recurrente y Análisis de Osinergmin**

#### **4.1 Sobre el procedimiento de evaluación de propuesta tarifaria, el proceso regular y la supuesta vulneración del principio del debido procedimiento**

Sobre el particular, Olympic señala que el procedimiento contemplado en el Anexo C.4 de la Resolución N° 080-2012-OS/CD, sólo contempla tres etapas previas a la publicación del Proyecto de Resolución: a) Presentación de la Propuesta, b) Observaciones a la Propuesta y c) Absolución de observaciones. En tal sentido, el reinicio del Procedimiento es irregular y constituye el ejercicio de facultades que Osinergmin no tiene; ya que si no era posible aprobar la tarifa, correspondía su desaprobación.

En la misma línea, indica que se ha omitido el requisito de validez de todo acto administrativo, regulado en el numeral 5) del artículo 3° de la LPAG consistente en la observancia de un Procedimiento Regular, vulnerándose en consecuencia, el Principio de Debido Procedimiento.

Por último, indica la recurrente, que Osinergmin debió informar a la DGH que la Propuesta Tarifaria de Gasnorp no cumplía con lo exigido por su procedimiento de evaluación en lugar de ordenar el reinicio del procedimiento.

Por lo expuesto Olympic solicita se declare la nulidad de lo actuado y de la Resolución N° 008-2016-OS/CD.

#### Análisis de Osinergmin

En primer término resulta preciso señalar que similares argumentos a los expuestos han sido presentados por la Sra. Sandra Lizette Sosa Olea con ocasión de la publicación del proyecto de resolución tarifaria. Dichos argumentos han sido analizados en el numeral 3.4.1 del Informe Legal N° 116-2016-GART en cuyo contenido nos ratificamos. Asimismo, para efectos de resolver el presente petitorio nos remitimos al análisis efectuado en el numeral 3.1.2 del Informe Legal AL-DC-011-2016 elaborado por el Dr. Alberto Del Carpio Bacigalupo del Estudio León Barandiarán, Montoya & Del Carpio Abogados, el mismo que se anexa al presente informe y según el cual no corresponde amparar la solicitud de nulidad formulada por Olympic en su petitorio.

Ahora bien, adicionalmente a lo expuesto en los informes referidos en el párrafo precedente, y habiendo sido sustentada la validez de la decisión de Osinergmin de permitir que la empresa Gases del Norte del Perú S.A.C. (en adelante “Gasnorp”) actualice su propuesta tarifaria reiniciándose el procedimiento, cabe agregar que lo señalado por Olympic en el sentido de que tal situación constituye un vicio trascendente y que correspondió a Osinergmin desaprobando la propuesta de Gasnorp de modo que ésta no hubiera podido volver a presentarla, no resulta correcto.

En efecto, como ya se ha mencionado, de conformidad con lo señalado en el Artículo 22° del Reglamento de distribución de gas natural por red de ductos aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM (en adelante “Reglamento de Distribución”), Osinergmin tiene la obligación de evaluar la propuesta tarifaria para tramites de otorgamiento de concesión; en tal sentido, en el supuesto de que se desapruere una propuesta tarifaria, en virtud del derecho que le asiste a cualquier administrado, Gasnorp hubiera podido presentar su propuesta nuevamente ante el Regulador, no existiendo sustento legal que faculte a Osinergmin para negarse a efectuar la evaluación tarifaria que por ley le corresponde.

La Constitución Política del Perú reconoce, en el numeral 20 de su Artículo 2°, que toda persona tiene derecho a formular peticiones por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad; tal derecho se encuentra también reconocido en el Artículo 106° de la LPAG. En tal sentido, es contrario al derecho negar a Gasnorp la posibilidad de volver a presentar su propuesta tarifaria para evaluación, más aun cuando la necesidad de que dicha propuesta tarifaria sea actualizada, tuvo su origen en nueva información emitida por la Administración, en el presente caso, por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), de manera posterior a la elaboración de la propuesta por parte de la empresa.

Como se puede apreciar, no resulta razonable que se desapruere la propuesta tarifaria de Gasnorp por no observar información emitida con posterioridad a su elaboración, y que a consecuencia de ello, se impida además que la empresa pueda volver a recurrir ante la

Administración para solicitar la evaluación tarifaria. Tal actuación resultaría ilegal y lesiva de los derechos elementales del administrado.

De acuerdo a lo expuesto, se ratifica la conclusión de que la actuación de Osinergmin se encuentra amparada en derecho al haberse respetado los derechos de los administrados y aplicado válidamente los principios de impulso de oficio<sup>1</sup>, informalismo<sup>2</sup> y eficacia del acto administrativo<sup>3</sup>, en virtud de los cuales la decisión de organismo regulador se orientó al esclarecimiento y resolución de las cuestiones de fondo materia del procedimiento administrativo y al cumplimiento de la finalidad del acto administrativo, consistente en la fijación de Tarifas Iniciales.

Finalmente, se ha evidenciado también que la afirmación de Olympic en virtud de la cual se niega la posibilidad de aplicar la conservación del acto en el supuesto negado de que se hubiera incurrido en algún vicio de nulidad, no es precisa, toda vez que por mandato legal y constitucional no es posible negar a Gasnorp el derecho a presentar, las veces que resulte necesario, su propuesta tarifaria para que sea evaluada por este Organismo, debiendo en cada oportunidad cumplir con los requisitos de admisibilidad establecidos en el marco normativo aplicable.

En tal sentido, estando a lo señalado en el numeral 3.4.1 del Informe Legal N° 116-2016-GART, en el numeral 3.1.2 del Informe Legal AL-DC-011-2016 y los argumentos expuestos precedentemente, se concluye que no se ha vulnerado el principio del debido procedimiento por lo que corresponde desestimar la solicitud de nulidad formulada por Olympic en su petitorio.

#### **4.2 Costos de Operación y Mantenimiento considerados**

Olympic señala que para determinar los costos de supervisión directa, Osinergmin ha utilizado criterios diferentes. En efecto, cuando se determinan los costos en base al número de empleados, el Regulador ha utilizado la estructura aprobada en la regulación de las Tarifas Iniciales de la Concesión de Distribución del Departamento de Ica de la empresa "modelo" (CONTUGAS).

Sin embargo, cuando determinó los costos de la remuneración anual por empleado, el Reglador tomó en cuenta los valores de mercado de las remuneraciones consideradas en

---

<sup>1</sup> **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)

<sup>2</sup> **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)

<sup>3</sup> **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.

la regulación de tarifas de distribución de gas natural por red de ductos de Lima y Callao para el periodo 2014-2018.

Al respecto, indica que especialmente en el segundo caso, no se ha brindado una explicación clara que justifique por qué se utilizan los criterios elegidos; y por qué se utilizan dos criterios diferentes y la razón por la que se decide utilizar uno en vez de otro.

Finalmente, Olympic señala que no resulta razonable que se prueben sueldos que van entre los US\$ 310 596 y US\$ 45 688 dólares anuales para el personal de Gasnorp.

Por lo expuesto la recurrente solicita se precise la motivación y se revise la determinación de los costos de operación y mantenimiento considerados para efectos de la emisión de la Resolución 023.

#### Análisis de Osinergmin

Con respecto al criterio utilizado para determinar la estructura de personal se debe tener en cuenta que la propuesta tarifaria del Regulador empleó la información correspondiente a la concesión de Ica, considerando que la distribución de gas natural de Piura se realizará en diversas localidades y alejadas entre sí, de manera similar a lo que ocurre en la concesión de Ica a diferencia de Lima.

Con respecto a los sueldos empleados, estos se basaron en lo determinado para la concesión de Lima y Callao, debido a que la misma corresponde a la mejor fuente de información actualizada de remuneraciones con que se cuenta, para los diversos tipos de personal que la empresa modelo requiere. Empleando este criterio metodológico se determinó el costo del personal que se asignó al costo de operación y mantenimiento de la futura concesión de distribución de gas natural por red de ductos en la Región Piura.

Por otro lado, respecto a los argumentos de Olympic donde señala que la remuneración o sueldo que percibiría el personal de la concesión anualmente resulta oneroso, se debe indicar que el valor reconocido para cada tipo de personal no es simplemente el sueldo del personal, sino que está constituido por el sueldo bruto del personal, el cual incluye los aporte por AFP e impuesto a la renta, más los diversos cargos que son exigidos por las leyes peruanas (Seguros, CTS, etc.), los cuales corresponden aproximadamente al 30% del total reconocido. A efectos de establecer cuánto es el costo del personal que debe ser reconocido en la tarifa, se debe colocar todos los conceptos exigidos por ley, dado que es finalmente el monto efectivo que desembolsará la empresa, aun cuando el empleado no reciba la totalidad de dicho monto.

Como ejemplo, para el costo total del supervisor (ingeniero especializado) se asignó US\$ 45 688 al año, sin embargo, no es que dicho personal reciba US\$ 3 807 mensuales, sino que solamente recibe un sueldo bruto de US\$ 2 589 como remuneración mensual. Dicho valor incluye el aporte a la AFP e impuesto a la renta, que suma aproximadamente 28% de la remuneración. Fuera de ello, la carga laboral adicional que debe pagar la empresa corresponde a US\$ 1 219 mensuales.

No obstante, considerando las condiciones del mercado, se ha procedido a reevaluar los niveles de sueldos, tomando como información adicional datos del estudio “La Encuesta

Conociendo el Mercado Salarial” realizado por la empresa consultora Pricewaterhouse Coopers, utilizado para la regulación de la distribución eléctrica del año 2013. Con ello, a efectos de evaluar las diferentes necesidades de personal, se ha agrupado la información del estudio según la categorización que requiere la empresa modelo, y de este modo obtener el valor promedio en cada categoría.

Considerando que las remuneraciones corresponden al año 2012, se ha procedido actualizar las mismas al año 2015 mediante el Índice del Precio al por Mayor (IPM), presentando un incremento de 5,72% respecto al año 2012. En el Cuadro N° 1 se muestran los ingresos básicos brutos presentados en el estudio señalado y sus respectivas actualizaciones.

**Cuadro N° 1**  
**Remuneraciones Básicas Anuales según el estudio del Pricewaterhouse Coopers (soles)**

NIVEL OCUPACIONAL	Primer Percentil (75%)	Promedio	Mediana	Cuarto Percentil (25%)	Remuneración Anual Bruto Actualizado
GERENTE GENERAL	1 240 379	902 689	738 528	564 998	597 312
GERENTES	381 308	341 269	315 351	259 416	274 252
JEFES DEPARTAMENTO	182 033	162 531	154 377	138 115	146 014
SUPERVISORES	127 805	99 000	105 886	86 758	91 720
PROFESIONALES (	103 470	88 974	90 409	75 592	79 915
TECNICOS	129 640	52 222	53 611	47 561	50 281
ADMINISTRATIVOS	61 022	50 546	54 239	47 139	49 835

Nota: Ingreso anual calculado a 12 sueldos

A efectos de evaluar con los valores que se utilizarán en la propuesta tarifaria se ha convertido a dólares de diciembre del 2015 la remuneración indicada y se compara con las remuneraciones utilizadas en la propuesta tarifaria (Gasnor y Regulación 2014-2018 de la concesión Lima-Callao) y se utilizará el menor entre ellos. Se adopta como criterio para comparar el cuarto percentil del Informe actualizado de PWC debido a la diferencia salarial y de costo de vida entre las empresas localizadas en la Capital de la República y las provincias.

En tal sentido en el Cuadro N° 2 se presenta la remuneración mensual que se obtiene según el nivel ocupacional la misma que se utilizará para reevaluar la propuesta tarifaria

**Cuadro N° 2**  
**Remuneraciones Básicas Mensuales a Utilizar para evaluar (US\$)**

NIVEL OCUPACIONAL	NIVEL OCUPACIONAL EQUIVALENTE	Remuneración Mensual Bruta Actualizado Estudia PriceWaterHouse	Remuneración Mensual Bruta Regulación de Cálida Período 2014-2018	Remuneración Mensual Bruta Propuesta Tarifaria Gasnor	Remuneración Mensual Bruta x Recurso de Reconsideración
GERENTE GENERAL	GERENTE GENERAL	14 595	29 251	17 824	<b>14 595</b>
GERENTES	GERENTES	6 701	14 622	11 860	<b>6 701</b>
JEFES DEPARTAMENTO	JEFES	3 568	11 559	6 983	<b>3 568</b>
SUPERVISORES	SUPERVISORES	2 241	2 589	3 317	<b>2 241</b>
PROFESIONALES	INGENIERO	1 953	2 217	2 156	<b>1 953</b>
TECNICOS	TECNICOS	1 229	1 480	1 134	<b>1 134</b>
ADMINISTRATIVO	AUXILIAR	1 218	742	791	<b>742</b>

Por lo expuesto, habiéndose efectuado una reevaluación de los montos reconocidos por remuneraciones en la resolución tarifaria, se concluye que corresponde declarar fundado en parte este extremo del petitorio.

### **4.3 Supuesto incumplimiento de las disposiciones del ordenamiento legal vigente al aprobar tarifas iniciales**

La recurrente señala que Osinerghmin únicamente se encuentra facultado para (i) emitir el Informe Técnico Favorable y (ii) aprobar las tarifas que sean aplicables. A decir de Olympic, el Reglamento de Distribución aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM, no faculta a Osinerghmin a proponer ni aprobar escenarios posibles, ni alternativos.

En tal sentido, Olympic indica que el Regulador, en lugar de cumplir con su obligación de fijar las tarifas, conforme lo dispone el citado Reglamento de Distribución, ha optado por establecer escenarios alternativos de tarifas, condicionados a una actuación futura del Ministerio de Energía y Minas.

Olympic concluye indicando que ninguno de los principios invocados por Osinerghmin en el Informe N° 116-2016-GRT, lo faculta a plantear escenarios de tarifas; en tal sentido, el actuar del Regulador ha vulnerado los principios de predictibilidad y legalidad y el requisito de validez de motivación de los actos administrativos.

Por lo expuesto Olympic solicita se declare la nulidad de lo actuado y de la Resolución N° 008-2016-OS/CD.

#### Análisis de Osinerghmin

Sobre este punto resulta preciso señalar que similares argumentos a los expuestos han sido presentados por la Sra. Sandra Lizette Sosa Olea con ocasión de la publicación del proyecto de resolución tarifaria. Dichos argumentos han sido analizados en el numeral 3.4.3 del Informe Legal N° 116-2016-GART en cuyo contenido nos ratificamos. Asimismo, para efectos de resolver el presente petitorio nos remitimos al análisis efectuado en el numeral 3.2.2 del Informe Legal AL-DC-011-2016 elaborado por el Dr. Alberto Del Carpio Bacigalupo del Estudio León Barandiarán, Montoya & Del Carpio Abogados, el mismo que se anexa al presente informe y según el cual no corresponde amparar la solicitud de nulidad formulada por Olympic en su petitorio.

Adicionalmente a los argumentos expuestos en los informes mencionados, respecto al principio de legalidad que Olympic señala habría sido vulnerado por Osinerghmin al aprobar tarifas considerando escenarios de demanda sin estar facultado para ello, cabe agregar que de acuerdo con MORÓN URBINA<sup>4</sup>, en la doctrina se ha discutido sobre si el principio de legalidad consiste en mantener una “actuación conforme” a la norma, o basta con la existencia de una relación de “ausencia de contrariedad”. Al respecto el mismo autor señala que “(...) la respuesta no puede ser unánime para todos los casos, puesto que en verdad debe apreciarse la legalidad del acto administrativo en función del tipo de norma legal que le sirva de sustento. De ahí que sea importante definir si el acto administrativo ejecuta una norma legal imperativa, taxativa, facultativa o discrecional, dado que para que un acto administrativo sea legal debe apreciarse si guarda una relación de conformidad con las normas imperativas y taxativas que le sirvan de referente, y, en caso de tratarse de la ejecución de normas facultativas o discrecionales, el acto deberá responder a la relación de no contrariedad”.

---

<sup>4</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima 2001. p.27.

Teniendo en consideración lo señalado por MORÓN URBINA, corresponde esclarecer qué tipo de norma es la que sirve de sustento a la actuación de Osinergmin. Al respecto, los tipos de norma mencionados han sido definidos por el mismo autor como sigue: (i) Norma imperativa es la que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido; (ii) Norma taxativa es la que expresamente contiene un mandato a su destinatario, pero no de actuación sino de una abstención o de una exclusión; (iii) Norma facultativa es la que prescribe para su destinatario una autorización para un comportamiento más o menos determinado, y; (iv) Norma discrecional es la que consiste en una prescripción para actuar bajo determinado criterio rector destinado a fijar objetivos a la acción pero no fija una sola manera de llevarlas a cabo, habilitando a la autoridad para seguir su parecer, aprecie circunstancias, posibilidades, escenarios y compulse determinados supuestos, motive su decisión y actúe siguiendo los lineamientos previstos en la ley.

Como ya se ha señalado, el Artículo 22° del Reglamento de Distribución señala que para el otorgamiento de la concesión “(...) Osinergmin deberá haber emitido el Informe Técnico Favorable y aprobado las tarifas aplicables”. Resulta evidente que dado que dicho mandato no define el sentido en que Osinergmin debe fijar las tarifas, no ordena abstenciones o exclusiones, ni constituye una autorización, el tipo de norma al que corresponde es al tipo discrecional. En efecto, Osinergmin debe fijar tarifas y para ello debe aplicar criterios técnicos, estudios de mercado, proyecciones de demandas e inversiones, costos, evaluación de escenarios, etc., todo ello con el objetivo de establecer las tarifas aplicables. Es decir la norma establece el objetivo (aprobar tarifas) pero no fija cada detalle del modo en que el regulador debe cumplir con esta tarea; en consecuencia, Osinergmin debe determinar y sustentar adecuadamente los criterios técnico económicos y la metodología de detalle aplicada para fijar las tarifas, por lo que la legalidad de la actuación de Osinergmin queda acreditada al verificarse que Osinergmin no ha contradicho o vulnerado el precepto del Artículo 22° mencionado.

Resulta razonable que en el presente caso la norma permita al regulador cierto margen de actuación en cuanto al detalle de la fijación tarifaria, dado que dicha tarea requiere del análisis y procesamiento de gran cantidad de información y evaluación de diversos factores y escenarios de cada mercado, siendo que los posibles resultados de la evaluación de toda esta información no pueden estar previstos a detalle en las normas al ser imprevisibles sino hasta que se efectúa la evaluación en sí, por lo que Osinergmin debe hacer los cálculos y diseño de las tarifas cumpliendo con su deber de sustentar la decisión adoptada, lo que en efecto ha ocurrido en el presente caso, donde la procedencia de considerar escenarios en la fijación tarifaria ha sido sustentada en el numeral 3.2.1 del Informe N° 033-2016-GART y en el numeral 3.3.3 del Informe Técnico N° 035-2016-GART que sustentaron la Resolución N° 008-2016-OS/CD que dispuso la publicación del proyecto de resolución tarifaria, así como en los numerales 3.4.3 y 3.4.4 del Informe Legal N° 116-2016-GART que sirvió de sustento a la resolución impugnada.

Complementariamente, cabe hacer referencia a lo señalado por MORÓN URBINA<sup>5</sup> respecto al deber de las autoridades de actuar dentro de su competencia y conforme a los fines propios de sus atribuciones, contemplado en el numeral 1 del Artículo 75° de la LPAG.

---

<sup>5</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.cit. p.217

Al respecto, el autor señala que las autoridades “(...) *al adoptar sus decisiones deben cautelar que se enmarquen dentro de los objetivos para los cuales fue acordado el otorgamiento de la facultad administrativa*”.

Sobre este aspecto, Osinerghmin cuenta con facultades para fijar tarifas de distribución de gas natural por red de ductos en virtud del literal e) del Artículo 28° de su reglamento general aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, y para tal efecto, aplica diversos criterios técnicos, económicos y legales que son oportunamente sustentados en cada caso y considerando las particularidades de cada mercado; todo ello a fin de cumplir el objetivo de establecer las tarifas aplicables. Del mismo modo ha actuado el Regulador en el caso de la aprobación de las tarifas de Gasnorp, en el cual, ante un escenario de incertidumbre respecto a la demanda, ha adoptado criterios que permitan establecer tarifas y cumplir con los objetivos de la evaluación tarifaria establecida en el Artículo 22° del Reglamento de Distribución; es decir, el Regulador ha actuado con arreglo a derecho y ejerciendo las funciones que expresamente le ha otorgado la ley en observancia del principio de legalidad.

De otro lado, en relación al Principio de Predictibilidad que, según señala Olympic se habría vulnerado con la fijación de tarifas por escenarios, cabe indicar que a decir de MORÓN URBINA<sup>6</sup>, éste principio busca que “(...) *mediante el suministro de la información descendente a los ciudadanos de la manera más abierta y sistemática, pueda el administrado anticiparse con mejor grado de aproximación a las decisiones a seguir por la Administración (...)*”. Como puede apreciarse, en el presente caso, todos los interesados han tenido desde antes del inicio del procedimiento, acceso a las normas y etapas que observa Osinerghmin para la fijación de tarifas. Asimismo, desde el inicio del procedimiento tarifario toda la información respecto del mismo ha sido puesta a disposición pública a través de la página web de Osinerghmin, por lo que cualquier agente pudo, desde el inicio del procedimiento, conocer sobre la existencia de discrepancias e incertidumbre respecto a la inclusión o no de la demanda de la Empresa Eléctrica de Piura como cliente del futuro concesionario de la zona, y de que dicho factor tendría un impacto directo sobre el nivel de las tarifas que se aprueben. Más aún, dicha información se hizo explícita y fue detalladamente explicada en la publicación del proyecto de resolución tarifaria, la cual todos los agentes tuvieron la oportunidad de comentar, como en efecto lo hicieron.

En tal sentido, atendiendo a lo señalado en el numeral 3.4.3 del Informe Legal N° 116-2016-GART, en el numeral 3.2.2 del Informe Legal AL-DC-011-2016 y los argumentos expuestos precedentemente, se concluye que la resolución tarifaria de Osinerghmin ha sido emitida con estricta observancia de los principios de predictibilidad y legalidad, por lo que corresponde desestimar la solicitud de nulidad formulada por Olympic en su petitorio.

#### **4.4 Inclusión de un escenario que se excluya la demanda de EEPSA y de la Refinería Talara**

Olympic señala que en el supuesto negado que la determinación de un Escenario Base y Alternativo sea legal, Osinerghmin no ha considerado el escenario de demanda con mayor certidumbre, que corresponde a la demanda identificada hasta la fecha sin incluir a EEPSA y a la Refinería Talara. Ello debido a que, de acuerdo a lo señalado por la recurrente, la

---

<sup>6</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.cit. p.45

disposición contenida en el Artículo 9° del Reglamento de Distribución, relacionada a la transferencia de ductos de uso propio, no le es aplicable a los ductos de EPPSA.

#### Análisis de Osinerghmin

Sobre este punto, resulta preciso señalar que similares argumentos a los expuestos han sido presentados por la Sra. Sandra Lizette Sosa Olea con ocasión de la publicación del proyecto de resolución tarifaria. Dichos argumentos han sido analizados en el numeral 3.4.4 del Informe Legal N° 116-2016-GART, en el cual se sustenta la no procedencia de excluir la demanda de la Refinería Talara de la evaluación tarifaria, por lo que la decisión de Osinerghmin no puede considerar un escenario sin incluir la referida demanda tal como señala Olympic en su recurso.

En efecto, la Refinería Talara constituye un Consumidor Independiente como cualquier otro ubicado en la zona, por lo que no existe argumento legal para excluirlo de la estimación de demanda de la futura concesión.

Al respecto, se verifica que Olympic, en su recurso de reconsideración, no expone nuevos argumentos para rebatir lo expuesto en el análisis legal contenido en el referido Informe Legal N° 116-2016-GART, por lo que nos ratificamos en el contenido del mismo. Asimismo, para efectos de resolver el presente petitorio nos remitimos al análisis efectuado en el numeral 3.3.2 del Informe Legal AL-DC-011-2016 elaborado por el Dr. Alberto Del Carpio Bacigalupo del Estudio León Barandiarán, Montoya & Del Carpio Abogados, el mismo que se anexa al presente informe.

Por lo expuesto, se concluye que no corresponde amparar la solicitud formulada por Olympic en su petitorio.

#### **4.5 Supuesta vulneración del requisito de debida motivación y del principio del debido procedimiento**

Olympic señala que Osinerghmin ha incurrido en un vicio de validez del acto administrativo al emitir la Resolución N° 023, toda vez que dicho órgano pretende justificar ilegal y arbitrariamente la aprobación de Tarifas Iniciales con un Escenario Base y un Escenario Alternativo, a pesar de que el marco normativo no lo faculta expresamente a omitir la aplicación de procedimientos expreso, ni lo faculta a aprobar escenarios alternativos, argumentando que existen otros casos en el Perú en el que se han fijado escenarios alternativo.

En la misma línea, señala que la Resolución 023 contiene vicios de nulidad insalvables que acarrear la nulidad de los actos administrativos, tales como la contravención a la Constitución, las leyes o normas reglamentarias y la falta de requisitos de validez, como el previsto en el Artículo 3°, inciso 4) de la LPAG, referido a la debida motivación. A criterio de Olympic, la Resolución 023 habría vulnerado los principios de predictibilidad, debido procedimiento y legalidad; advirtiéndose, además, que la aprobación de las Tarifas Iniciales carece de una debida motivación.

Por lo expuesto, la recurrente señala que la mencionada Resolución 023 debe ser declarada nula por el Regulador.

#### Análisis de Osinerghmin

Para efectos de resolver el presente petitorio nos remitimos al análisis efectuado en el numeral 3.4.2 del Informe Legal AL-DC-011-2016 elaborado por el Dr. Alberto Del Carpio Bacigalupo del Estudio León Barandiarán, Montoya & Del Carpio Abogados, el mismo que se anexa al presente informe.

Adicionalmente, cabe indicar que, conforme se ha desarrollado en el presente informe, en el Informe Legal AL-DC-011-2016 y en la propia resolución impugnada conjuntamente con sus informes técnico y legal que la sustentan, todos los extremos de la decisión de Osinerghmin, y en particular la necesidad de considerar escenarios de demanda en la fijación tarifaria, han sido debidamente motivados.

A modo de precisión, la procedencia de considerar escenarios en la fijación tarifaria ha sido sustentada en el numeral 3.2.1 del Informe N° 033-2016-GART y en el numeral 3.3.3 del Informe Técnico N° 035-2016-GART que sustentaron la Resolución N° 008-2016-OS/CD que dispuso la publicación del proyecto de resolución tarifaria, así como en los numerales 3.4.3 y 3.4.4 del Informe Legal N° 116-2016-GART que sirvió de sustento a la resolución impugnada.

En efecto, en el supuesto de que Osinerghmin hubiera estado impedido de aprobar una tarifa por escenarios, en el presente caso, no hubiera sido posible que el Regulador emita un pronunciamiento firme sobre la tarifa aplicable, toda vez que no se hubiera contado con herramientas para salvar la incertidumbre sobre la demanda futura de la concesión, y con ello hubiera podido incurrirse en la fijación de tarifas que no permitan la recuperación de la inversión, o en el otro extremo, que den lugar a una recaudación excesiva en perjuicio de los usuarios. Sin embargo, la consideración de escenarios permite prever que la tarifa que finalmente se aplique sea la adecuada para los niveles de demanda que se configuren realmente.

De otro lado, en relación a la observancia del Principio del Debido Procedimiento nos remitimos al análisis legal contenido en el numeral 4.1 del presente informe.

Por lo expuesto, se concluye que la resolución impugnada ha sido emitida sin vulnerar el requisito de motivación de los actos administrativos ni el principio del debido procedimiento por lo que no corresponde amparar la solicitud de nulidad formulada por Olympic en su petitorio.

#### **5) Plazos y procedimiento a seguir con el recurso de reconsideración.**

- 5.1.** De conformidad con el Artículo 207.2 de la LPAG, el plazo para resolver los recursos de reconsideración es de 30 días hábiles contados a partir de su interposición.

- 5.2. Para tal efecto, teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración presentado por Olympic fue interpuesto el 03 de marzo de 2016, el plazo máximo para resolver dicho recurso de reconsideración es el día 18 de abril de 2016.
- 5.3. Finalmente, lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 208º de la LPAG y la normativa aplicable.

## 6) Conclusiones

- 6.1. Por las razones expuestas en el numeral 2 del presente Informe, se considera que el recurso de reconsideración interpuesto por Olympic Perú Inc. Sucursal del Perú contra la Resolución Osinergmin N° 023-2016-S/CD, cumple con los requisitos de admisibilidad, procediendo su análisis y resolución.
- 6.2. Por las razones señaladas en el análisis contenido en el numeral 4.1 del presente informe, se concluye que Osinergmin no ha vulnerado el principio del debido procedimiento en la emisión de la resolución impugnada, toda vez que en caso se hubiera desaprobado la propuesta tarifaria de Gasnorp, dicha empresa hubiera podido presentar nuevamente su propuesta para evaluación en virtud del derecho de petición que le asiste, por lo que corresponde declarar no ha lugar la solicitud de nulidad formulada por Olympic en su petitorio señalado en el referido numeral 4.1.
- 6.3. Por las razones expuestas en el análisis contenido en el numeral 4.2 del presente informe, se ha procedido a explicar que se toma como referencia la concesión de Ica para la estructuración del personal al ser una región con provincias y/o distritos distanciados igual que en el caso de Piura; mientras que para el nivel remunerativo se ha considerado de la concesión de Lima al existir información validada en la regulación de dicha concesión. Sin embargo, se ha reevaluado el nivel de remuneraciones considerando información del estudio “La Encuesta Conociendo el Mercado Salarial” realizada por la empresa consultora Pricewaterhouse Coopers, por lo que se concluye que corresponde declarar fundado en parte el petitorio señalado en el referido numeral 4.2.
- 6.4. Por las razones expuestas en el análisis contenido en el numeral 4.3 del presente informe, se concluye que la resolución tarifaria impugnada ha sido emitida con estricta observancia de los principios de legalidad y predictibilidad, toda vez que Osinergmin ha actuado dentro del marco de las atribuciones que le han sido conferidas por ley y ha puesto a disposición oportuna de los interesados toda la información del procedimiento de evaluación tarifaria, permitiendo a los agentes prever y expresar sus opiniones en relación al establecimiento de escenarios tarifarios, por lo que corresponde declarar no ha lugar la solicitud de nulidad formulada por Olympic en su petitorio señalado en el referido numeral 4.3.
- 6.5. Por las razones expuestas en el análisis contenido en el numeral 4.4 del presente informe, se concluye que no existe sustento legal para considerar en la fijación de tarifas, un escenario que excluya la demanda de la Refinería Talara como parte de la demanda del futuro concesionario que se instale en Piura, al constituir dicho

usuario un Consumidor Independiente como cualquier otro que podrá requerir los servicios del concesionario, correspondiendo por tanto declarar infundado el petitorio señalado en el referido numeral 4.4.

- 6.6.** Por las razones expuestas en el análisis contenido en el numeral 4.5 del presente informe, se concluye que la procedencia de considerar escenarios en la fijación tarifaria ha sido sustentada en los Informes N° 033-2016-GART, N° 035-2016-GART y N° 116-2016-GART, por lo que la resolución impugnada no adolece de debida motivación como afirma la recurrente en su petitorio señalado en el referido numeral 4.5, correspondiendo por tanto declarar no ha lugar la solicitud de nulidad formulada por Olympic en este extremo.
- 6.7.** El plazo para resolver el recurso de reconsideración, materia del presente informe, vence el 18 de marzo de 2016.

[mrevolo]

[mcastillo]

/mnp - epv